



HAL
open science

Réflexions sur la notion de contrat préparatoire

Peter Sarvary-Bene

► **To cite this version:**

Peter Sarvary-Bene. Réflexions sur la notion de contrat préparatoire. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD036 . tel-01346696

HAL Id: tel-01346696

<https://theses.hal.science/tel-01346696>

Submitted on 19 Jul 2016

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.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'Université de Montpellier

**Préparée au sein de l'école doctorale Droit et
sciences politiques (ED 461)**

Et du Centre du droit de l'entreprise (EA 712)

39, rue de l'université 34000 MONTPELLIER

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par Peter SARVARY-BENE

**REFLEXIONS SUR LA NOTION DE
CONTRAT PREPARATOIRE**

Soutenue le 14 décembre 2015 devant le jury composé de

Madame Marie **LAMOUREUX**

Professeur à l'université Aix-Marseille

Rapporteur

Monsieur Nicolas **ERESEO**

Maître de conférences à l'université de Strasbourg

Rapporteur

Monsieur Nicolas **FERRIER**

Professeur à l'université de Montpellier

Assesseur

Madame Cécile **LISANTI**

Maître de conférences à l'université de Montpellier,
HDR

Directrice de thèse



RESUME :

La notion de contrat préparatoire est étudiée en tant que telle dans cette étude, plus que les contrats préparatoires individuellement. L'objectif était de découvrir la légitimité de la notion de contrat préparatoire. La notion de contrat préparatoire est une notion née de la doctrine, enrichie par la pratique, délaissée par la jurisprudence et inexistante dans le cadre de la loi. Ceci étant, la notion existe. Son identification n'est pas aisée. Elle est parfois assimilée à d'autres notions existantes telles que celle d'avant-contrat, parfois opposée à ces mêmes notions. Les contours de la notion de contrat préparatoire sont flous pour la doctrine, très partagée.

Définir des critères d'identification négatifs et positifs est une tâche complexe tant les contrats préparatoires diffèrent selon la conception que l'on en a. Des critères ont été dégagés. La notion de contrat préparatoire recouvre l'ensemble des contrats ayant pour objet la préparation de la conclusion du contrat définitif. Prise ainsi, la définition semble large et permet d'inclure un grand nombre de contrats.

L'étude de la pertinence de la notion de contrat préparatoire aboutit toutefois à une réduction drastique de ce qu'est la notion. L'absence de régime commun propre à la catégorie que pourrait être la notion de contrat préparatoire nous conduit à réduire sa pertinence à un usage pratique et pédagogique, la notion n'étant point pertinente en tant que telle. Tel est le cas tout au moins jusqu'à la prochaine réforme du droit des contrats qui pourrait créer un régime commun de sanction des contrats préparatoires propre à dégager des critères effectifs de la notion.

REFLEXIONS ON THE PREPARATIVE CONTRACTS:

The concept of preparatory contract is considered as itself in this work, more than preparatory contracts separately. The objective was to discover the legitimacy of the concept of preparatory contract.

The concept of preparatory contract is a concept born to the doctrine, enriched by practice, neglected by the courts and non-existent under the law. Whereas, the concept exists. His identification is not easy. It is sometimes equated with other existing concepts such as pre-contract, sometimes opposed to those concepts. The determination of the concept of preparatory contract is unclear for very divided doctrine.

Define negative and positive identification criteria is a complex task when the preparatory contracts differ so much depending on the conception that we have. Criteria have been cleared, the notion of preparatory contract covers all contracts relating to the preparation of the conclusion of the final contract. Taken like that, the definition seems wide and is used to include a large number of contracts.

Only the study of the relevance of the concept of preparatory contract eventually leads to a drastic reduction of what the concept is. The lack of clean common system to the category could be the notion of preparatory contract leads us reduce its relevance to practical and educational purposes, the notion being legally relevant points ; until the next implementation of the reform of contract law which could create a common system of punishment of preparatory own contracts to generate effective criteria of the concept .

Discipline : Droit privé

Mots-clés : Contrat préparatoire, pre-contrat, preparation of the conclusion, final contract, notion, pacte de préférence, promesse unilatérale, contrat de négociation, contrat-cadre, engagement d'honneur.

Mots-clés : preparatory contracts, avant-contrat, période précontractuelle, notion, unilateral promise, négociation contract, gentlemen's agreement.

Centre du Droit de l'Entreprise
39, rue de l'Université
34000 MONTPELLIER

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

A la mémoire de mon grand-père qui rêvait de ce moment.

Remerciements

Mes remerciements vont en premier lieu à Madame Cécile LISANTI pour la confiance qu'elle m'a toujours témoignée, pour les discussions menées à l'occasion de ce travail, pour ses conseils avisés et sa disponibilité.

Je remercie les membres de ce jury d'avoir bien voulu donner leur temps pour lire et juger ce travail.

Je remercie Sophie SEGUI pour ses nombreux encouragements au fil des ans.

Je remercie mes amis Grégoire, Louis et Romain pour leurs aides, leurs conseils et leurs soutiens.

Je remercie Boris d'avoir maintenu ma motivation en transformant l'arrivée du terme de cette thèse en légende urbaine aux yeux de mes amis.

Je remercie mes parents et mon frère Adam pour tout.

Enfin, je tiens à remercier Elsa, ma fiancée, pour sa confiance, sa compréhension et ses encouragements.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	p.8
<u>PARTIE I - L'EXISTENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE</u>	p.18
TITRE PREMIER - L'EMERGENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE	p.21
Chapitre I – Une émergence doctrinale significative.....	p.23
Chapitre II – Une émergence jurisprudentielle timide.....	p.60
TITRE SECOND – L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE	p.78
Chapitre I – L'approche négative de la notion de contrat préparatoire.....	p.79
Chapitre II – L'approche positive de la notion de contrat préparatoire.....	p.102
<u>PARTIE II - LA PERTINENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE</u>	p.154
TITRE PREMIER – L'ABSENCE D'UNITE DE REGIME AU SEIN DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE	p.156
Chapitre I – L'absence d'unité en Droit positif.....	p.159
Chapitre II – L'absence d'unité en Droit prospectif.....	p.220
TITRE SECOND – LA REMISE EN CAUSE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE	p.234
Chapitre I – La qualification de la notion de contrat préparatoire.....	p.235
Chapitre II – La distinction des contrats préparatoires des autres catégories existantes.....	p.267
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	p.297
<u>SOMMAIRE DETAILLE</u>	p.313

INTRODUCTION

1. « *Négociier, c'est tout d'abord renoncer à certaines formes de violence, c'est renoncer à de purs rapports de force, c'est accepter de discuter, accepter de fixer des valeurs, que ce soient des valeurs économiques, financières, politiques, sociales* »¹. La négociation est un jeu palpitant pour de nombreux hommes d'affaires, élément clé de la base d'une entente future. La négociation est un temps, une période d'une opération plus vaste, elle constitue la deuxième étape de cette opération, devançant l'offre d'entrer en négociation. La négociation peut être la dernière étape de l'opération envisagée en cas d'échec. Son importance est cruciale : pourtant un climat d'insécurité règne. C'est un travail usant et parfois de très longue haleine. Personne ne peut garantir l'aboutissement d'une négociation. Ainsi, peut-il être tentant d'en formaliser les étapes au fur et à mesure, de peur de revenir sur des discussions sans fin. Préparer l'accord final, tel serait le but de cette formalisation. Le terme de « *contrat(s) préparatoire(s)* » vient alors naturellement. Pourtant chacun de ces utilisateurs sait-il à quoi ce « *contrat* » l'engage ? Que recouvre exactement cette notion de contrat préparatoire ?

2. Le temps de la négociation marque l'enjeu d'un accord. De nombreux accords sont conclus en un trait de temps car ils ne concernent que de petites sommes et ont peu de conséquence juridique. Monsieur Rouhette appelle « *contrats manuels* » « *les contrats qui s'épuisent dans leur réalisation même, où l'échange simultané des prestations constitue le tout de l'opération, sans que l'on puisse saisir auparavant quelque processus de formation à quoi ferait suite une quelconque phase d'exécution : les contrats doublement instantanés, au point de vue génétique comme au point de vue traditionnel. L'achat au détail, par un consommateur, d'une marchandise qu'il paie comptant et emporte aussitôt, en est l'exemple le plus pur et le plus courant* »². La

1 M. ANZIEU, La négociation, Revue acheteurs, novembre 1963, p. 15.

2 G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse ronéo Paris, 1965, p. 418-423.

formation du contrat et son exécution sont simultanées, voire confondues dans le temps. La négociation intervient dans des situations plus complexes. Elle implique *a minima* un enjeu. Il s'agira aussi bien de l'achat d'un objet d'occasion dont « *le prix est à négocier* » que du rapprochement entre deux entreprises réalisant des millions de chiffre d'affaires et souhaitant collaborer dans le futur. L'objet d'une négociation pourra s'avérer plus ou moins précis selon le type d'offre d'entrer en pourparlers. Plus l'enjeu sera important, plus les parties souhaiteront sécuriser leur négociation.

3. La négociation se situe hors du champ contractuel. Elle n'est protégée que par une responsabilité civile délictuelle. Seul le comportement des négociateurs pourra être sanctionné. C'est au nom de la liberté dans la conduite des négociations que le droit ne sanctionne que les comportements limites des parties à la négociation. Un encadrement des négociations pourrait conduire à restreindre l'intérêt des négociations. La plupart du temps, la négociation n'est constituée que d'un ensemble de paroles échangées. L'une des parties à la négociation peut s'avérer n'être qu'un intermédiaire après des semaines d'âpres discussions. Quelle perte de temps pourra penser l'autre partie. Mais « *puisque négocier n'est pas conclure, il importe peu que le négociateur n'ait pas de pouvoir de représentation* »³. Le négociateur peut être présent uniquement pour connaître la valeur technique d'un projet, sans se dévoiler, un ingénieur pourra jauger l'avancée technique d'un éventuel futur partenaire sans avoir le moindre pouvoir de décision. Il est une première barrière à franchir, souvent inévitable, mais faisant perdre du temps à l'autre partie, il est aussi l'un des dangers de la négociation. Son euphorie quant à la qualité de l'avancée pourra faire penser, à tort, à l'autre négociateur, que la négociation approche de son terme. Mais la personne ayant le pouvoir d'engager la société pourra être d'un avis contraire et ruiner les perspectives d'une négociation aboutie. Il pourra toujours être reproché la mauvaise foi de celui qui n'aura pas sût se présenter, mais lui aura-t-on demandé. Il est délicat d'aborder une négociation en demandant à son partenaire s'il a la capacité juridique de représenter la société pour le compte de laquelle il est présent⁴.

3 O. DESHAYES, *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p 49.

4 C'est l'un des intérêts du contrat préparatoire, celui-ci aura comme caractéristique de limiter les tiers au contrat et donc à la négociation qui suivra par l'exigence d'une identité de parties lors du contrat préparatoire et lors du contrat définitif.

4. La liberté régit la période des négociations. La volonté des parties est maîtresse dans l'art de créer un rapport d'obligation, un rapport de droit. « *La sécurité juridique est un impératif au regard duquel le droit doit assurer son rôle harmonisateur des intérêts en présence ; si le souci de sauvegarder la liberté contractuelle postule la non-intervention juridique dans le domaine contractuel, le besoin d'assurer la sécurité juridique de ces relations appelle en revanche un contrôle des comportements des négociateurs. Une déontologie doit être assurée afin d'éviter que la période précontractuelle n'obéisse qu'à la loi de la jungle* »⁵.

Aucun code de déontologie de la négociation n'existe⁶, ce qui ouvre la voie aux professions du droit pour faire entrer les négociations dans la sphère du droit, la période de négociation qui est l'objet de cet encadrement, a été nommé « *période précontractuelle* ».

5. La sécurisation des négociations est une idée qui a émergé suite aux difficultés qu'éprouvaient les plaignants à faire reconnaître la responsabilité du négociant malavisé sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Les prémises d'une reconnaissance progressive de l'existence d'une responsabilité précontractuelle sont apparues dès le XIX^{ème} siècle sous la plume de Jhering. Ce dernier critiquait le caractère formaliste du volontarisme juridique et concevait qu'une protection juridique des négociateurs soit apportée pendant la négociation⁷. Étant donné l'absence de règle relative à la conduite des partenaires lors des pourparlers, ceux-ci ne sont soumis qu'au principe de la liberté, ce qui n'est pas interdit étant autorisé.

6. En France, la doctrine et les tribunaux ont par la suite consacré une véritable

5 J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982, p. 103.

6 Nous entendons par cela, que le droit français ne contient pas ce genre d'outil pour le moment. Il semble délicat de créer un tel document et de l'imposer à toute négociation. Il existe cependant des codes de déontologies spécifiques à différentes professions ayant un rôle au cours des négociations tels que le code de déontologie des avocats ou celui des notaires entre autre. Les usages ont un rôle important à jouer dans l'avenir pour règlementer ce processus en tant que source du droit. Saluons au passage la création d'une bibliothèque des usages au sein du Centre du Droit de l'Entreprise, précurseur en ce domaine.

7 R. VON JHERING, Culpa in contrahendo, oder Scahdensersatz bei nitchtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertägen, 4 Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Rômischen un Deutschen Privatrechts 1 (1861). Trad. Française : De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, Œuvres choisies, trad. DE MEULANAËRE, t. II, p. 1-100.

responsabilité des négociateurs fondée sur les mécanismes de la responsabilité civile délictuelle⁸ en vertu de l'article 1382 du Code civil⁹. Le comportement des négociateurs est depuis sanctionné, mais ce n'est pas l'exercice de la faculté de rompre les négociations qui sera sanctionné¹⁰, ce seront les circonstances entourant la rupture des négociations¹¹.

7. Les règles relatives à la période précontractuelle sont d'origine jurisprudentielle. Nul texte n'a été rédigé depuis plus d'un siècle relatif à cette période. Les articles du Code civil de 1804 font toujours foi en la matière, mais peut-être plus pour très longtemps. En effet, depuis 2004, des groupes se sont donnés pour objectif de réformer notre Code civil suite à la célébration du bicentenaire de ce dernier. Celui-ci nécessite un renouveau n'étant plus parfaitement adapté à la réalité économique et sociale actuelle, il s'agit d'améliorer l'accessibilité du droit des contrats face à un Code qui ne reflète plus le droit positif largement façonné par la jurisprudence. De véritables ébauches ont été écrites sans jamais faire l'unanimité et sans parvenir à s'imposer face à nos écrits de plus de deux siècles d'âge. Pas moins de trois projets ont vu le jour, le projet Catala¹², le projet Terré¹³ et le projet de la Chancellerie¹⁴. Parmi eux, l'avant projet Catala, relatif à la réforme du Code civil, compte une dizaine de textes sur la période précontractuelle. Il indique les principales règles en la matière tout en laissant le soin au juge de les préciser et de les compléter. D'un autre côté, les projets européens de réforme du droit des contrats « *façonnent une charte précontractuelle qui embrasse et étreint, avec un grand luxe de détails, l'ensemble des questions susceptibles de se poser lors de cette période* »¹⁵. Nous comprenons parfaitement les difficultés de refonte d'un texte ancien qui a parcouru tant d'année sans pour autant paraître désuet, les juges ayant

8 A. BARBASON, L'avant-contrat de distribution, thèse Montpellier, 2008, p. 455.

9 Paris, 13 février 1883, Gaz. Pal. 1883. II. 414.

10 O. DESHAYES, Le dommage précontractuel, RTD com. 2004, p.187, n° 16 ; P. JOURDAIN, Préjudice consécutifs à la rupture fautive des pourparlers, RTD civ. 2006, p. 770.

11 Cass. Com., 26 nov. 2003, Bull. civ. IV, n°186 ; D. 2004, p. 869, note A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE.

12 Publié le 22 septembre 2005, ce projet réformait l'ensemble du droit des obligations et de la prescription.

13 Rédigé dans le cadre des travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques dirigé par le Professeur F. TERRE, le projet fût publié en 2008.

14 Publié dans le journal *Les Echos* en octobre 2013.

15 D. MAZEAUD, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 15.

réussi au fil des ans à l'actualiser par leurs décisions.

Au milieu de tous ces projets, le projet d'ordonnance de la Chancellerie devrait voir le jour au plus tard le 17 février 2016 conformément à la loi du 16 février 2015 qui a habilité le Gouvernement à procéder à la réforme du droit des contrats par voie d'ordonnance. Il prévoit quatre articles relatifs à la négociation et aux promesses unilatérales et aux pactes de préférence, palliant ainsi à de nombreuses incertitudes jurisprudentielles.

8. Suite à l'apparition de la responsabilité précontractuelle ou délictuelle, les parties à la négociation ont dû sentir que leur négociation n'était jamais à l'abri d'une mésaventure, que ce soit une fin de négociation qui conduirait l'autre partie mécontente devant les tribunaux ou la discussion de points déjà négociée. Les négociateurs ont donc éprouvé le besoin de sécuriser juridiquement leur discussion en se plaçant sur le terrain contractuel. Il sera ainsi plus difficile de leur reprocher un défaut de comportement au cours de la négociation, ayant déjà eu la bonne foi d'accoucher sur papier –sous forme de contrat préparatoire- leurs premiers accords ou le cadre de leur volonté commune.

9. « *La période précontractuelle est une phase préparatoire* »¹⁶. En effet, les négociations sont une période préparatoire à la conclusion d'un éventuel contrat final. Le but de la négociation est de préparer un accord écrit qui scellera l'entente entre les parties à la négociation. C'est dans le cadre de ces préparatifs et dans un souci de sécurisation juridique qu'est apparue la notion de contrat préparatoire. Le « *contrat* » a été l'outil apporté par la sphère juridique en réponse aux besoins de sécurité des négociants.

10. Les raisons d'être de ces contrats sont à la fois des raisons d'être psychologique et des raisons d'être juridique. Il s'agit avant tout de sécuriser les relations à un moment donné de la négociation. Le contrat crée un lien de droit obligatoire afin de fixer l'accord des parties, celle-ci ne souhaitant pas l'une comme l'autre, que l'un des deux rétracte son consentement sur tel ou tel point déjà négocié. Cela permet de voir les négociations avancer petit à petit et de ne pas revenir sur un

¹⁶ M. BENILLOUCHE, *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 106.

sujet de discorde passé, depuis résolu, afin d'obtenir de nouveau avantage en contrepartie. La rétractation engage ainsi la responsabilité juridique, l'effet comminatoire est suffisant pour assurer la poursuite des négociations.

11. Le « *contrat* » a été l'outil apporté par la sphère juridique en réponse aux besoins de sécurité des négociants. Par exemple, les formalités imposées par la loi, ne pouvant pas toujours l'être faites sur place, le contrat dit préparatoire fige le contrat futur dans l'attente de cette formalité (acte notarié, enregistrement...), le prêt n'a pas encore été consenti, pour une raison l'un des contractant ne peut assumer l'engagement imposé par le futur contrat définitif mais souhaite s'en réserver la possibilité pour l'avenir. Dans le domaine des licences de brevet, les parties négocient des accords sur des technologies que l'une des parties n'a pas encore eu le temps d'apprécier, le contrat dit préparatoire peut dans ce cas, saisir le cadre de leur accord et laisser la pertinence de la conclusion du contrat définitif sur les bases posées par ce contrat dit préparatoire à l'attente des résultats du laboratoire, puis de l'étude de marché par exemple. L'un des exemples le plus marquant concerne le secteur du bâtiment, plus particulièrement celui des ventes d'immeubles à construire, l'application des contrats dits préparatoires permet aux promoteurs d'entamer une construction une fois seulement que tous les lots futurs aient trouvé preneurs. Dans ce cas, le contrat dit préparatoire devient un outil financier plus qu'un outil de négociation, les contractants étant des souscripteurs plus que des négociants.

12. La notion de contrat préparatoire ne devrait pas être utilisée sans que l'on sache ce qu'elle est et ce que l'on entend par contrat préparatoire. Beaucoup d'auteurs pensent savoir ce qu'ils sont sans pour autant être d'accord entre eux. La notion de contrat préparatoire est utilisée dans des contextes variés pour répondre à des besoins variés. Cette flexibilité fait la richesse de cette notion mais également sa faiblesse puisqu'elle peut être source de confusions. C'est de ce constat qu'est née cette étude. L'emploi de la notion de contrat préparatoire n'est pas aussi aisé qu'il n'y paraît.

13. Les contrats préparatoires ont été l'objet de nombreuses études, en particulier séparément, afin d'analyser ce que sont ces contrats de la période

précontractuelle, dans le sens où elle précède le contrat projeté par les parties, que la pratique utilise régulièrement avec la complexification des échanges économiques. La nécessité de rendre les négociations plus sûres ou de rendre la conclusion du contrat envisagé certaine dans le futur a accru l'utilisation de ces contrats, les contrats de promesse¹⁷, le pacte de préférence¹⁸, le contrat-cadre¹⁹, le contrat de négociation²⁰ et d'autres.

14. Chaque contrat prétendument préparatoire a été décrit sans pour autant justifier son appartenance à une catégorie des contrats préparatoires. Peu d'études ont envisagé les contrats préparatoires dans leur globalité. Les contrats préparatoires sont très souvent assimilés aux avant-contrats sur lesquels les écrits ne manquent pas, mais les écrits spécifiques aux contrats préparatoires sont très rares. Pourquoi préférer une qualification à une autre ? Sont-elles équivalentes ? Ces questions, entre autres, ont guidé nos recherches afin d'éviter autant que faire se peut la redondance, nous permettant de nous concentrer sur la notion même de contrat préparatoire. Cette notion est employée aujourd'hui par de nombreux professionnels, professeurs et notaires notamment. Elle a donc une réalité d'usage. Nous nous questionnerons dans la suite de ce travail sur sa réalité juridique. Ces personnes admettent par stipulation que les contrats préparatoires existent puisqu'ils usent de la notion régulièrement, mais ont-elles toutes la même définition des contrats préparatoires ? Parlent-elles de la même chose car la doctrine elle-même partage plusieurs conceptions des contrats préparatoires.

15. Avant d'entamer notre étude, quelques questions préliminaires doivent être traitées dès à présent afin de clarifier ce sujet. La première question qui nous vient à

17 J. DESCHAMPS, De la promesse de contrat, Thèse Paris, 1914 ; P. FOISSIN, Des promesses de vente, Thèse Toulouse, 1924 ; P. SABATIER, La promesse de contrat dans le droit du patrimoine, Thèse Montpellier, 1936 ; P.-M. DELOMMEZ, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles, Thèse Lille, 1947 ; P. FIESCHI-VIVET, La promesse de contrat, Thèse Lyon II, 1975 ; F. BENAC-SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente, Préf. J. GHESTIN, Thèse Paris I, LGDJ, T. 177, 1983 ; Z. OTRI, La promesse unilatérale de contrat, Thèse Strasbourg, 1994.

18 J. BRETILLARD, Le pacte de préférence, Thèse Paris, 1929 ; J. BARTET, Le pacte de préférence, Thèse Paris, Domat-Montchrestien, 1932 ; J.-P. DESIDERI, La préférence dans les relations contractuelles, Préf. J. MESTRE, Thèse Aix-Marseille, PUAM, 1997.

19 J. GATSI, Le contrat-cadre, Thèse Paris I, LGDJ, 1996 ; J.-L. RESPAUD, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, Thèse Montpellier, 2000.

20 J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982 ; M. ANZIEU, La négociation, Revue acheteurs, novembre 1963.

l'esprit concerne l'intitulé même du sujet, la notion de contrat préparatoire.

16. Nous pourrions penser qu'une étude terminologique suffit à répondre à cette question. Dans le sens courant, le terme de notion renvoie à « *la représentation que l'on peut se faire de quelque chose, connaissance intuitive plus ou moins définie, qu'on en a* »²¹. L'étude d'une notion peut paraître subitement très simple de prime abord lorsque l'on prend la définition au pied de la lettre. L'étude d'une notion basée sur une idée ou une conception personnelle n'est pas une mince à faire. Chaque personne envisage les notions différemment, celles-ci n'ont pas à être fondé ou prouvé. Il paraît compliquer de délimiter une notion, c'est un procédé qui permet d'ouvrir une réflexion.

17. Les contrats préparatoires sont des contrats²² et ce point ne pose pas vraiment de difficultés.

18. Les contrats sont préparatoires. Cet adjectif qualificatif nous permet donc de savoir que ces contrats sont qualifiés de préparatoires. Le terme préparatoire est défini en ces termes « *qui prépare quelque chose* », « *qui précède et rend possible le déroulement d'une action, d'une opération, d'un évènement* », « *qui permet de faciliter le stade suivant d'un travail* », « *qui introduit progressivement quelque chose, lui enlève son caractère arbitraire, inattendu* ». Ces définitions permettent d'avoir une première idée de ce que peut être un contrat préparatoire. Ce sera un contrat qui prépare, qui précède et rend possible le déroulement d'une opération, qui permet de faciliter le stade suivant, qui introduit progressivement. Ce ne sera pas un contrat définitif mais une étape qui permettra de conclure par la suite le contrat définitif.

Une définition proche de celle ci-dessus analyse la préparation en une notion « *qui tend à la préparation ; qui concourt à l'élaboration (définitive) d'un acte, soit à un*

21 Dictionnaire Larousse.

22 Il s'agit en effet d'une « *convention faisant naître une ou plusieurs obligations ou bien créant ou transférant un droit réel* ». Le contrat est en particulier défini par le code civil en son article 1101 « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». La convention, quant à elle, est définie comme un « *accord de volonté destiné à produire un effet de droit quelconque. Par rapport au contrat, la convention est le genre car ses effets peuvent être autres que ceux qui résultent d'un contrat, lequel n'est qu'une espèce de convention. - Néanmoins, dans le langage courant, les deux termes sont souvent utilisés l'un pour l'autre* ». Cette définition ne fait pas débat, les auteurs donnant tous la même.

stade préliminaire (travaux préparatoires), soit au début d'une opération ensemble »²³. La deuxième définition nous permet de conclure que le contrat préparatoire tend à l'élaboration d'un acte définitif. Nous pouvons imaginer qu'il s'agira du contrat définitif issu de la négociation. Ce détail primordial permettra par la suite de définir des critères d'identification de la notion de contrat préparatoire.

19. La notion de contrat préparatoire ou la notion des contrats préparatoires, cela ne semble pas faire différence quant au fond de notre recherche. Nous constatons que terminologiquement, il n'y a pas de différence palpable entre le singulier de la notion de contrat préparatoire et le pluriel de la notion de contrats préparatoires si ce n'est l'implication du pluriel, il y aurait alors des contrats qui seraient préparatoires et non un seul.

Cependant, il est à noter que certains auteurs de la doctrine voient dans l'avant-contrat un sujet différent des avant-contrats²⁴ donc pourquoi n'en serait-il pas de même avec le contrat préparatoire et les contrats préparatoires étant donné le parallèle fait régulièrement entre ces deux notions. Nous ne le pensons pas. Il est possible qu'il y ait deux titres de sujet possible en fonction de la vision partagée par différents auteurs sur les contrats préparatoires, si certains considèrent que la notion de contrat préparatoire est constitutive d'une catégorie et qu'elle ne contient qu'un seul type de contrat, le titre du sujet sera au singulier ; à l'inverse si des personnes pensent que la catégorie regroupe plusieurs contrats, le titre sera au pluriel. Et encore, ce ne sera que le mot « *notion* » qui sera mis au pluriel. Cette précision ne peut être apportée dès à présent, le nombre de contrat préparatoire issu de notre travail conditionnera le singulier ou le pluriel sans que cela ait une importance immédiate pour la suite de notre travail.

20. Notre travail s'est attaché à déterminer ce qu'était spécifiquement la notion de contrat préparatoire. Que dissimule cette notion en tant que notion ? Et non qui sont les contrats préparatoires ? Dans quel cas retrouve-t-on la notion de contrat

23 G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., PUF, 2005, p. 695.

24 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001 ; O. DESHAYES, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 8. Certains auteurs voient une différence concrète entre les notions d'avant-contrat et des avant-contrats. La première étant un temps de la période précontractuelle, la seconde le nom de la catégorie regroupant l'ensemble des contrats de l'avant-contrat.

préparatoire ? Quelle est l'utilité de la notion ? Au final, la notion de contrat préparatoire est-elle une réalité juridique ? Plus que de rechercher ce que sont les contrats préparatoires, nous avons tenté de mettre en avant la notion, au-delà des contrats que l'on pourrait spontanément, par quasi réflexe, y rattacher. C'est donc la notion que nous avons cherchée au travers de tous les écrits y afférents. La notion de contrat préparatoire est, en tant que telle, peu citée par les auteurs, elle n'intervient que de manière très superficielle, sa justification en tant que notion n'est pas recherchée car elle complète d'autres notions. Le cadre dans lequel est utilisée la notion permet d'identifier si celle-ci a une existence concrète, si le qualificatif de préparatoire ne signifie pas simplement que tel contrat prépare quelque chose ou a préparé quelque chose. Au-delà de son existence littéraire, ce sera une existence juridique que nous chercherons à mettre en avant. Des critères d'identification de la notion détermineront le rattachement à la notion, les caractéristiques de la notion.

21. La démonstration de l'existence de la notion de contrat préparatoire (Partie I) permettra de mettre en avant les différentes conceptions de cette notion. L'examen de la pertinence de la notion de contrat préparatoire (Partie II) provient d'une démarche quasi scientifique, à savoir, la notion existe, mais dans quel but ? A quoi sert-elle ? Une notion peut très bien exister sans pour autant être pertinente d'un point de vue juridique. La mise en avant du régime de la notion de contrat préparatoire sera une clé majeure dans la recherche de cette pertinence. C'est également pourquoi, une différence devra être faite avec les notions voisines de la notion de contrat préparatoire afin que l'une ne soit pas employée à tort à la place de l'autre si une différence se dégageait. La différenciation déterminera la possible catégorisation de la notion de contrat préparatoire en tant que notion autonome, l'intérêt d'une notion juridique étant fréquemment de faciliter la classification.

PARTIE I – L'existence de la notion de contrat préparatoire

PARTIE II- La pertinence de la notion de contrat préparatoire

PARTIE I

L'EXISTENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

22. La notion de contrat préparatoire existe-t-elle ? Quels sont les écrits attachés à cette notion de contrat préparatoire ? Les contrats préparatoires sont évoqués par la doctrine mais la notion en tant que telle, existe-t-elle ? L'étude de l'existence de la notion est une nécessité avant d'envisager tout développement concernant le fond de la notion.

L'origine de la notion de contrat préparatoire est un point essentiel dans la recherche de sa définition juridique. Sa détermination est le point de départ de toute définition. En effet, pour définir cette notion, il apparaît indispensable d'en caractériser l'existence.

23. L'existence de la notion de contrat préparatoire est notre postulat de départ. Nous suivons ainsi la théorie de Jean-Paul Sartre relative à l'appréhension de l'être, « *l'existence précède l'essence* »²⁵ : elle surgit d'abord et se définit ensuite.

24. L'existence de la notion de contrat préparatoire ne fait point de doute puisqu'elle est utilisée. Elle est utilisée par la pratique. Quoique, l'utilisation d'une notion conduit-elle à son existence, et encore plus à son existence juridique ? L'étude de

25 J.-P. SARTRE., *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Gallimard, 1996, p.26.

ces pratiques devrait nous permettre d'en définir l'essence.

25. A propos de la pratique, *« c'est un fait entendu, les contrats préparatoires, les avant-contrats, les accords de principe, les accords partiels ne sont pas d'un maniement facile, sans doute parce que le Code civil ne leur consacre pratiquement aucune disposition, qu'ils sont l'œuvre du génie créateur de la pratique, que la doctrine éprouve bien des difficultés à les conceptualiser et à les faire entrer dans des catégories homogènes et que la jurisprudence brille, en ce domaine, par des décisions incertaines qui sont loin de faire l'unanimité »*²⁶. L'auteur évoque les contrats préparatoires en compagnie d'autres notions juridiques. Deux points nous intéressent. D'une part, il détaille ce que nous avons déjà indiqué dans notre introduction, le Code civil n'a pas été construit à une époque où la période précontractuelle était sujette à litige d'où l'absence de résolution textuelle sur ces différentes notions. Il aurait pourtant été bien confortable de pouvoir d'appuyer sur un ou deux textes précis afin d'établir notre propos. Nous ne pourrions compter dessus.

D'autre part, il considère que la pratique est le créateur de ces notions. Ces deux points lui permettent de rapprocher la notion de contrat préparatoire de celles d'avant-contrat, d'accord de principe et de contrat partiel. Nous nous efforcerons d'établir l'origine de la notion de contrat préparatoire afin de savoir si elle a le même caractère que les avant-contrats, les accords de principes et les accords partiels, nous poursuivrons ensuite cette démarche au-delà de ces contrats (Titre premier).

Conceptualiser ces notions n'est pas aisé, l'auteur le dit lui-même, ce travail de création de catégories homogènes ne me semble pas être un obstacle à l'étude de tel ou tel contrat, il y a bien des contrats *sui generis* n'appartenant à aucune catégorie et n'ayant pour seul et unique but de satisfaire la pratique. La notion de contrat préparatoire a peut-être cette vocation.

Définir le cadre d'une notion (Titre deuxième) permet par la suite de la différencier des autres notions existantes en justifiant son caractère unique. Il est primordial de comprendre ce que contient la notion, savoir de quoi elle est constituée, à quel moment elle intervient, ce qui nous permettra plus tard de définir que telle situation

26 D. MAZEAUD, « Note sous Cass. Civ. 3E, 15 janvier 2003, 01-03700 », RDC, 1er décembre 2003, n°1, p. 45.

juridique est un contrat préparatoire ou ne l'est pas. C'est une clé de lecture de notre notion, une fois admis son existence, il faut pouvoir la reconnaître.

TITRE PREMIER

EMERGENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

26. Un auteur fait remonter l'origine des contrats préparatoires à une création de la pratique²⁷. Nous ne pouvons dès à présent partager cet avis. Peut-être que les contrats préparatoires ont été créés par la pratique comme de très nombreux contrats mais il sous-entend qu'il y ait plusieurs contrats préparatoires sans expliciter lesquels. Soit il y aurait de nombreux contrats ayant le même nom, des contrats préparatoires, soit cela signifie qu'il y ait une catégorie des contrats préparatoires et que certains contrats qu'il ne cite pas rentrent dans cette catégorie.

Nous pensons surtout que le raisonnement doit être réalisé dans un sens contraire. La pratique crée des contrats à chaque fois que la situation le justifie afin de répondre au mieux et au plus près de l'environnement juridique de la relation contractuelle. Le contrat créé porte une dénomination correspondant soit à sa qualification juridique entrant dans le Code civil comme la promesse unilatérale de tel contrat ou le contrat à titre onéreux désignant ainsi la plupart des contrats, soit plus précisément en correspondant à son objet comme le contrat de licence de brevet ou le contrat de franchise. Les contrats de licence de brevets sont apparus au moment où les inventeurs ont souhaité protéger leur travail et en tirer profit sans en commercialiser le produit fini pour autant. Le contrat de franchise est apparu où moment une enseigne commerciale florissante a voulu étendre son réseau rapidement sans en supporter tous les risques... Les exemples sont nombreux. Cette démonstration a pour objectif d'expliquer le fait qu'un contrat ne peut avoir été créé dès le départ par la pratique avec pour fonction d'être préparatoire. Le contrat de franchise, comme nous l'avons vu

27 D. MAZEAUD, « Note sous Cass. Civ. 3ème, 15 janvier 2003, 01-03700 », Revue des contrats, 1er décembre 2003, n°1, p. 45.

précédemment, a été créé pour développer son réseau de distribution, ce contrat appartient à la catégorie des contrats de distribution. Ce n'est pas le contrat de distribution que la pratique a créé, c'est le contrat de franchise que la doctrine a par la suite qualifié de contrat de distribution. C'est pourquoi nous ne partageons pas l'avis de cet auteur. Nous pensons que la pratique est dissociée du devenir théorique de leur création.

27. La création de la notion de contrat préparatoire remonterait ainsi à une création doctrinale (chapitre 1), une dénomination accordée par un auteur à un sujet plus large ou plus précis en fonction de votre vision. L'origine de la notion est doctrinale. Il sera, par la suite, intéressant de voir comment une notion doctrinale a pris appui dans notre droit contemporain (chapitre 2) en cherchant les utilisations législatives et jurisprudentielles de la notion afin de savoir si la notion n'existe qu'en théorie du droit ou si elle a une existence concrète.

CHAPITRE I – UNE EMERGENCE

DOCTRINALE SIGNIFICATIVE

28. Le contrat a pour utilité de créer une relation de droit dans une situation donnée. Il est difficile d'imaginer avec certitude quelle sera la réaction de la jurisprudence face à un nouveau montage contractuel. La liberté n'a pas de limite ou tout du moins, celle-ci est très confortable, « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »²⁸. C'est de cet article de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen que découle la liberté contractuelle. En matière contractuelle, celle-ci ne connaît qu'une limite, celle de la préservation de l'ordre public, énoncée par l'article 6 du Code civil qui dispose que : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

La liberté contractuelle est qui plus est implicite au sein l'article 1134 du Code civil²⁹. La liberté contractuelle n'a presque pas de limite³⁰, la preuve en est de la multiplication, ces dernières années, de nouveaux contrats. Les rédacteurs ont pour objectif de satisfaire leur client en établissant un accord juridiquement viable. Une fois le contrat créé, la doctrine cherche absolument à « *soumettre à un ordre juridique structuré et rationnel* »³¹ ce nouveau né, c'est dans ce cadre qu'est apparu la notion de contrat préparatoire.

28 Article de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Il est dommage de voir la société actuelle briser sans cesse ce principe ancien et obliger les parlementaires à légiférer de plus en plus. Quoique cette situation soit naturelle pour les rédacteurs de la Déclaration, ceux-ci poursuivant : « ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

29 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

30 L'ordre public précité est une limite, avec notamment la limitation des clauses abusives. Elle aboutit à la remise en cause de cette idée de liberté contractuelle du fait de l'apparition de contrats obligatoires tels que les contrats d'assurances, l'impossibilité de choisir complètement son cocontractant sans enfreindre un texte pour ce qui concerne la discrimination...

31 J.L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, éd. PUF, 2001, p. 103, évoque à ce sujet « la nécessité pour les juristes de donner un nom aux choses et de les caractériser juridiquement ».

29. Les fondements de la notion (Section I) ont été posés il y a fort longtemps alors que le nombre de contrat existant restait faible, différentes conceptions (Section II) sont depuis apparues au fil du temps.

30. Un petit aparté est nécessaire à ce stade pour expliciter le poids que peut constituer la lecture de nos propos suivants. Nous nous en excusons par avance mais nous estimons que ces développements sont primordiaux étant donné qu'ils traduisent la base de notre étude.

31. Notre recherche a eu pour objectif de recenser un maximum de source existante concernant la notion de contrat préparatoire. Plus que d'analyser chaque contrat qui se cacherait derrière la notion, c'est l'expression « *contrat préparatoire* » que nous avons essayé de mettre en avant dans nos recherches et nos développements. Qui emploie la notion, où la trouve-t-on, dans quel contexte ? L'étude de la notion, plus que de son contenu pris isolément, nous a obligé, face au peu d'ouvrages spécifiques étudiant la notion de contrat préparatoire, à creuser dans de très nombreux ouvrages à la recherche de citations, qui se sont souvent avérées être une seule citation pour l'ensemble de l'ouvrage. Ces développements sont l'assise de notre travail.

Section I - Les fondements de la notion de contrat préparatoire

32. L'étude de la notion de contrat préparatoire en tant que telle n'a pas eu beaucoup d'écho, elle est cependant elle-même l'écho d'un important mouvement doctrinal vieux de plus d'un siècle, date des premières citations (Paragraphe 1), qui essaie d'appréhender une méthodologie adaptative d'analyse des situations juridiques et par là même des contrats en particulier. L'élaboration de cette méthode a permis l'émergence de certaines notions telles que celle d'avant-contrat, de contrat préparatoire et de droit éventuel³². Les premières citations s'étant transformées en courant de pensée

32 DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », Rev. Trim. Dr. Civ. 1905, 723 ; « Nature et effets des droits éventuels » Rev. Trim. Dr. Civ. 1906, 231 ; J.-M. VERDIER, Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Libr. Rousseau, 1955.

(Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Des premières citations

33. La doctrine a un but certain et concret depuis fort longtemps, celui de combler les lacunes législatives et jurisprudentielles et « *par ces prévisions répétées d'établir la sécurité sur les points que la pratique judiciaire n'a pas encore examinés* »³³. L'auteur de cette citation explicita la démarche technique de la doctrine d'après les fondements de Jhering, quelques années auparavant, il a été le second auteur à évoquer la notion de contrat préparatoire.

« *Saleilles écrivait que la notion de contrat préparatoire était une situation incomplète, en voie d'achèvement comme l'est le contrat principal partiel sous la promesse de contrat* »³⁴.

Cette citation de Saleilles est la plus ancienne que nous ayons réussi à trouver dans nos recherches sur l'origine de la notion de contrat préparatoire³⁵. La recherche d'écrits du début du XXème siècle n'est pas une tâche aisée et nous ne pouvons vous assurer, avec une complète certitude, que cet auteur ait été le premier à utiliser l'expression de « *contrat préparatoire* »³⁶. Il semblerait tout de même que si cet auteur n'est pas le créateur de la notion, il est celui qui ait le plus traversé les âges de par ses écrits, la notion datant très certainement du début du XXème siècle.

34. De par cette définition plus qu'imprécise des contours de la notion de contrat préparatoire, l'on peut dire que le contrat préparatoire est une voie d'achèvement sans pour autant se confondre pour cet auteur avec le contrat principal partiel et la promesse de contrat.

Le fait de comparer les contrats préparatoires à deux autres contrats nous

33 R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, éd. A. Rousseau, 1911, p. 230.

34 SALEILLES. De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand. Paris 1901, Compte-rendu par MEYNIAL, RTDC 1902, pp. 545 et s.

35 En tant que source confirmée.

36 En faveur de cette idée : M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris I, 1985, T I, p. 121 à 126.

conduit à exclure ces contrats de la notion. Cela ne semble pas faire de doute quant à la volonté de l'auteur, il n'est pas habituel de comparer une chose avec son contenu, cela n'a pas de sens, c'est pourquoi nous pensons que la notion de contrat préparatoire ne regroupe pas le contrat principal partiel et la promesse de contrat pour l'auteur.

La notion de contrat préparatoire est une situation incomplète, en voie d'achèvement. Les mots parlent d'eux-mêmes. Le contrat préparatoire n'est pas définitif, il va le devenir à la suite de son exécution. L'auteur ne nous donne pas plus d'élément malheureusement.

35. Demogue écrivait en 1906 que « *l'on compliquait le droit en prévoyant à côté des contrats ordinaires des contrats préparatoires qui seraient des promesses de contrat* »³⁷. Cette vision est d'ores et déjà opposée à celle de Saleilles.

Les contrats préparatoires n'étaient donc pas des contrats ordinaires pour Demogue, autrement dit, il ne s'agissait pas de contrat que l'on pouvait assimiler à des contrats ordinaires. Tout d'abord, les contrats préparatoires ne sont pas inscrits dans le Code civil, cela signifiait que ces contrats préparatoires n'étaient pas encadrés par la matière contractuelle jusque là. Cependant l'auteur émet l'hypothèse selon laquelle les contrats préparatoires ne seraient constitués que par les promesses de contrat. Il rattache ainsi ces contrats non ordinaires à une catégorie existante, celle des promesses de contrat, venant s'opposer complètement à la vision de Saleilles.

36. Le Code civil envisage la promesse de contrat (la promesse de vente³⁸, la promesse de cession de créance³⁹ ou d'un autre droit incorporel, la promesse de bail⁴⁰). Mais comme de nombreuses notions, elle n'était pas définie. Le contrat n'est pas ordinaire pour l'auteur, il fait probablement allusion au mythe de la rencontre instantanée de l'offre et de son acceptation formant d'un trait de temps le contrat définitif. L'implication d'une promesse retarde cette rencontre. Cela implique un premier contrat précédant la formation du contrat définitif. La promesse de contrat aboutit sous réserve d'acceptation ou de l'accomplissement d'une condition à la

37 R. DEMOGUE, De la nature et des effets du droit éventuel, RTDC 1906, p. 259.

38 Article 1589 et 1590 du Code civil pour la promesse synallagmatique, article 1675 du Code civil pour la promesse unilatérale.

39 Article 1695 du Code civil.

40 Article 1321-1 du Code civil.

conclusion d'un contrat définitif qui était déjà précisé dans ces éléments principaux au stade de la promesse. La situation n'est pas certaine comme lors du coup de foudre contractuel. Cette incertitude est le sujet de nombreuses complications.

Demogue considère donc que les contrats préparatoires ne sont que des promesses de contrat, des contrats préparant d'autres contrats.

Paragraphe 2 - A la création d'un courant de pensée ?

37. Leduc, à la même période que les supposés auteurs originels de la notion, qualifiait les avant-contrats de préparatoires en expliquant que « *la conclusion du contrat définitif n'est pas une fin en soi ; c'est son exécution qui intéresse les parties, c'est pour se ménager la possibilité de l'exiger que le stipulant de l'avant-contrat a conclu ce dernier (...) L'avant-contrat a donc bien un caractère essentiellement préparatoire d'un contrat futur ; il n'a pas de raison d'être en lui-même* »⁴¹. L'auteur continue son développement pour conclure que les contrats préparatoires sont des promesses de contrat, de même que l'avait écrit Demogue trois ans auparavant. La théorie des auteurs sur le sujet est la même. Les contrats préparatoires sont des promesses de contrat.

38. Aujourd'hui, la majeure partie de la doctrine⁴² voit dans la promesse de convention un contrat préparatoire dont l'étude est généralement associée à la formation du contrat de vente. Ce n'est pas le seul type de promesse existante, on trouve des promesses de bail⁴³, des promesses de prêt⁴⁴... Mais il est vrai qu'en pratique la forme dominante de promesse de contrat reste la promesse de vente répandue par les notaires.

39. Leduc donne pourtant l'impression de considérer plus littéralement son analyse. Il s'agit d'une globalité, les contrats préparatoires d'un contrat futur. L'adjectif

41 E. LEDUC, « Des avant-contrats », thèse Paris, 1909, p. 29.

42 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001 ; E. LEDUC, Des avant-contrats, thèse 1909.

43 Cass., 3eme civ., 27 juin 1973, Bull. Civ. III, n° 466 ; 20 mai 1992 : Bull. Civ. III, n° 152 ; 28 mai 1997, Contrats, conc., consom. 1997, n° 131, obs. L. LEVENEUR.

44 Cass. 1ère civ., 20 juillet 1981 : Bull. Civ. I, n° 267 ; RTD civ. 1982, p. 427, note P. Remy.

qualificatif « *préparatoire* » semble n'être qu'une description de la catégorie des avant-contrats et non une catégorie en soi. Il ne marque pas de différence entre l'avant-contrat et le contrat préparatoire. Les avant-contrats sont considérés comme préparatoires, il tente simplement d'explicitier son idée de ce que sont les avant-contrats sans avoir de réelle pensée sur la notion de contrat préparatoire.

Il déplace l'intérêt de l'avant-contrat sur le terrain de l'exécution du contrat définitif et non sur la formation de ce dernier. L'avant-contrat est une promesse de contrat. L'intérêt de l'avant-contrat réside dans la préparation de l'exécution du contrat définitif.

Cette précision a donc pour intérêt de déplacer l'intérêt de l'existence de la promesse au stade de l'exécution plutôt que de la formation afin d'éviter l'écueil d'un rejet de qualification de la promesse de contrat en un contrat définitif. Tout comme l'article 1589 du Code civil relatif à la promesse de vente le confirme, l'accord sur la chose et le prix emporte consentement définitif au contrat et non à la promesse. L'utilité de l'avant-contrat résiderait ainsi dans sa capacité à repousser l'exécution de ce contrat parfait au moment de sa formation et justifierait l'emploi d'une promesse à la place d'un contrat définitif. C'est un montage ingénieux né de la pratique qui a donc conduit à une jurisprudence ultérieure pléthorique sur le sujet.

Le contrat prépare l'exécution d'un contrat futur. Il n'a pas de raison d'être en soi, ce qui le différencie d'une clause suspensive insérée dans le contrat définitif qui aurait le même intérêt au vue de l'utilité de la promesse envisagée par l'auteur mais conduirait les parties dans une relation contractuelle plus aboutie alors que ceux-ci ne le souhaitent pas pour le moment.

Leduc a une vision proche de celle de Demogue au final. Il considère également que ce sont des promesses de contrat. La différence réside dans l'analyse de la notion de contrat préparatoire qui existe en tant que telle pour Demogue et qui n'est que qualificative en tant qu'adjectif complétant la notion d'avant-contrat.

40. La notion a donc survécu à son créateur sans pour autant faire l'unanimité. En effet, reprise peu de temps après, la notion a été dévitalisée de sa portée. Il faut attendre quelques décennies pour voir la notion réapparaître plus régulièrement et aboutir un grand nombre de conceptions différentes.

Section II - Différentes conceptions

41. Il n'y a pas une seule conception de la notion de contrat préparatoire mais de nombreuses. Comme nous l'avons vu dans nos précédents développements, très tôt la doctrine s'est trouvée en désaccord sur le sujet, ce désaccord a persisté et s'est plutôt accentué compte tenu de la multiplication de nouveaux contrats. Différentes conceptions doctrinales (Paragraphe 1) s'opposent ou se complètent parfois rendant leurs assimilations en groupes distincts compliquées. Les prémisses de notre conception (Paragraphe 2) auront pour but d'apporter une nouvelle pierre à l'édifice.

Paragraphe 1 - Les conceptions doctrinales

42. Il n'y a pas une seule conception doctrinale, leur classification est complexe (A) mais pourrait se schématiser grossièrement en un courant de pensée liant la promesse de contrat à la notion de contrat préparatoire (B), un courant de pensée évolutif ne limitant pas la notion aux promesses de contrat (C) et un courant de pensée assimilant la notion à un accord partiel (D).

A. Une classification complexe

43. Les écrits spécifiquement relatifs à la notion de contrat préparatoire sont très rares. La notion est la plupart du temps employée au milieu de développement autre, sans être explicitée ou de manière très superficielle.

La difficulté à examiner les différentes conceptions de la notion de contrat préparatoire, tient au fait que leur point de comparaison ou le cadre dans lequel s'inscrit l'emploi de la notion est différent. Un mot peut avoir un sens diamétralement opposé suivant le contexte de la phrase dans lequel il est usé, de même, dans un autre domaine. Il est de même pour l'étude de la notion de contrat préparatoire. Le contexte dans lequel

est employée la notion emportera des conclusions différentes.

La notion a été réutilisée, parfois recadrée par un auteur pour imaginer son sujet, son idée ou son développement. L'aspect théorique de la notion a été le plus souvent négligé au profit de l'aspect technique. En effet, les auteurs ont écrit au sujet de divers contrats en les explicitant, ils ont abordé leurs conditions de formation, leurs effets, leurs fins ; c'est au cours de ces développements que l'on retrouve par touche la notion de contrat préparatoire.

Tel contrat est jugé comme préparatoire d'un autre, la référence sera plutôt implicite ou inversement de manière très explicite, un auteur pourra écrire que tel ou tel contrat rentre dans la catégorie des contrats préparatoires. La notion de contrat préparatoire pourrait être une catégorie, ceci nous conduit à nous interroger sur de nombreuses questions. Cette catégorie en quoi se distingue-t-elle des autres catégories ? Est-elle une sous-catégorie d'une autre catégorie ? Une catégorie à part entière ? Une catégorie supérieure ? A quelle autre catégorie alors ? Autant de questions que peu d'auteurs traitent, si ce n'est en quelques lignes, sans soulever ces questions, connaissant pourtant l'importance juridique que revêt l'assimilation d'un contrat à une catégorie⁴⁵. Nous tenterons de répondre à toutes ces questions dans nos développements le plus complètement possible.

44. « *Chaque auteur, en effet, confère à l'expression un contenu juridique particulier* »⁴⁶. Quarante ans après la citation de Jean-Marc Mousseron dans un article sur « *la durée dans la formation des contrats* », celle-ci reste, selon nous, merveilleusement d'actualité. Cette citation se référant à la notion de contrat préparatoire, une nouvelle fois, loin d'être le sujet de l'étude de l'article comme le laisse deviner le titre, témoigne de la complexité du sujet.

L'on pourrait aussi considérer que cela implique dès à présent une simplicité d'analyse conduisant à admettre qu'il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises interprétations de la notion mais des interprétations multiples.

Il est possible d'y voir une notion trop large et insuffisamment définie jusque là, pour qu'elle puisse contenir toute idée juridique ayant un minimum de lien avec la

45 Cf. infra n°661 et s.

46 J.-M. MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, Études offertes à A. Jauffret, p. 509.

notion. Cette imprécision de la notion permettrait en quelque sorte d'en faire un fourre-tout, le titre de ce fourre-tout étant les contrats préparatoires.

45. Au final, les contrats préparatoires pourraient englober tous les contrats considérés comme préparatoires par tous les auteurs de la doctrine sans justification autre de la même manière. Voir en poussant encore plus loin ce raisonnement erroné, nous pourrions envisager le fait que les contrats étant préparatoires, cela signifie qu'ils ne sont pas finis, pas terminés puisqu'ils sont préparatoires, et donc que cette notion regrouperait tous les contrats juridiquement non aboutis, non valable en totalité en s'excusant à ce sujet par le fait que le contrat définitif quant à lui valable juridiquement en tout point. Cela serait dès lors conférer « à l'expression un contenu juridique particulier »⁴⁷ également.

46. Pour certains auteurs, les contrats préparatoires se limitent aux seules promesses de contrat, pour d'autres, elles peuvent s'étendre à l'ensemble des conventions qui, de l'accord de principe à la promesse synallagmatique, sont conclus antérieurement au contrat final⁴⁸. Afin d'aborder ces différentes conceptions de la notion, un fil conducteur nous semble préférable afin de ne pas présenter les thèses des auteurs sur les auteurs les unes après les autres sans lien autre que le sujet principal de notre travail. Ce fil n'est pas aisé à trouver, peu des auteurs que nous avons lus n'abordent le sujet suffisamment pour être certains de la teneur de la notion qu'ils dégagent. De plus, leurs contenus juridiques sont différents pour la plupart dès que l'on entre dans les détails.

L'idée générale selon laquelle les contrats préparatoires sont ceux conclus antérieurement au contrat définitif emporte une généralité d'auteurs mais le contenu diffère puisque les auteurs ne sont pas unanimes sur la valeur juridique de tel ou tel contrat précédent le contrat définitif, pour certains, ce contrat sera déjà le contrat définitif et pour d'autres, ce sera un contrat autonome distinct du contrat définitif.

Que ce soit sur le contenu, sur le champ d'application, la similitude avec une autre notion plus répandue, établir un fil conducteur partageant les opinions des auteurs

47 J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, p. 509.

48 J. SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ. 1974, 46 et s., spécialement n°3.

est un véritable sacerdoce.

47. Nous pourrions partager les auteurs ayant repris la conception de Demogue considérant que la notion de contrat préparatoire regroupe les promesses de contrat mais la plupart des auteurs ne limitent pas leur vision aux promesses et englobent de nombreux contrats, c'est pourquoi ce classement paraît d'ores et déjà trop réducteur. Le contrat partiel est aussi mis en avant par certains auteurs pour justifier ce que sont les contrats préparatoires.

La notion d'avant-contrat est souvent évoquée en parallèle de celle de contrat préparatoire, les auteurs considèrent que les deux notions sont synonymes mais ceci ne veut rien dire concrètement. Chaque auteur interprète différemment le contenu de la catégorie des avant-contrats, ce qui implique donc une différence de courant de pensée quant à la notion de contrat préparatoire également. Il nous semble cependant primordial de mettre en avant le fait qu'une majorité de la doctrine penche vers cette acceptation de la notion de contrat préparatoire en tant qu'avant-contrat.

48. L'analyse plus détaillée de cette doctrine nous semble pertinente compte tenu de l'absence de compilations de celle-ci jusqu'à présent.

B. Un courant de pensée évolutif : une notion liée à la promesse de contrat

49. La notion de contrat préparatoire est assimilée par un certains nombres d'auteurs à la promesse de contrat. Certains considèrent les deux termes comme synonymes, Demogue partageant ce point de vue⁴⁹, d'autres considèrent que l'élément clé est la promesse de contracter⁵⁰, d'autres encore inclus au sein des contrats

49 R. DEMOGUE, De la nature et des effets du droit éventuel, RTDC 1906, p. 259. Ce courant de pensée reste très limité pour une raison simple, la notion de promesse n'était pas entendue de la même manière qu'elle l'est aujourd'hui au début du XXème siècle. La promesse n'avait pas d'effet obligatoire pour la doctrine de l'époque. Les contrats préparatoires étaient ainsi pour certains auteurs l'ensemble des contrats n'ayant justement pas d'effet obligatoire. Les promesses prenaient la forme de contrat sans en être réellement un.

50 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 122.

préparatoires l'ensemble des promesses précédant le contrat final⁵¹, mais l'idée principale reste la même. Les contrats préparatoires sont des promesses de contrat.

50. « *Le contrat définitif partiel n'est pas un contrat préparatoire au contrat principal, mais un morcellement de ce dernier. C'est la promesse de contracter qui fait de l'avant-contrat un contrat préparatoire* »⁵². En tenant compte de la définition de la notion de contrat préparatoire du contrat définitif, le contrat définitif partiel ne peut en effet être le contrat préparatoire au contrat définitif étant donné qu'il s'agit déjà du contrat définitif, malgré qu'il soit partiel, il est le contrat définitif. Ainsi le contrat définitif partiel ne peut préparer le contrat définitif puisqu'il est lui-même ce contrat. Les deux contrats nécessitant d'être distincts⁵³. Ceci n'est pas le cas de la promesse de contrat qui est un contrat préparatoire au contrat définitif pour l'auteur. La promesse de contrat se différencie du contrat préparé pour l'auteur. Les contrats préparatoires sont ainsi des promesses de contrat.

51. L'opinion de Madame Geninet coïncide sur ce point avec celle de Saleilles : le contrat définitif partiel n'est pas un contrat préparatoire, il s'agit d'un contrat définitif. Un contrat définitif juridiquement mais auquel il manquera des éléments pour parvenir à satisfaire l'accord des deux parties. Il s'agit d'une partie de l'affaire, déjà négociée, qui peut être exécutée telle quelle, mais qui ne comprend pas la totalité de ce que veulent au final les parties. Il n'y a pas d'obligation découlant du contrat définitif partiel parce qu'il est définitif en soi sur une partie de ce qu'on voulu les parties. Il n'entraîne aucunement d'obligation autre que celle figurant au contrat.

La promesse de contracter insérée dans un contrat définitif partiel fait perdre à ce dernier son caractère définitif puisqu'il nécessite un autre contrat, celui qui est promis. C'est ce dernier qui deviendra, une fois la promesse réalisée, le contrat définitif. Rappelons que Saleilles défendait pour sa part l'idée que les contrats préparatoires ne sont pas non plus des promesses de contrat.

51 J. SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ. 1974.46 et s., spécialement n°3.

52 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 122.

53 Voir infra n°344 et s.

52. Cette exclusion du contrat définitif partiel ne peut être possible qu'en ayant une vision stricte des promesses de contrat. En effet, nous pouvons aussi imaginer que la promesse de contrat puisse être analysée en un contrat définitif partiel. Le contrat sera définitif en cas de promesse synallagmatique de contrat les deux parties ayant déjà consenti au contrat définitif, la promesse vaudra contrat final. Il pourra être considéré comme partiel car les parties auront pu vouloir soumettre leur accord à telles ou telles conditions, réserves ou formalités, celui-ci ne sera dès lors pas le contrat définitif escompté mais un morcellement de ce dernier pour reprendre l'expression de l'auteur. Le contrat deviendra définitif une fois les conditions, les réserves ou les formalités accomplies.

53. Madame Geninet précise rapidement son analyse, en particulier, sa définition de la notion de contrat préparatoire « *il ne s'agit pas de l'objectif préparatoire au sens commun du terme, car alors on pourrait faire entrer dans cette catégorie tous les contrats qu'un industriel a conclu pour parvenir à vendre le produit fini. L'expression contrat préparatoire ne couvre que les contrats portant sur certains éléments juridiques du contrat principal au sens des éléments précédemment décrits* »⁵⁴. Cette idée selon laquelle le contrat préparatoire ne serait pas un contrat préparant le contrat définitif mais une partie de ce dernier par le biais de la promesse de contrat que représente le contrat préparatoire est marginale. Pour l'auteur, la promesse est le contrat définitif puisque la levée de l'option intégrera le contrat préparatoire au contrat définitif, c'est pourquoi elle considère que le contrat préparatoire est un morceau du contrat définitif, la promesse ayant vocation avec la levée d'option à être intégré au contrat projeté.

limiter le contrat préparatoire aux promesses de contrat n'a pas sens selon nous, la doctrine partage dans l'ensemble cette idée, la notion ne pouvant se limiter aux promesses de contrat.

54 M. GENINET, op. cit., p. 122.

C. Un courant de pensée évolutif : une notion ne pouvant se limiter aux promesses de contrat

54. La notion de contrat préparatoire se limitait à l'origine aux promesses de contrat. Cette limitation n'était pas due à une volonté des auteurs de l'époque d'exclure le pacte de préférence, le contrat-cadre ou encore l'accord de principe. La raison vient de l'origine de ces contrats, ils sont nés de la pratique et n'existaient tout simplement pas au début du XXème siècle. Certains auteurs ont dès lors, intégré à leur conception de la notion de contrat préparatoire ces contrats (1), formant un courant de pensée maximaliste. A l'inverse, d'autres auteurs ont choisi de ne plus se concentrer que sur ces nouvelles formes contractuelles nées de la pratique allant jusqu'à exclure ce qui était à l'origine de la notion de contrat préparatoire, à savoir les promesses de contrat (2).

1) Le courant de pensée maximaliste

55. Pour certains auteurs, les contrats préparatoires se limitent aux seules promesses de contrat, pour d'autres, elles peuvent s'étendre à l'ensemble des conventions qui, de l'accord de principe à la promesse synallagmatique, sont conclus antérieurement au contrat final⁵⁵. Le Professeur Schmidt en fait partie, elle a une vision du contrat préparatoire très large, la seule limite étant le fait que le contrat doit avoir été conclu avant le contrat définitif. Elle ne définit pas de borne précédant la conclusion du contrat préparatoire, celui-ci pouvant intervenir à tout moment précédent la conclusion du contrat définitif.

« Parmi les avant-contrats, la promesse unilatérale de contrat dite aussi pacte d'option⁵⁶ tient une place particulière, car elle représente une forme très élaborée de contrat préparatoire⁵⁷ dont le modèle est, lui-même, la promesse unilatérale de

55 J. SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ. 1974.46 et s., spécialement n°3.

56 F. BENAC-SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente, Bibl.dr.priv. t. 77., LGDJ, 1983 ; M. BRUSCHI, les promesses unilatérales de contrat, Lamy, Droit des contrats, sous la dir. De B. Fages, n° 125.

57 Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, Cujas 2000, p. 83 : « la promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles-mêmes archétypes des avant-contrats ».

vente⁵⁸ ». Le Professeur Schmidt évoque indistinctement les avant-contrats et les contrats préparatoires dans cette citation, elle n'établit pas de hiérarchie claire entre les deux notions sans pour autant exprimer clairement le fait que les deux notions soient synonymes. Il est en tout cas certain que les deux notions sont voisines, proches, la promesse unilatérale de contrat étant qualifiée aussi bien de l'une que de l'autre. Le contrat préparatoire modèle est, selon elle, la promesse unilatérale de vente, se ralliant de fait au Professeur Collart-Dutilleul, celui-ci qualifiant précisément la promesse unilatérale de vente d'immeuble de contrat préparatoire à la vente d'immeuble. L'assimilation des promesses unilatérales au contrat préparatoire est appuyée par un certain nombre d'auteurs, notamment Messieurs Mousseron, Guibal et Mainguy.

56. Le Professeur Jean-Marc Mousseron fit entrer les contrats préparatoires dans ce qu'il appelle « *les formes contractuelles de pourparlers* »⁵⁹. Il considère que les pourparlers s'arrêtent lorsque le contrat est formé⁶⁰, c'est pourquoi il a créé cette catégorie, afin de faire perdurer les pourparlers au stade contractuel. Il fait de la notion une catégorie se situant dans la période de l'avant-contrat, cette catégorie se situant à son tour dans la catégorie des formes contractuelles de pourparlers. C'est une catégorie dans une autre catégorie plus large se distinguant par des autres catégories par sa place dans le temps, la catégorie s'inscrit sur une période, « *les formes contractuelles de pourparlers* ».

57. Au sein des formes contractuelles de pourparlers, l'auteur distingue les « *contrats préparatoires* » qui ont « *pour seul objet de préparer des contrats à venir* »⁶¹. La définition de l'auteur quant à la notion de contrat préparatoire est pour le moins l'une des plus précises que nous ayons, s'attachant à définir le cadre de la notion, à délimiter la notion aussi bien temporellement, qu'en terme de qualification. Les contrats préparatoires sont les contrats qui ont pour objet de préparer des contrats à venir, l'objet du contrat au sens de l'article 1108 du Code civil est la préparation de contrats futurs. Cette définition ne se limite pas aux contrats définitifs, la préparation peut concerner

58 J. SCHMIDT, Promesse unilatérale de vente, Jur-class., art. 1589, fasc. 20, p. 2.

59 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 513.

60 J.M. MOUSSERON, *ibid*, p. 510.

61 J.M. MOUSSERON, *ibid*, p. 509.

tout futur contrat du moment qu'il s'agisse de contrat agissant hors du champ des pourparlers. Tout contrat intervenant durant la période des pourparlers mettant en place la conclusion d'un contrat futur. Cette catégorie semble très large c'est pourquoi le Professeur Mousseron l'a réduit au fil des ans.

Les contrats préparatoires regroupent notamment l'accord de principe, le pacte de préférence⁶² et le contrat-cadre. Ces trois figures contractuelles entrent dans la catégorie des contrats préparatoires. L'accord de principe est un contrat préparatoire pour d'autres auteurs tels que Messieurs Ghestin et Seraglini mais ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine en tant que tel⁶³.

58. Le Professeur Mousseron distingue les contrats préparatoires des « *contrats temporaires* » qui « *ont pour objet de créer des obligations qui lieront les parties durant la période des négociations* »⁶⁴, des « *contrats partiels* » qui lient les parties dans le cadre d'une négociation « *morceau par morceau* »⁶⁵. Il réduit ainsi un peu plus sa conception de la catégorie de contrat préparatoire.

59. Bien qu'un contrat temporaire puisse emmener les parties à conclure un contrat futur, celui-ci ayant bien comme objet la préparation du contrat à venir dans le cadre de la négociation, ce contrat est rejeté de la catégorie des contrats préparatoires. En effet, ce contrat temporaire, tel que défini par l'auteur, a pour objet des créer des obligations limitées à la période des négociations, ces obligations s'éteignent au moment de la conclusion d'un contrat futur ou n'ont pas vocation à perdurer au delà. Bien qu'entrant dans le champ de la préparation, ils sont surtout préparatoires à la négociation, bien plus qu'à la conclusion d'un contrat final, c'est pourquoi le Professeur Mousseron choisit de les exclure.

Les « *contrats temporaires* », évoqués par le Professeur Mousseron, correspondent aux contrats défendus par Jhering. « *Pareil accord aurait pour eu pour seul objet d'engendrer une « obligation de diligentia in contrahendo » dont la*

62 Le pacte de préférence est une figure ancienne déjà connu du Droit romain, de Domat et de Pothier.

63 Voir infra n°165 et s..

64 Accords de révélation et maintien du secret ou de confidentialité préalables aux contrats de communication de savoir-faire, la note de couverture, le contrat de travail à l'essai.

65 La lettre d'intention par exemple.

méconnaissance aurait provoqué la responsabilité contractuelle du partenaire défaillant. En sanctionnant la faute précontractuelle par la responsabilité délictuelle de son auteur, la jurisprudence française a rejeté la présence, en toutes occasions, de cette convention »⁶⁶. Il s'agirait de contractualiser une obligation de négociation de bonne foi en quelque sorte, ce qui n'a jamais été admis en France, l'obligation de négocier de bonne foi reste dans le champ précontractuel et ne peut constituer une sorte de contrat temporaire tacite durant les négociations.

60. Le Professeur Mousseron admet toutefois l'existence d'un contrat temporaire tel que Jhering l'entendait dans les contrats de communication de savoir-faire, en particulier lors de la conclusion d'accords de « *révélation et maintien de secret* » ou de « *confidentialité* ». Ainsi, « *si la négociation échoue, les obligations de « confidentialité » et de non exploitation seront maintenues. Si la négociation réussit, le contrat visé succèdera au contrat temporaire avec des effets différents, l'obligation de non exploitation n'ayant alors plus de sens, l'obligation de secret disparaissant, parfois, et d'autres engagements compliquant, alors, les relations juridiques établies entre les deux partenaires. Pareilles différences interdisent d'envisager une quelconque rétroactivité du contrat final au jour de la formation du contrat temporaire et une quelconque absorption de celui-ci par celui-là »⁶⁷. Ces contrats répondent bien à la définition qu'il a choisit des contrats temporaires, il s'agit de contrat créant des obligations liant les parties au cours de négociations. Il est en effet logique dans le cas de négociation portant sur un savoir-faire de révéler le contenu de ce savoir-faire à l'autre partie afin de connaître la teneur de la chose objet de la négociation. Le contrat temporaire prévoit ainsi une obligation s'étendant au-delà de la fin des négociations, devenant même essentielle à cet instant afin de protéger le savoir-faire. Ce contrat n'est pas donc pas préparatoire d'un contrat futur puisque l'obligation engendrée ne nécessite pas la conclusion d'un second contrat. Il ne prépare pas la conclusion du contrat futur car celui-ci ne pourra reprendre les obligations du contrat temporaire telles quelles, celles-ci n'ayant plus d'intérêt. Les deux contrats, le contrat temporaire et l'éventuel*

66 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 516

67 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 517.

contrat qui suit n'ont pas d'obligation commune, l'un et l'autre sont distincts, il ne peut y avoir absorption de l'un par l'autre ou rétroactivité au moment de la signature du contrat final au moment de la conclusion du contrat temporaire car les obligations du contrat temporaire n'existent plus. Il n'est pas possible de faire remonter une obligation au départ d'une obligation caduque. Les contrats temporaires peuvent être qualifiés de contrats à effets temporaires, plus clairement peut être, au vu des explications de l'auteur. C'est la temporalité des obligations qui définit le contrat temporaire.

61. Il existe, par ailleurs, une seconde hypothèse d'accords à effets temporaires, les « *contrats provisoires* » évoqués par Demogue⁶⁸ tels que les contrats à l'essai (de travail) ou les notes de couverture en matière d'assurance. Ces contrats sont quasi identiques au contrat définitif engendrant les mêmes obligations, la conclusion du contrat définitif entraînant de plus une sorte de rétroactivité à la conclusion du contrat temporaire. Ces contrats temporaires pourraient, quant à eux, être qualifiés de contrat préparatoire puisqu'il prépare la conclusion du contrat futur mais, selon nous, la similitude entre le contrat préparatoire et le contrat définitif, additionné à la rétroactivité des obligations du contrat définitif au moment de la conclusion du contrat préparatoire débordent ces contrats temporaires du champ des contrats préparatoires.

62. L'analyse classique voit dans les promesses de contrat un contrat autonome et par là, le type même de contrat préparatoire⁶⁹. Cependant le Professeur Mousseron constate que l'autonomie de la promesse par rapport au contrat promis est fautive en ce qui concerne la promesse synallagmatique. Il rejette de ce fait les promesses de contrat synallagmatique de la catégorie des contrats préparatoires mais y inclut implicitement les promesses unilatérales de contrat.

En effet, l'article 1589 du Code civil refuse cette autonomie pour les promesses synallagmatiques de contrat consensuel et le Professeur Mousseron transpose ce raisonnement aux promesses synallagmatiques de contrats réels ou solennels « *où la simple tradition de la chose ou accomplissement de la formalité établit le contrat dans*

68 R. DEMOGUE, Les contrats provisoires, in Etudes de Droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1938, p. 159.

69 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 519.

toute sa vigueur sans qu'il y ait lieu de modeler un nouvel accord de volontés »⁷⁰. Il refuse de qualifier les promesses synallagmatiques de contrat préparatoire puisqu'il ne faut pas que les parties renouvellent leur consentement au contrat définitif. Le consentement à la promesse suffit pour valoir consentement au contrat promis. Le contrat promis est effacé en quelque sorte. Il n'existe pas, il est la promesse de contrat sous toutes ses formes, une simple formalité transformant l'un en l'autre. La promesse synallagmatique ne prépare pas le contrat définitif, la promesse est le contrat final⁷¹.

Mais le Professeur Mousseron reviendra quelques années plus tard sur son analyse en envisageant l'autonomie de la promesse synallagmatique de contrat vis-à-vis du contrat définitif. Ce sera l'autonomie décidée par les parties à la promesse qui conditionnera la qualification de contrat préparatoire. Si les parties ont prévu une condition à la promesse, celle-ci sera suffisante pour se distinguer du contrat préparé. Ainsi « *l'utilité de la promesse de contracter résulte cependant de la gestion contractuelle, par ce contrat, du temps nécessaire soit à la précision ou la détermination des éléments nécessaires à la formation du contrat, chose ou prix, soit à l'accomplissement de formalités ou l'obtention d'un prêt. C'est ce sens que la promesse synallagmatique de contrat est véritablement un contrat préparatoire distinct du contrat préparé* »⁷²⁷³.

63. Les Professeurs Mousseron, Guibal et Mainguy ont été des rares à faire perdurer l'utilisation de la notion de contrat préparatoire dans leurs écrits avec autant d'importance.

Ceux-ci introduisait le contrat préparatoire en ces termes : « *le cœur de l'avant-contrat contractuel, ce que l'on appelle souvent le domaine des « avant-contrats » ou des contrats préparatoires, des formes contractuelles de la négociation...* »⁷⁴. Les auteurs parlent du cœur de l'avant-contrat contractuel, l'avant-contrat correspond à une période, à un temps, celui précédent le contrat d'où le terme d'avant-contrat. C'est

70 J.M. MOUSSERON, *ibid*, p. 520

71 Valable uniquement pour la promesse synallagmatique de vente.

72 En ce sens, L. BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats, RTD civ. 1949, p. 1 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Droit civil, Les contrats spéciaux, LGDJ, 7^{ème} édition, 2014.

73 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 360.

74 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *ibid*, p. 249.

durant cette période que nous retrouvons les « *avant-contrats* » ou les contrats préparatoires. Ce sont les termes désignant les contrats de ce temps d'avant le contrat. Les auteurs semblent ne pas différencier les deux notions, il s'agit des avant-contrats *ou* des contrats préparatoires, la conjonction de coordination rend les deux notions synonymes. C'est une conception répandue sans pour autant vouloir signifier quoi que ce soit comme nous l'avons évoqué dans nos développements précédents, le contenu différant selon la doctrine. « *Les formes contractuelles de la négociation* » correspondent à une reprise de l'expression du Professeur Mousseron « *les formes contractuelles de pourparlers* » qui désignait également les contrats préparatoires⁷⁵.

64. Une section de « *l'avant-contrat* » est consacrée aux « *contrats conclus entre les parties à la négociation : les contrats préparatoires* »⁷⁶, s'agit-il donc d'une définition de ces contrats préparatoires, sont-ils bornés par leurs acteurs, les parties à la négociation? Sachant que l'une des parties de l'ouvrage comprend un titre concernant « *les contrats conclus avec un tiers à la négociation* », nous pouvons imaginer sans trop de difficultés que les contrats préparatoires ne sont que ceux conclus entre les parties à la négociation. Tout contrat conclu avec un tiers et préparant la conclusion du contrat définitif ne pourra pas être considéré comme un contrat préparatoire dans l'analyse des auteurs.

65. Les auteurs définissent les contrats préparatoires en ces termes, ils font remarquer « *que ces contrats ont en commun un objectif, un objet, une obligation qui a pour finalité la conclusion d'un contrat, le contrat préparé* »⁷⁷. Cela veut-il dire que tous les contrats ayant comme objectif, objet ou obligation de parvenir à la conclusion du contrat définitif sont des contrats préparatoires ?

Il faut dire que la catégorie paraît au premier abord plus que large, étant donné que les auteurs incluent les contrats qui ont pour objectif, objet ou obligation. Le contenu de la catégorie est étendu allant d'un simple objectif à une véritable obligation.

Cette définition paraît de ce fait peu appropriée, trop de contrats peuvent entrer

75 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 513.

76 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *ibid*, p. 268.

77 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *ibid*, p. 268-269.

dans la catégorie des contrats préparatoires si l'on ne donne que cette définition pour indication.

Les auteurs envisagent ensemble les mêmes contrats préparatoires que Monsieur Mousseron auparavant, c'est-à-dire le pacte de préférence, le contrat-cadre, l'accord de principe et la promesse unilatérale de contrat. La notion de contrat préparatoire englobe un ensemble de contrats, ne se limitant pas à la promesse de contrat, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique.

66. Les auteurs de « *l'avant-contrat* » considèrent que le premier objectif des contrats préparatoires « *est de permettre à deux personnes d'envisager les conditions de leur rapprochement, pour une durée relativement longue, et d'organiser, par des obligations de faire ou de ne pas faire, les modalités de ce rapprochement* »⁷⁸. L'analyse classique des contrats préparatoires voit dans l'obligation de faire ou de ne pas faire, l'obligation principale de ces contrats.

C'est dans ce sens que « *le contrat-cadre est un contrat préparatoire, un cadre préalable à la conclusion des ventes d'application* »⁷⁹, les auteurs de « *l'avant-contrat* » font entrer dans leur conception des contrats préparatoires le contrat-cadre car il concerne les parties à la négociation, il prépare les contrats d'applications à venir. Le contrat-cadre va ainsi obliger les parties à conclure ces contrats d'application dans le futur en définissant par exemple un volume minimal ou un chiffre d'affaires minimum à réaliser entre eux découlant de l'aide apportée dans le contrat préparatoire.

67. Le Professeur Collart-Dutilleul ne partage pas, quant à lui, une vision parfaitement identique des contrats préparatoires. Par rapport à Messieurs Mousseron, Guibal et Mainguy, il « *met en lumière, pour le cas de la vente d'immeuble, un processus progressif et cohérent de formation du contrat, qu'il dénomme l'opération contractuelle, et dont les contrats préparatoires constituent la trame* »⁸⁰. Le Professeur Mousseron est familier du terme d'opération contractuelle, c'est l'un des premiers à avoir utilisé cette expression, que l'auteur cité précédemment reprend par ailleurs. Pour

78 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *ibid*, p. 311.

79 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *ibid*, p. 311.

80 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 13e éd., Sirey, 2008, p. 117.

le Professeur Collart-Dutilleul, cette opération contractuelle nécessite deux éléments additionnels, un contrat préparatoire et un événement qui déclenchera la réalisation du contrat final. L'opération contractuelle s'étend de la négociation, à la conclusion du contrat final, scellant l'affaire entre les parties contractantes définitivement. Les contrats préparatoires servent à aboutir à ce contrat final qui clôt l'opération contractuelle. Ils guident, ils préparent l'opération contractuelle, des éléments de l'un se retrouvent naturellement dans l'autre, c'est en ce sens qu'il s'agit d'une opération contractuelle⁸¹.

68. De prime abord, il pourrait être possible de penser que le Professeur Collart-Dutilleul « *adopte une conception restrictive du contrat préparatoire -qu'il oppose aux contrats de pourparlers- en ne retenant que les conventions qui ont pour but de préparer un autre contrat* »⁸². Cette analyse est erronée en partie puisqu'il adopte cette conception restrictive, mais uniquement pour les contrats préparatoires à la vente d'immeuble qui correspond à un sous-ensemble de la catégorie des contrats préparatoires pour lui.

En effet, « *les contrats préparatoires forment une catégorie juridique différenciée qui ne se réduit pas aux seules promesses de contrat* »⁸³. Celui-ci a finalement une conception très ouverte de la notion de contrat préparatoire, le Professeur Collart-Dutilleul, il voit en la notion une catégorie très large des contrats préparatoires, celle l'intéressant spécifiquement se limitant aux promesses de contrat, les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, l'autre concernant tous les contrats de pourparlers.

69. Le Professeur Collart-Dutilleul détache donc une catégorie des contrats préparatoires qui correspondrait à deux sous-ensembles. Il y aurait deux catégories de contrat au sein de la catégorie des contrats préparatoires. Chaque catégorie dispose d'une nature juridique et de caractéristiques propres légitimant l'existence de deux catégories de contrats préparatoires : les contrats de pourparlers et les contrats préparatoires à la vente d'immeuble.

81 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 235 et 236.

82 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *ibid*, p. 117.

83 F. COLLART-DUTILLEUL, *ibid*, p. 1.

Plus précisément, il considère que parmi les contrats préparatoires, « *certaines contrats ont pour seul objet la négociation du contrat final, c'est-à-dire la détermination – qualitative ou quantitative – d'éléments – essentiels ou accessoires – de ce dernier* »⁸⁴. Ils les nomment les « *contrats de pourparlers* ». Ces contrats correspondent aux contrats envisagés par les auteurs de « *l'avant-contrat* »⁸⁵, ils ont en commun un objectif, un objet, une obligation qui a pour finalité la conclusion du contrat préparé.

Les contrats de pourparlers sont ainsi pour l'auteur tous les contrats ayant pour but de préciser le contrat définitif durant les négociations ou du moins avant la conclusion du contrat définitif. En effet, dans sa conception, les contrats de pourparlers sont similaires aux contrats préparatoires des Messieurs Mousseron, Guibal et Mainguy, seuls les termes changent. Pour ces derniers, les contrats préparatoires sont une sous-catégorie des contrats de pourparlers qu'ils dénomment plus justement « *les formes contractuelles de pourparlers* ».

70. Dans le second sous-ensemble, le Professeur Collart-Dutilleul exclut des contrats préparatoires à la vente d'immeuble « *les contrats de pourparlers* » parmi lesquels il inclut l'accord de principe, l'accord-cadre et la lettre d'intention. Sa conception du contenu de la notion de contrat préparatoire est de ce fait en contradiction parfaite avec l'analyse de Messieurs Mousseron, Guibal et Mainguy qui au contraire considèrent que ces contrats là sont des contrats préparatoires sans faire de distinction entre les contrats préparatoires et les contrats préparatoires à la vente d'immeuble. Le Professeur Collart-Dutilleul limite le sous-ensemble des contrats préparatoires à la vente d'immeuble aux promesses de contrat qui interviennent dans un temps postérieur à la phase des pourparlers, nécessitant que les éléments essentiels ou essentialisés par les parties soient déterminés ou déterminables, c'est-à-dire négociés.

71. Pour le Professeur Collart-Dutilleul, « *quelle que soit la notion que l'on retienne, les contrats préparatoires à la vente d'immeubles ne sauraient être globalement qualifiés d'avant-contrats* ». Il pose une différence entre les avant-contrats

84 F. COLLART-DUTILLEUL, *ibid*, p. 4.

85 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 268-269.

et les contrats préparatoires⁸⁶, les avant-contrats n'étant que les contrats de pourparlers qu'il envisage comme sous-ensemble de la catégorie des contrats préparatoires, ce qui explique le nombre important de contrats inclus dans cette catégorie.

72. Le Professeur Bénabent indique que *« l'offre est un acte de volonté unilatéral. Elle se distingue par là des contrats préparatoires, par lesquels une partie confère à une autre la possibilité de conclure par la suite le contrat définitif, dont la pratique fournit de nombreux exemples : promesses de vente, « lettres d'intention », pactes de préférence, etc. »*⁸⁷. Il est en effet admis que lorsque l'offre rencontre l'acceptation, le contrat est formé et il n'y a plus lieu de négocier quoi que ce soit. La notion de contrat préparatoire regroupe un grand nombre de contrats pour le Professeur Bénabent, il cite aussi bien les promesses de contrat que les lettres d'intention, le pacte de préférence et ne termine pas la liste de ces contrats, nous laissons imaginer que tout contrat répondant à sa définition des contrats préparatoires en sera un.

73. *« Ces actes ne concluent pas définitivement le contrat, mais laissent à leur bénéficiaire une possibilité de la faire : par exemple, le bénéficiaire d'une promesse de vente dispose du choix d'acquiescer ou non le bien visé. Mais ces actes sont eux-mêmes constitutifs d'un contrat, puisqu'il y a accord de volonté sur cette faculté ouverte : on parle souvent « d'avant-contrats ». Il s'agit en réalité de contrats proprement dits dont la seule particularité concerne la nature de l'obligation qu'ils font naître : c'est une créance qui consiste en une simple faculté d'exiger la formalisation du contrat définitif, si bon semble à son bénéficiaire. C'est en fin de compte une variété d'obligation de faire »*⁸⁸.

Pour cet auteur, les contrats préparatoires permettent à une partie d'obtenir la conclusion du contrat définitif du débiteur de l'obligation du contrat préparatoire, celle-ci étant analysée comme une obligation de faire, le contrat définitif. Il rejoint par là la jurisprudence qui considère que le pacte d'option consiste en une obligation de faire. Messieurs Mousseron, Guibal et Mainguy considèrent également que le premier objectif des contrats préparatoires *« est de permettre à deux personnes d'envisager les*

86 Voir infra n°706.

87 A. BENABENT, Les obligations, Montchrestien, 2014, 14e édition, p. 50.

88 A. BENABENT, *ibid*, p. 50.

*conditions de leur rapprochement, pour une durée relativement longue, et d'organiser, par des obligations de faire ou de ne pas faire, les modalités de ce rapprochement »*⁸⁹. L'obligation de faire est la clé de voûte du contrat préparatoire, il semble que cette obligation, du moment qu'elle conduit à préparer la conclusion d'un contrat définitif, rend le contrat assimilable à un contrat préparatoire pour un certain nombre d'auteurs. Le point essentiel est que l'obligation ne conduise pas à la conclusion obligatoire du contrat⁹⁰. Cela doit rester une possibilité et semble exclure les obligations de contracter⁹¹.

Il cite quelques contrats préparatoires, ainsi selon ses dires la promesse de vente, la lettre d'intention et le pacte de préférence sont des contrats préparatoires. Il considère que la notion de contrat préparatoire est synonyme avec celle d'avant-contrat. Cependant, la notion d'avant-contrat, prise au pied de la lettre ne reflète pas la véritable nature des contrats préparatoires et considérant que les contrats préparatoires sont de véritables contrats, il préfère la dénomination de contrat préparatoire à celle d'avant-contrat. Nous considérons également que cette dénomination est trompeuse alors que les termes « *contrat préparatoire* » peuvent être plus faciles à traduire. L'avant-contrat, nom donné par les notaires au compromis de vente, n'est pas un contrat mais un avant contrat, un document que l'on signe avant la conclusion du contrat de vente. Sans le travail d'explicitation du notaire au titre de son devoir de conseil, les clients ne savent pas qu'ils viennent de s'engager définitivement dans la relation contractuelle.

74. Un autre auteur, Monsieur Seraglini, parle « *d'actes préparatoires* », en effet, il considère que « *la négociation d'un contrat international est de plus en plus souvent organisée assez précisément. Elle pourra être ponctuée d'actes ou accords « préparatoires », de dénomination, nature et portée diverses, et qui seront plus ou moins contraignants pour les parties : accords sur la conduite des négociations qui en fixent le cadre et imposent à ce titre certaines obligations aux parties (par exemple, une obligation de confidentialité) ; accords de principe qui obligent les parties à poursuivre de bonne foi les discussions ; autres accords plus proches de la conclusion du contrat*

89 J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 311.

90 Du moins pour les deux parties au contrat préparatoire, l'une ayant certainement une obligation de conclure le contrat comme dans le cas du pacte d'option.

91 Voir infra n°315 et s.

principal, comme dans accords partiels sur certains points du contrat définitif, des pactes de préférence, des promesses de contrats, unilatérales ou synallagmatiques, conditionnelles ou pures et simples ; ou encore certaines figurent particulières apparaissant principalement dans le commerce international et parfois difficiles à définir précisément, comme les lettres d'intention, les protocoles d'accord, et d'autres « memorandum of understanding » (MOU) ou « memorandum of agreement » (MOA) »⁹². L'auteur a une conception quasi infinie des contrats préparatoires en matière de contrat international. Il inclut dans la catégorie des contrats que la plupart des auteurs rejettent telle que l'accord de confidentialité qui peut avoir vocation à survivre au cadre des négociations si celles-ci échouent, n'entraînant pas la conclusion d'un contrat définitif mais ayant des effets au-delà de la préparation du contrat escompté. Ce contrat est rejeté par le Professeur Mousseron ou Demogue sous le nom de contrat provisoire.

Le reste des contrats envisagés par l'auteur trouvent une acceptation chez un auteur au moins mais ne nous convainc pas quant à la légitimité de la définition des contrats préparatoires qui en est donné. Cette vision ultra maximaliste des contrats préparatoires ne peut se justifier dans le droit français. C'est d'ailleurs bien pour cela que ce dernier évoque les contrats internationaux en désignant les contrats préparatoires.

75. Monsieur Grimaud est le dernier auteur⁹³ que nous citerons en exemple au sein du courant maximaliste. Il emploie également l'expression « *aux deux contrats préparatoires ou promesses précontractuelles les plus sensibles, mais aussi les plus achevés dans leurs genres respectifs : le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contracter* »⁹⁴. Pris dans son contexte et en dehors, en ne ciblant que la citation, il est évident que l'auteur n'a pas limité sa conception de la notion de contrat préparatoire à ces deux seuls contrats. Ils considèrent simplement que ce sont les plus spécifiques des contrats préparatoires, ce sont aussi ceux qui ont engendré le plus grand nombre de contentieux dans les dernières années⁹⁵.

92 C SERAGLINI, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 83.

93 Compte tenu de nos recherches, il n'y a pas réellement plus d'auteurs à ajouter hormis des publications postérieures à nos propres recherches.

94 D. GRIMAUD, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 139.

95 Voir infra n°496 et s.

76. Ce courant de pensée maximaliste peut être défendu dans un esprit de simplification du droit mais il comporte cependant en son sein quelques désaccords qui nous font imaginer une solution plus nette.

Tout comme le Professeur Mousseron excluait un temps la promesse synallagmatique de contrat de la notion de contrat préparatoire, certains auteurs sont allés au-delà en excluant tout simplement les promesses de contrat de tout type.

2) Exclusion des promesses de contrat

77. Les promesses de contrat sont exclues par certains membres de la doctrine maximalistes pour une raison simple, les promesses engagent ceux qui les ont faites. Une fois le contractant ou les contractants engagés dans la promesse, le contrat est considéré comme déterminé dans ses éléments essentiels, il s'agit donc pour ces auteurs du contrat définitif et non d'un contrat préparatoire.

78. Le plus virulent à l'égard des promesses de contrat est Monsieur Lassoued, pour cet auteur, les contrats préparatoires « *sont des contrats qui ont pour vocation principale et unique la préparation d'une convention future dont les éléments essentiels restent indéterminés* »⁹⁶. Il s'agit là de l'idée reprise en partie par le Professeur Collart-Dutilleul, celui-ci dénommant ces contrats, les contrats de pourparlers, sous-ensemble de la catégorie des contrats préparatoires. La différence notable entre ces deux auteurs réside dans le fait que le Professeur Collart-Dutilleul n'exclut pas complètement les promesses des contrats préparatoires mais subdivise ceux-ci en deux groupes de contrats préparatoires à savoir les contrats de pourparlers qui correspondent à la définition de Monsieur Lassoued et les contrats préparatoires à la vente d'immeuble qui regroupent essentiellement les promesses de contrat.

79. Monsieur Lassoued insiste, quant à lui, sur le fait que les éléments essentiels du contrat futur soient indéterminés. Un contrat dont les éléments seraient déterminés ne pourrait être qualifié de contrat préparatoire par cet auteur.

96 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 6.

80. Les contrats préparatoires *« se forment alors que les parties ne sont pas décidées à s'engager dans une relation contractuelle définitive. La volonté commune des parties dans les contrats préparatoires présente une caractéristique propre, c'est d'être insuffisante à elle seule, nécessairement accessoire à d'autres manifestations de volontés ; sa philosophie est de placer les candidats-contractants sur une voie sérieuse et plus contraignante, tendant à l'aboutissement éventuel des négociations. En restreignant le champ de liberté contractuelle lors de la période des pourparlers, les candidats-contractants augmentent, par la même, les chances de succès de la négociation »*⁹⁷. Le contrat préparatoire apparaît comme une technique de sécurisation de la négociation, elle permet d'augmenter les chances de conclusion du contrat définitif sans pour autant la garantir. Le contrat préparatoire n'a pour unique but de faciliter la négociation concernant les éléments essentiels restant à la charge des parties.

L'auteur présente l'intérêt d'une nouvelle manifestation de volonté, d'un nouveau consentement à l'acte final, celui-ci étant nécessaire pour distinguer le contrat préparatoire du contrat préparé. Sans cette réitération, le contrat préparatoire n'existe pas, il est déjà l'émanation du contrat définitif.

81. C'est pour ces raisons que Monsieur Lassoued considère que la promesse de contrat n'est pas un contrat préparatoire, il se justifie ainsi : *« du point de vue de leur rôle respectif, on constate que la promesse de contrat vise plutôt la fixation de l'offre d'une des parties afin qu'elle ne puisse plus se rétracter. Partant, avec la promesse, on n'est plus au stade de la préparation ; les jeux sont faits, au moins du côté du promettant. Son engagement est irrévocable, il n'y a plus rien à préparer ; tout a été déjà négocié et fixé »*⁹⁸. *« Le promettant ne peut plus renégocier les clauses du futur contrat »*. *« La rétractation ou la modification éventuelle de l'offre équivaut à une inexécution fautive du contrat de promesse de nature à mettre en jeu la responsabilité contractuelle du pollicitant »*⁹⁹. Cet auteur compare ensuite ces critères avec ceux du contrat préparatoire tel que lui l'a défini, *« avec le contrat préparatoire, les candidats-contractants se trouvent, certes, engagés mais ils gardent une liberté de manœuvre*

97 A. LASSOUED, *ibid*, p. 6.

98 A. LASSOUED, *ibid*, p. 43.

99 A. LASSOUED, *ibid*, p. 44.

beaucoup plus grande que dans le cas d'un contrat de promesse. La possibilité de négocier les éléments du futur contrat reste toujours ouverte »¹⁰⁰. Cette faculté de toujours pouvoir négocier les éléments essentiels du contrat est un critère fondamental de la conception des contrats préparatoires de Monsieur Lassoued, sans cela, le contrat perd son côté préparatoire. Le contrat préparatoire doit laisser aux parties, aux deux parties, une liberté suffisante pour négocier le contrat définitif.

Cet auteur est l'un des rares à rejeter les promesses de contrat dans leur totalité, alors que justement la notion de contrat préparatoire a été bâtie sur ces contrats. Que ce soit les promesses unilatérales ou les promesses synallagmatiques de contrat, le degré d'engagement du contrat de promesse lui semble trop fort pour y voir un contrat préparatoire.

82. Ce courant de pensée rejetant la promesse en tant que contrat préparatoire n'a qu'un seul autre adepte à savoir le Professeur Ghestin. Il déclare que les contrats préparatoires « *sont souvent constitués en pratique par un échange de lettres que l'on qualifie parfois de lettres d'intention* ». Le formalisme attaché aux contrats préparatoires est minimaliste pour le Professeur Ghestin qui considère qu'une lettre peut être qualifiée de contrat préparatoire, pour être plus précis, ce seront les échanges de lettres qui constitueront le contrat préparatoire, étant donné l'échange de consentement que représentent les échanges de lettres, et la possibilité de se mettre d'accord sur certains points de la discussion.

83. Il distingue deux types de contrats préparatoires : les accords de principe et les accords partiels¹⁰¹. Celui-ci établit cependant une liste réduite des lettres d'intention assimilées à des contrats préparatoires, celles-ci seraient constituées par les accords partiels et les accords de principe uniquement. Le nom des lettres d'intention est généralement variable et ne prête pas d'intérêt propre mais l'auteur ne se concentre que sur ces deux accords. Leur définition doit être différente, ce que nous développerons ultérieurement. L'auteur considère que les accords partiels sont des contrats préparatoires, de même que de nombreux auteurs¹⁰². Nous considérons en effet que les

100 A. LASSOUED, *ibid*, p. 44.

101 J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, p. 188 et 190.

102 Voir *infra* n° 599 et s. et n° 624 et s.

accords partiels sont synonymes des contrats partiels, la différence entre accord et contrat n'étant que peu respectée dans les ouvrages.

Il n'y a aucune originalité là dedans, cependant il qualifie l'accord partiel de lettre d'intention, ce qui n'est pas commun jusque là dans notre panel de théorie relative à la notion de contrat préparatoire. Il ne prend pas isolément l'accord partiel ou le contrat partiel comme les autres auteurs, il additionne en tant que contrat préparatoire l'accord de principe.

Pour le Professeur Ghestin, les « *contrats préparatoires* » regroupent les « *accords de principe* » et les « *accords partiels* » mais ils se distinguent des promesses de contrat¹⁰³. L'auteur a de ce fait une conception totalement différente de la notion de contrat préparatoire par rapport à Demogue qui limitait la notion aux promesses de contrat justement. L'on voit ainsi apparaître des différences majeures dans l'interprétation de cette notion, la promesse de contrat ayant un caractère contraignant beaucoup plus fort en ce qui concerne la conclusion futur du contrat définitif, à la différence des lettres d'intention qui n'ont pour but au contraire que de valider certains points en refusant de les soumettre à quelque obligation de droit, excepté le contenu de la rédaction qui peut dépasser la volonté¹⁰⁴.

Il s'agit dans les deux cas de la préparation à la conclusion d'un contrat futur, définitif, peut être plus certainement dans le cas de la promesse que dans le cas des lettres d'intention qui peuvent aboutir à tout moment à la rédaction d'une promesse de contrat au lieu d'un contrat définitif. Ensuite suivant l'acceptation que l'on a de la préparation, la conception est ajustable, les lettres d'intention participent à la préparation du contrat définitif, même si ce n'est pas le contrat définitif qui aboutit mais un autre contrat dit préparatoire, ceci va dans le sens de la préparation de la conclusion d'un contrat définitif.

84. Peu d'auteurs excluent donc les contrats de promesses de leur conception des contrats préparatoires. Nous tâcherons de comprendre pourquoi dans la suite de nos développements. D'autres considèrent que les contrats préparatoires sont des accords partiels.

103 J. GHESTIN, *ibid*, n° 229 et s.

104 Voir *infra* n°172 et s.

D. Une notion assimilée à un accord partiel

85. A la différence du Professeur Mousseron qui exclut de la catégorie des contrats préparatoires les accords partiels, ceux-ci étant pourtant largement plébiscités par un autre courant de pensée de la notion de contrat préparatoire, les Professeurs Alex Weill et François Terré les y assimilent pleinement. Le Professeur Mousseron distingue trois types de « *contrats partiels* » n'étant pas des contrats préparatoires.

Le premier où la convention ne sera valable qu'une fois un accord trouvé sur tous les points débattus.

Le deuxième où chaque avancée dans l'accord sera un pas en avant de plus et subsistera l'accord sur les points déjà débattus.

Pour finir, le cas où l'accord sur certains points emporte accord sur d'autres. C'est le cas des éléments principaux déjà négociés par les parties, le fait qu'elles n'arrivent pas à se mettre d'accord sur les points accessoires ne changera rien au fait que le contrat existe. Celui-ci sera définitif une fois l'accord sur tous les points établis.

Ces trois situations se différencient uniquement par la volonté des parties, seules celles-ci peuvent décider de l'efficacité à donner à leur consentement¹⁰⁵. Ces situations sont très instables. La volonté des parties, si elle n'est pas exprimée de façon claire lors de la rédaction de l'acte, sera changeante au gré de ce qui lui profite. La mauvaise foi dans les négociations n'est sanctionnée que dans le cadre d'une responsabilité délictuelle, la mauvaise foi quant à l'interprétation des volontés dans un contrat est sanctionnée sur le terrain contractuel mais sans l'être réellement pour autant. Il est difficile de juger de la volonté des parties selon la tournure d'un contrat, l'appréciation du juge aura plus pour effet de forcer les parties à respecter leurs obligations clairement définies dans le contrat plutôt que de chercher laquelle des parties aura tenté, sous couvert de sa mauvaise foi, de déformer les obligations du contrat pour s'y soustraire.

86. Les Professeurs Alex Weill et François Terré définissent le contrat préparatoire comme un accord partiel parce que les parties « *remettent à plus tard le*

105 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 518

règlement des questions complémentaires »¹⁰⁶. Il s'agit là d'une définition proche de la seconde proposée par le Professeur Mousseron. La conception de ces auteurs du contrat préparatoire est large. En incluant tous les contrats qui ne sont définitifs, tous les contrats voués à être complétés, tous les accords partiels, ceux-ci créent une conception infinie des contrats préparatoires. Chaque contrat renvoyant à un contrat ultérieur des questions complémentaires sera un contrat préparatoire.

87. Cette vision semble contraire à celle de Geninet et de Saleilles, les auteurs n'envisagent pas le contrat définitif partiel mais le simple contrat partiel dans leur citation. Il faut cependant se demander s'il existe une différence entre le contrat définitif partiel et le contrat partiel, en quoi le second est différent du premier, en quoi n'est-il pas définitif ? Cela permettra de rapprocher ou non les auteurs.

Nous ne pensons pas qu'il y ait une différence flagrante entre le contrat définitif partiel et le contrat partiel, l'un et l'autre ne sont pas que le reflet de la volonté des parties, volonté arrêtée à un stade précoce, ne permettant pas honnêtement de considérer que l'accord est total, définitif sur tous les points. Le contrat est certainement partiel, cela ne fait pas le moindre doute, aucune des parties ne remettra ce point en cause puisqu'il existe certainement toujours des négociations en cours sur une autre partie de l'affaire. Différencier le contrat partiel du contrat partiel définitif revient à tenter de dévaloriser la portée du contrat partiel par rapport au contrat partiel définitif, de considérer que le premier n'est pas détachable d'un contrat futur définitif qui complètera ce contrat partiel alors que le contrat définitif partiel se détachera d'un éventuel contrat définitif complet et restera valable quoi que soit l'échéance des négociations sur le reste de l'affaire.

Hors il ne s'agit là que de différence d'appréciation, le contrat partiel, selon sa rédaction, pourra être considéré comme autonome ou non. Les juges seront là pour trancher ce conflit peu important la qualification donnée par les parties¹⁰⁷, la mauvaise foi de la partie demanderesse fragilisera le contrat partiel dans le sens qui lui convient et par là, fragilisera la liberté contractuelle des parties en la soumettant aux juges.

106 A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, Précis Dalloz, 1980.

107 Article 12 du Code de procédure civile : « 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 ».

88. « *La négociation contractuelle peut aussi être l'occasion d'accords partiels de volonté qui préparent la conclusion du contrat recherché ; ce pourquoi on les dénomme souvent contrats préparatoires – formule qui doit être préférée à celle d'avant-contrat, parfois utilisée* »¹⁰⁸. Messieurs Flour, Aubert et Savaux, considèrent que les accords partiels de volontés, tout contrat partiel donc, ayant pour but de préparer la conclusion d'un contrat futur sont des contrats préparatoires. C'est précisément l'objet de ces contrats qui donnent à ces contrats leur nom, ils sont là pour préparer la conclusion d'un contrat recherché ce sont des contrats préparatoires.

Les auteurs assimilent cette notion de contrat préparatoire à la notion d'avant-contrat, nous rappelant que c'est cette dénomination d'avant-contrat qui est parfois utilisée. Ceux-ci préfèrent la notion de contrat préparatoire sans pour autant justifier leur choix et invitent à utiliser cette notion de préférence.

89. « *Il est en pratique très fréquent que la négociation contractuelle soit l'occasion d'accords de volontés partiels qui préparent la conclusion finale d'un contrat déterminé, étant seulement observé que nombre de ces « contrats préparatoires » peuvent aussi bien être conclus directement, sur la base d'une simple offre, et hors de toute négociation contractuelle proprement dite* »¹⁰⁹. Le Professeur Collart-Dutilleul, tout comme Monsieur Aubert, une fois de plus, reprennent la théorie selon laquelle les contrats préparatoires seraient des accords de volontés partiels préparant la conclusion d'un contrat final déterminé. Ces auteurs ne restreignent pas la notion de contrat préparatoire à un contrat conclu durant les négociations, sièges habituelles de ces contrats, ils l'élargissent à tout contrat qui correspondrait à la définition précitée. La signature d'un contrat préparatoire pouvant intervenir, selon eux, en dehors de toute négociation, suite à une offre, une offre de contrat préparatoire pensons-nous, ceci semble délicat mais pas inimaginable. Une personne souhaite négocier avec une autre sans pour autant vouloir partir du néant et inscrit son offre de négociation d'un contrat futur dans un cadre que sera le contrat préparatoire. Certains points sont d'ores et acquis et acceptés par la personne adhérant au contrat préparatoire.

108 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 13e éd., Sirey, 2008, p. 117.

109 J.L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, Le contrat, Droit des obligations, 4eme éd., Dalloz, 2010, p. 42.

90. Une vingtaine d'années après avoir décrit la catégorie des contrats préparatoires comme dotée de deux sous-ensembles, le Professeur Collart-Dutilleul envisage globalement la catégorie comme étant constituée de tous les accords partiels de volonté préparant le contrat définitif. Ceci ne change en rien sa vision dualiste. Au contraire, cela montre qu'il est possible d'intégrer de très nombreux contrats sous la dénomination d'accord partiel, car la volonté des parties s'est en effet exprimée partiellement sur l'accord tant que l'accord définitif n'est pas signé. C'est un moyen pour atteindre le but.

Paragraphe 2 - Les prémisses de notre conception

91. Notre définition de la notion contrats préparatoires s'affinera et se précisera au fil de l'étude.

92. Pour commencer, les contrats préparatoires seraient des contrats ayant pour objet de préparer un autre contrat, le contrat définitif. C'est une conception acceptée par toute la doctrine aujourd'hui, cette définition étant assez large pour couvrir tous les courants de pensées.

93. Il reste à la préciser. La notion de contrat préparatoire peut être perçue de manière très ouverte afin de regrouper le plus grand nombre de contrats liés à la négociation, dans cette hypothèse, les contrats conclus avec les tiers à la négociation seraient aussi des contrats préparatoires. En effet, ceux-ci préparent d'une manière ou d'une autre la conclusion du contrat définitif, les tiers peuvent être là pour apporter un conseil technique ou une expertise sur une partie de la négociation et de ce fait rapprocher la date de conclusion du contrat définitif si les résultats mettent d'accord les parties. Ainsi, à une petite échelle, un artisan qui réalise un devis pour le compte d'un vendeur ayant trouvé un acheteur potentiel mais souhaitant affiner son offre, prépare la vente future, celle-ci étant incertaine puisque dépendante du montant du devis. Le contrat conclu avec ce tiers serait un contrat préparatoire au contrat définitif. D'un autre côté, le devis réalisé par l'artisan directement au propriétaire d'une maison afin de

réaliser des travaux de rénovation a plus de chance d'aider à la réalisation de l'acte définitif étant donné l'aspect direct de la relation.

*« Le contrat préparatoire ne peut être conçu qu'entre les parties en négociation : seuls les candidats au contrat définitif peuvent se trouver parties au contrat préparatoire. Par conséquent, une partie ne peut se voir être contrainte de respecter les obligations nées du contrat préparatoire à moins qu'en signant le contrat définitif elle ait manifesté sa volonté d'entériner lesdites obligations »*¹¹⁰. La notion de contrat préparatoire couvre pour la majeure de la doctrine, uniquement les contrats conclus entre les parties à la négociation, les contrats conclus avec des tiers à la négociation ne peuvent être considérés comme des contrats préparatoires, cela serait étendre à l'extrême une notion qui a besoin pour exister d'un cadre précis. Les contractants doivent être les mêmes lors de la conclusion du contrat préparatoire et de celle du contrat définitif. Nous envisagerons ce point là dans nos développements suivants. Pour commencer la réflexion, il est aisé d'imaginer que même si les contrats conclus avec les tiers à la négociation peuvent préparer en quelque sorte le contrat définitif, ils n'ont pas vocation à déterminer les éléments essentiels du contrat définitif¹¹¹, ils n'apportent qu'une information, qui n'oblige en rien les parties, cela peut aussi bien freiner les négociations que les avancer. L'information, même négative, peut n'avoir aucune influence sur la conclusion du contrat définitif, les parties souhaitant dans les tous les cas poursuivre les négociations jusqu'à leur terme, l'information pourra être un moyen d'influer sur un élément essentiel comme le prix par exemple.

94. Les contrats préparatoires peuvent donc être des contrats ayant pour objet la préparation d'un contrat, définitif à la négociation, entre les parties à la négociation.

95. Les promesses de contrat à l'origine de la notion de contrat préparatoire restent assimilées ou intégrées à la notion pour une large majorité de la doctrine. Qu'en est-il de notre approche.

Nous pourrions dire que les promesses de contrats préparent le contrat définitif, la promesse bloque la volonté d'une partie au moins, voire celle des deux parties en cas de promesses synallagmatiques. La négociation est dès la conclusion terminée. Les

110 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 24.

111 Hormis le prix dans le cadre du devis ou de tout autre contrat d'expertise ou d'audit.

parties ne doivent plus que lever l'option ou réitérer leur consentement dans l'acte définitif.

En quoi la promesse est-elle préparatoire du contrat définitif dans ce cas ? Elle fige l'accord. Ceci évite de perdre plus de temps en négociation une fois que les termes de l'accord sont arrêtés. Mais dans ce cas, pourquoi ne pas conclure directement le contrat final ? Les parties souhaitent se ménager un temps de réflexion supplémentaire parfois, dans une promesse unilatérale de contrat, l'une étant certaine des conditions dans lesquelles elle veut contracter, propose dans un délai à l'autre de la rejoindre dans ce contrat, ce contrat est préparatoire du contrat final dans le sens où les deux n'ont pas consenti au contrat. Le point à relever est le fait que le contrat dit préparatoire sera le même que le contrat définitif, la deuxième partie aura juste consenti à l'accord proposé finalement au bout de la négociation par le candidat négociant.

Ne s'agit-il pas d'une offre ? Quelle est la différence entre cette promesse unilatérale de contrat et une offre de contrat ? Dans les deux cas, l'autre partie consent à l'offre ou à la promesse unilatérale, ceci forme automatiquement le contrat définitif, dans les deux cas, les deux consentements suffisent. Si la promesse de contrat n'exige pas de réitération, elle ne se différencie pas de l'offre. Mais quel serait l'intérêt de se ménager un temps supplémentaire, la réitération devient obligatoire pour le candidat promettant puisqu'il a déjà consenti à la promesse, il serait contractuellement fautif de ne pas signer le contrat définitif, donc la réitération n'a pas d'intérêt. La promesse unilatérale est assimilable à une offre en quelque sorte de ce point de vue.

CONCLUSION DU CHAPITRE

96. La notion de contrat préparatoire est une notion évolutive. La multiplication des échanges commerciaux et l'ingéniosité des juristes ont permis la création de nombreux contrats au cours du XXème siècle modifiant la conception primitive de la notion qui était dès son temps controversé entre deux courants, le premier assimilant les contrats préparatoires aux promesses de contrat et le second les excluant simplement.

97. L'absence de précisions lors de l'usage de la notion de contrat préparatoire rend l'identification des courants de pensée complexe. Au final, il n'y aucune unité doctrinale sur le sujet, les auteurs n'ayant jamais débattu sur les contrats préparatoires.

La diversité des approches des auteurs sur le sujet ne nous permet que d'envisager des hypothèses de courants de pensée.

98. Le premier courant est celui qui prédomine à l'heure actuelle, à savoir que la notion de contrat préparatoire ne peut se limiter aux promesses de contrat mais regroupe d'autres contrats précédant la conclusion du contrat définitif. Seuls quelques rares auteurs soutiennent encore la conception de Saleilles excluant totalement les promesses de contrat de la notion de contrat préparatoire.

Il faut retenir qu'il existe de nombreuses variations dans le premier courant de pensée, certains auteurs ayant une vision maximaliste de la notion.

Les contrats préparatoires ont été assimilés également à des accords partiels laissant planer le doute sur ce qu'intègrent ces accords partiels. Ceux-ci ayant été également assimilés à des promesses de contrat, nous pouvons présumer que cela ne fait pas renforcer le premier courant doctrinal. Cela revient à définir la notion comme une notion très large, regroupant l'ensemble des contrats précédant la conclusion du contrat définitif.

99. L'expression ressort de leurs écrits avec une définition partielle souvent, si elle y est et surtout sans justification. Il nous appartient de continuer notre étude afin de

découvrir l'existence de possibles justifications à la notion en recherchant l'existence de la notion au sein de la jurisprudence.

CHAPITRE II – UNE EMERGENCE JURISPRUDENTIELLE TIMIDE

100. La notion existe au travers de la doctrine qui entretient une confusion non voulue à son sujet. La notion de contrat préparatoire recouvre différentes conceptions sans compter sur les variations internes propres aux éléments utilisés pour définir cette notion. Pour la doctrine, la notion de contrat préparatoire n'est là que pour regrouper et classer les nouveaux contrats créés par la pratique. La notion est une invention justifiée par d'autres inventions.

101. La notion de contrat préparatoire qu'elle soit au singulier ou au pluriel n'existe pas. C'est ce que nous pourrions penser a priori en analysant les textes légaux (Section I). Cependant, il est communément admis que les textes ne contiennent pas la totalité des réponses aux questions de droit, la jurisprudence a une capacité créatrice à combler les vides et les non-dits sans pour autant y parvenir toujours de manière satisfaisante comme nous le verrons par la suite. Cette notion de contrat préparatoire a de ce fait percé ponctuellement en jurisprudence (Section II).

Section I - L'absence de définition légale

102. Les contrats préparatoires n'apparaissent en tant que notion dans aucun texte législatif, ni même réglementaire. Les termes de contrats ou de préparatoires sont employés séparément¹¹² mais les deux accolés ne sont jamais utilisés. Il est vrai que la suite du raisonnement nous conduira à comprendre le pourquoi de cette absence.

112 Article 1101 du Code civil, 1184, 1601-3, 1642-1, 1719... pour le terme « contrat » et article R.811-7 du Code de commerce, article L.112-2 du Code de la propriété intellectuelle, article R.531-3 du Code de la consommation... pour le terme « préparatoire ».

Le seul usage de la notion de contrat préparatoire dans le Code civil vient des annotateurs¹¹³, ceux-ci faisant partie de la doctrine, il ne s'agit que de leur partie pris qui n'a aucune incidence sur la légalité de la notion.

103. Une piste peut d'ores et déjà être ouverte, la notion de contrat préparatoire pourrait regrouper un certain nombre d'autres notions, tels que différents contrats. Ceux-ci seront peut-être connus des textes de loi sans quoi il faudra se tourner vers la jurisprudence. Nous avons vu précédemment que les auteurs de la doctrine ont des visions différentes de ce que sont les contrats préparatoires, de ce que constitue la notion. Tous s'accordent sur le fait que les contrats préparatoires sont constitués par des contrats. C'est le détail de ces contrats qui diffèrent grandement. Nous pouvons rechercher les textes de loi correspondant à chacun des contrats envisagés par la doctrine mais à quoi bon dans l'immédiat. Ceux-ci ne confirmeront en rien notre recherche sur la notion de contrat préparatoire. Tout juste, nous pourrions dire que les contrats envisagés par la doctrine sont des contrats consacrés par le législateur.

Nous pouvons couper le suspense dès à présent, une bonne partie des contrats cités par les auteurs ne sont pas non plus encadrés par les différents codes. La jurisprudence a établi à leur sujet un encadrement de légalité permettant de rédiger en toute sécurité, ou presque, ces contrats là.

Il est donc temps de s'intéresser de plus près à la jurisprudence qui peut nous apporter certaines réponses.

Section II - Quelques apparitions jurisprudentielles

104. Toutes juridictions confondues, la notion de contrat préparatoire prise dans son ensemble ne ressort qu'un peu moins d'une quarantaine de fois dans une recherche de jurisprudence. Il faut noter qui plus est qu'un certain nombre de résultats ne mentionnent la notion que dans l'abstract de l'arrêt, la notion n'apparaissant pas dans ce dernier par la suite.

Une grande majorité des arrêts ont été rendue par des Cour d'appel. Pour finir,

113 Voir infra pour de plus amples détails, n° 387 et 388.

la notion apparaît régulièrement uniquement dans l'argumentation des parties sans être reprise par la Cour dans sa solution.

Il semble que les juridictions n'aient pas décidé de donner à la notion de contrat préparatoire d'importance, celle-ci n'est pas consacrée par la jurisprudence.

105. Nous allons présenter ici un rapide analyse des quelques décisions rendues mentionnant la notion de contrat préparatoire afin d'imager nos propos en commençant par les arrêts des Cours de cassation d'une portée majeure éventuellement (Paragraphe 1) avant d'envisager ceux des Juges du fond (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Les arrêts de la Cour de Cassation

106. Le premier arrêt de la Cour de cassation employant la notion de contrat de préparatoire (A) mérite un développement séparé des autres qui n'usent de la notion que dans la reprise des moyens des parties (B).

A. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 mars 1992

107. Il semblerait que la notion de contrat préparatoire a été utilisée pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 mars 1992¹¹⁴. En l'espèce, il s'agissait d'un contentieux relatif à l'attribution d'un appel d'offres, l'un des candidats reprochait au gagnant de cet appel des actes de concurrence déloyale. La Cour d'appel de Paris avait statué sur une responsabilité délictuelle de la société attributaire de l'appel d'offres faute d'avoir établi la nature contractuelle de leur relation.

C'est à l'occasion de l'examen de la nature de la relation entre les soumissionnaires que la Cour d'appel avait employé la notion de « *contrat préparatoire* » reprise par la suite dans l'arrêt de rejet de la Cour de cassation, dont voici

114 Cass. Com., 10 mars 1992, n° 90-11646.

une reproduction : « *que les quatre candidats avaient émis leurs propositions conformes à un « cahier des charges » élaboré par le CESP, lequel avait sur la base de telles propositions retenu le candidat bénéficiaire du marché ; qu'existait ainsi entre les candidats et le maître de l'ouvrage un contrat préparatoire fixant les règles de la conclusion du contrat définitif (...) la cour d'appel a retenu à bon droit que l'existence d'un appel d'offres n'établissait pas de lien contractuel entre les entreprises soumissionnaires entre elles* ». Il n'y a en effet aucun lien contractuel entre les personnes répondant à un appel d'offre, c'est à juste titre que la Cour a retenu la responsabilité délictuelle.

108. Le contrat préparatoire avait pour objet la fixation des règles de la conclusion du contrat définitif, la Cour considère donc qu'en l'espèce que l'appel d'offres était un contrat préparatoire. L'appel d'offres lie le CESP et chaque soumissionnaire. La Cour de cassation refuse de considérer que le contrat préparatoire avait pour conséquence de lier les parties dans une relation contractuelle, le contrat préparatoire ne concerne que la société émettrice de l'appel d'offre et chacun des soumissionnaire pris individuellement, il n'y a pas un seul contrat liant toutes les parties mais de nombreux contrats similaires. Cela va dans le sens où les parties au contrat préparatoire doivent être les mêmes que celles au contrat définitif.

109. Le contrat préparatoire lie deux parties dans la préparation du contrat définitif. Plusieurs contrats préparatoires peuvent être menés en même temps en ayant le même objet. C'est le principe de l'appel d'offres. C'est un contrat par lequel un commanditaire fait le choix de l'entreprise qui sera la plus à même de réaliser un ouvrage, de fournir un produit ou un service. Chaque soumissionnaire accepte généralement les clauses de l'appel d'offres afin que sa réponse corresponde aux attentes du commanditaire. Il est logique et courant que l'appel d'offres n'emporte pas de relation contractuelle entre les soumissionnaires. Ils ne se connaissent et n'ont jamais eu l'intention de contracter ensemble sur l'objet de l'appel d'offres.

L'ensemble des contrats préparatoires de l'appel d'offres ne seraient ainsi être qualifié d'ensemble contractuel entraînant une relation contractuelle entre toutes les parties à l'appel d'offres. Le principe de l'effet relatif des conventions tiré de l'article

1165¹¹⁵ du Code civil limite l'application de la force obligatoire de l'appel d'offres aux deux parties en présence et sera conservé dans le cadre des contrats préparatoires.

110. L'appel d'offres étant un contrat préparatoire au sens de la jurisprudence étudiée, il ressort qu'il est donc différent du contrat définitif. Il est différent en partie. L'appel d'offres sera en effet repris contractuellement dans son acceptation par le soumissionnaire et par la proposition, l'offre adressée par le soumissionnaire en réponse au contrat préparatoire. Cette offre sera celle du contrat définitif qui une fois acceptée par le commanditaire scellera la relation contractuelle définitive. En ce sens, le contrat préparatoire est bien un contrat partiel, un contrat partiel définitif car dans le cas de l'appel d'offres, il n'y aura point de discussions sur les conditions du cahier des charges si celui-ci est suffisamment précis, ce qui est le cas en général.

Une fois le contrat définitif conclu, le contrat préparatoire intègre le contrat définitif au sein d'un ensemble que l'on pourrait a priori qualifier d'ensemble contractuel¹¹⁶.

111. Cet arrêt est le seul où la Cour de cassation a défini clairement l'objet d'un contrat préparatoire, celui de fixer les règles de conclusion du contrat définitif, c'est donc bien un contrat préparant le contrat définitif. Les définitions de la doctrine correspondent à celle de la Cour de cassation sans trop de surprises.

112. Les conclusions tirées de cet arrêt sont enrichissantes. Il nous semble important de ne pas en tirer trop de conclusions extensives sur l'ensemble des contrats préparatoires étant donné la nature particulière de l'appel d'offres, celui-ci ne ressemblant pas dans sa structure et sa mise en œuvre à d'autres contrats jugés préparatoires par la doctrine tels les contrats de négociation, la négociation étant absente dans ce cas¹¹⁷.

115 « 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 à l'article 1121. »

116 La notion d'ensemble contractuel sera rejetée par la suite. Voir infra n° 272.

117 Hormis certaines procédures d'appel d'offres négociés prévues par les articles 34, 35, 74 et 84 du Code des marchés publics concernant la procédure négociée sans publicité et sans concurrence, la procédure négociée suite à une concurrence et à une publicité, et la procédure négociée sans publicité préalable avec concurrence.

B. Une reprise factuelle de la notion

113. La notion de contrat préparatoire a été par la suite employée dans quelques arrêts sans pour autant devenir une notion fondamentale à laquelle la Cour se serait référée régulièrement. Une grande partie des arrêts n'emploie la notion de contrat préparatoire que pour reprendre les arguments d'une des parties sans pour autant se référer à la notion lors de la solution de l'arrêt.

114. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 12 juillet 1994¹¹⁸ est notre second exemple d'emploi de la notion.

Les faits sont les suivants, la société Géostock avait confié à M. X. une mission de recherche de débouchés aux Etats-Unis par une lettre du 20 mars 1981. Aux termes d'une lettre du 28 juin 1982, les parties ont pris acte de l'arrivée du terme de la mission, elles ont convenu que M. X était bien intervenu dans les négociations concernant la réalisation d'un stockage souterrain de gaz naturel. Le courrier aménageait les conditions de versement de la rémunération de M. X., subordonnée à la signature d'un contrat, à la condition qu'il intervienne ultérieurement entre la société Géostock et ses clients américains, et prévoyait des modifications et des adaptations aux schémas des rémunérations prévus en fonction de la teneur définitive du contrat à venir. Ce dernier différait sensiblement de celui envisagé. M. X demanda son paiement et la société refusa. La Cour d'appel statua en faveur de M. X comme l'arrêt de rejet de la Cour de cassation.

115. La notion de contrat préparatoire est employée par la Cour de Cassation lors de la reprise des arguments de la société, elle pensait en effet que la lettre du 28 juin 1982 ne pouvait être considérée comme un contrat définitif mais plutôt « *que si cette lettre pouvait être considérée comme un contrat, il s'agissait en réalité d'un contrat préparatoire et plus précisément d'un accord de principe qui obligeait seulement les parties à négocier de bonne foi sur la base des termes initialement convenus* ». Le fait que la lettre soit considérée comme le contrat définitif par la Cour de cassation montre à

118 Cass. Com., 12 juillet 1994, n° 92-19247.

quel point la rédaction de tout document lors d'une relation d'affaire s'avère dangereuse et nécessite l'aide d'un professionnel du droit, malgré que cette lettre subordonne le versement de la rémunération à la conclusion d'un contrat.

116. La formulation nous permet de constater cependant que le contrat préparatoire est un contrat, qu'il est différent du contrat définitif, qu'il le précède et pour finir que l'accord de principe est un contrat préparatoire si sa rédaction n'est pas suffisamment précise pour être constitutive du contrat définitif. Dans ce cas, il perd sa qualification d'accord de principe et devient simplement un contrat définitif avec les conséquences que cela implique.

Le fait que l'accord de principe soit défini comme obligeant seulement les parties à négocier de bonne foi n'est pas une nouveauté.

En effet, la notion d'accord de principe est une œuvre prétorienne que le Doyen Carbonnier fait remonter à un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 octobre 1931¹¹⁹. Cet arrêt est le premier à avoir implicitement appliqué le mécanisme de l'accord de principe sans pourtant le définir. La doctrine évoque le plus souvent et logiquement un arrêt de 1958 qui a explicité la définition de l'accord de principe.

117. L'exposition des faits de cet arrêt de 1958¹²⁰ qui évoquait clairement pour la première fois l'expression « *accord de principe* » nous paraît utile considérant que ce type de contrat est considéré par la Cour de cassation et certains membres de la doctrine comme un contrat préparatoire : Monsieur Marchal avait été employé dans les usines Renault jusqu'en 1940. Il avait demandé à la fin de la guerre sa réintégration dans l'entreprise par un courrier auquel il fut répondu que « *bien que nous désirions vous donner satisfaction, nous avons répondu à votre demande faisant état des titres que vous avez acquis de la Résistance, que la marche actuelle de nos usines et l'organisation de nos services déjà très chargés devant une production encore faible, ne nous permettent pas de vous donner, pour l'instant, une réponse favorable* » puis dans un autre courrier adressé à un tiers qui était intervenu « *après un nouvel examen de la question, je puis vous indiquer que nos intentions à l'égard de M. Marchal n'ont pas changé et que, dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous*

119 Cass. Soc. 24 mars 1958, JCP 1958.II.10868, note J. Carbonnier.

120 Cass. Soc. 24 mars 1958, JCP, 1958.II.10868, note J. Carbonnier.

examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans le personnel de la Régie ». Malgré ces courriers, Monsieur Marchal ne retrouva pas son poste, pourtant la reprise attendue eut lieu et une place s'était libérée. Monsieur Marchal agit dès lors en justice.

Le Tribunal civil de la Seine considéra que les lettres contenaient « *l'engagement de réintégrer Marchal* » mais par la suite la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel qui avait également donné raison à Monsieur Marchal car, « *en décidant que les lettres susvisées contenaient un engagement ferme de la part de la Régie de réintégrer Marchal et ce dès le premier poste vacant, le jugement attaqué a dénaturé le sens et la portée de leurs clauses claires et précises selon lesquelles la Régie, désireuses de donner satisfaction à la demande de Marchal, examinerait, selon la prospérité et l'évolution de la situation de l'entreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne constituait qu'un accord de principe* ».

L'accord de principe n'emporte point d'obligation de contracter par la suite, il s'agit d'une faculté ouverte simplement, rien de plus. La reconnaissance de cette notion en tant que telle par la jurisprudence¹²¹ et la doctrine¹²² est relativement récente finalement.

118. La doctrine considère depuis que l'accord de principe est un contrat dans lequel l'obligation de négocier qui le caractérise n'est pas souhaitée au départ par les parties : l'accord de principe est d'abord un contrat négocié avorté ou reporté.

119. L'accord de principe ayant été une fois validé implicitement par la Cour de cassation en tant que contrat préparatoire¹²³, eu égard à la jurisprudence précitée, nous pourrions conclure sur le fait que les contrats préparatoires n'emportent pas d'obligation de contracter. Ceci sera à vérifier par la suite compte tenu que l'ensemble de la doctrine ne considère pas non plus cet accord comme un contrat préparatoire.

120. L'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 2010 reprend la notion de contrat préparatoire dans un moyen annexe, une

121 Cass. ch. Soc. 24 mars 1958, JCP 1958, II, n° 10868 ou encore Cass. Civ. 16 avril 1973, Bull. Civ. III, n° 287, p. 207.

122 J. GHESTIN, traité de Droit civil, Les obligations, Le contrat, p. 188 ; DPCI 1977, p. 103 ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, p. 201 ; Lamy commercial 1986, n° 4920 à 4923.

123 Voir infra n° 122.

fois encore cela relativise la portée de l'expression¹²⁴.

La société A3X promotion a consenti à la société Akerys promotion, le 26 octobre 2004, une promesse de vente d'un terrain sous conditions suspensives dont l'absence d'exercice par la commune de son droit de préemption. Par un avenant du 30 septembre 2005, Akerys promotion renonce à se prévaloir de l'ensemble des conditions, la signature de l'acte authentique est prévue le 26 octobre 2006. La commune a exercé son droit de préemption le 26 juillet 2006. Akerys promotion a assigné A3X promotion en restitution des sommes versées. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel au motif que les sommes versées constituaient toujours une indemnité d'immobilisation.

121. C'est dans le moyen annexe produit par la société Akerys promotion que nous retrouvons la notion : *« alors que l'indemnité d'immobilisation est le prix de l'exclusivité consentie par le promettant au bénéficiaire d'une promesse de vente, afin de lui permettre de mûrir sa décision d'acquiescer ou non ; que si la vente a lieu, cette indemnité change de nature pour s'imputer comme un acompte sur le prix de la vente, le bénéficiaire acceptant, dans la promesse, d'abandonner au promettant le montant de l'indemnité dans l'éventualité où il ne donnerait pas suite au contrat préparatoire »*. Le fait que la promesse de vente soit considérée comme un contrat préparatoire n'a rien d'étonnant, il s'agit là de la plus ancienne conception de la notion, comme vu précédemment. Nous voyons que la Cour n'a pas pris la peine de reprendre la notion dans son arrêt, elle ne fait que produire les moyens de la société Akerys promotion. Il est difficile d'en tirer des conséquences.

122. Un autre arrêt sur la notion de contrat préparatoire a été rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 janvier 2011¹²⁵. La société Vins, terroirs et traditions (VTT) et la société Prodim était en cours de négociation en vue de conclure un contrat de franchise pour un fonds de commerce, la société Prodim et CSF estimant qu'un accord avait été trouvé à l'issue de leurs échanges ont assigné en exécution forcée ou à défaut à indemnisation de leur préjudice la société VTT.

La Cour d'appel de Pau a rejeté la demande des sociétés Prodim et CSF le 25

124 Civ. 3ème., 15 décembre 2010, n° 09-15211.

125 Cass. Com., 18 janvier 2011, n° 09-72508.

juin 2009 au motif qu'il n'y avait qu'« *un simple accord de principe* » étant donné qu'aucun contrat de franchise n'avait été proposé et que les conditions de ce dernier n'étaient pas encore suffisamment définies. Cette décision a ensuite été confirmée par la Cour de cassation.

La notion de contrat préparatoire ressort des arguments des sociétés Prodim et CSF qui considèrent qu'il y avait bien contrat préparatoire, leurs consentements s'étant rencontrés sur l'objet de l'accord. Il est étrange que la Cour d'appel ou de cassation n'aient pas repris la notion sachant qu'elles ont conclu qu'il y avait bien eu accord de principe. En effet, nous avons vu précédemment que l'accord de principe avait été considéré par cette même chambre comme un contrat préparatoire.

Il y avait donc bien contrat préparatoire en l'espèce mais l'erreur venait de l'obligation dégagée par l'accord de principe qui n'est qu'une obligation de négocier le contrat de bonne foi. L'accord de principe de l'espèce ne contenait pas suffisamment de précisions pour valoir contrat définitif. Les sociétés Prodim et CSF auraient peut être dû demander une indemnisation pour manquement à l'obligation de négocier de bonne foi...

123. Un autre arrêt reprenant la notion de contrat préparatoire a été rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 11 septembre 2012¹²⁶. Il concerne la non réalisation d'une vente immobilière suite à une faute des notaires du fait de l'absence de vérification du régime matrimonial sous lequel avait été acquis le bien auparavant.

L'arrêt en soit n'est pas intéressant pour notre étude, seul le second moyen vaut d'être souligné, M. Y souhaitait obtenir une plus grande compensation financière suite à l'échec de son projet de construction immobilier, la Cour de cassation le débouterait de sa demande. C'est dans le développement de ce moyen que l'on peut reproduire ici : « *En l'espèce Maître B... ne conteste pas être le rédacteur de l'acte sous seing privé du 20 septembre 2006, qui constituait une vente sous conditions suspensives, et pas uniquement un avant contrat préparatoire* », cette expression est pour le moins complète et sujette à discussion. Mélanger dans une même expression les notions d'avant-contrat et de contrat préparatoire, il fallait oser. Peut-être voulait-il dire que l'avant-contrat est préparatoire, que c'est plus la notion d'avant-contrat qui est mise en

126 Cass. Civ. 3ème, 11 septembre 2012, n° 11-22363.

avant que celle de contrat préparatoire, mais nous ne pouvons accepter cela, de nombreuses décisions évoquant la notion d'avant-contrat l'écrivent avec le trait d'union, ce qui n'est pas le cas présentement. Il s'agit donc de la fusion des deux notions.

124. Ensuite intéressons-nous à l'environnement qui entoure la notion, que signifie cette citation. L'acte sous seing privé était une vente sous conditions suspensives, la signature de la vente par acte authentique ayant été refusé par M. X au motif qu'il n'était pas partie à l'acte sous seing privé, le premier contrat était entaché d'irrégularité. Le fait d'écrire « *et pas uniquement un avant contrat préparatoire* » semble vouloir donner un poids supplémentaire à la vente sous conditions suspensives, M. X souhaite montrer que le contrat était valable en tant que tel, que malgré le fait qu'il faille le réitérer par acte authentique, du moment que toutes les conditions ont été réalisées, le contrat de vente vaut vente. Il s'agit d'un avant contrat préparatoire pour lui, qu'il tente également de faire passer pour le contrat définitif finalement. Ce que la Cour de cassation refuse.

Nous pouvons conclure plus largement que la vente sous conditions suspensives peut être considérée par certains praticiens comme un contrat préparatoire.

125. Ceci montre à quel point l'emploi de la notion de contrat préparatoire est marginal pour la Cour de cassation. Elle ne l'utilise que très rarement sans pour autant l'inclure dans ses solutions. Elle reprend la plupart du temps dans l'arrêt les arguments des parties qui conclut sur l'assimilation ou non de tel ou tel contrat à un contrat préparatoire¹²⁷. Les moyens invoqués par les parties le sont évidemment pour leurs conseils, cela montre que la notion est essentiellement par les praticiens qui sont eux-mêmes à l'origine de la notion.

127 Pour retrouver la notion de contrat préparatoire reprise dans les moyens des parties : Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} juillet 2015, n° 14-18.244, qualifiant une promesse de vente en contrat préparatoire mais aussi en avant-contrat. Cass. Civ. 1^{ère}, 18 juin 2014, n° 12-29.065 sur le refus de qualifier un protocole d'accord de contrat préparatoire. Cass. Civ. 3^{ème}, 23 juin 2015, n° 13-27.733, moyen qualifiant une promesse de bail en contrat préparatoire.

Paragraphe 2 - Jurisprudences des Juges du fond

126. Les arrêts des Juges du fond ont un impact moindre sur la jurisprudence que ceux de la Cour de cassation, il nous semble cependant nécessaire de les analyser afin de préciser cette jurisprudence peu florissante reprenant la notion de contrat préparatoire.

127. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 20 juin 2006¹²⁸ mérite notre attention.

Par acte sous seing privé du 13 janvier 2003, M. X., exploitant d'un fonds de commerce de bar restaurant, a conclu avec la société Brasserie Grain d'Orge (BGO) un contrat de marché de bière. En contrepartie de l'avance sur ristourne consentie par BGO, il s'était engagé à s'approvisionner pendant cinq ans à concurrence d'un minimum de 50 hectolitre annuel et à transmettre son contrat à son successeur en cas de vente du fonds. Une clause pénale a été prévue en cas d'inexécution du contrat. En août 2003, M. X. a cédé son fonds de commerce après avoir présenté au brasseur Mme Y. laquelle a souscrit un contrat de marché de bière. BGO assigna M. X en paiement de la clause pénale et obtint gain de cause en première instance. M. X fit appel de la décision aux motifs que le contrat était indéterminé dans son objet, dans son prix et qu'il s'était déchargé de ses obligations en présentant Mme Y.

La Cour d'appel de Douai confirma le jugement de première instance. Voici une reproduction de la partie de l'arrêt qui nous intéresse : « *sur la détermination du prix, il y a lieu de constater qu'il s'agit dans le cas d'espèce d'un contrat cadre c'est-à-dire d'un contrat préparatoire qui fixe les conditions générales de contrats d'application à venir matérialisés par les commandes ultérieures lesquelles constituent les ventes...* ».

128. Il est intéressant de remarquer que la jurisprudence a l'habitude de considérer que le contrat-cadre n'est pas un contrat préparatoire. En effet, pour une partie de la doctrine, l'originalité du contrat-cadre réside dans le fait qu'il appartient précisément à la catégorie des contrats préparatoires¹²⁹, en revanche, « *la jurisprudence,*

128 CA Douai, 2ème ch., 20 juin 2006.

129 J.M. MMOUSSERON et A. SEUBE, à propos des contrats d'assistance et fourniture, D. 1973, chron. p. 197

poursuivant ouvertement une finalité sociale, lui accorde un traitement for distinct de celui d'un contrat préparatoire »¹³⁰. Or, nous pouvons constater qu'en l'espèce la Cour d'appel de Douai précise bien qu'il s'agit d'un contrat préparatoire. Elle rejoint sur ce point un certain nombre d'auteurs¹³¹.

129. En marge de cet arrêt, nous pouvons noter qu'un auteur a récemment induit le fait qu'il existe un « *avant-premier-contrat-cadre* » *de distribution entre les seules futures parties au contrat définitif, lequel s'entend comme la période dans laquelle vont intervenir diverses opérations préalables à la conclusion du contrat-cadre définitif* »¹³². Il y aurait donc des avant-contrats au contrat-cadre, le contrat-cadre pourrait être considéré comme un contrat définitif. En effet, « *la conclusion d'un contrat-cadre de distribution suppose nécessairement une phase de préparation assez longue*¹³³ ; *il existe alors un avant-contrat de distribution* »¹³⁴. Cette conception complique les choses étant donné que cela voudrait dire qu'il peut y avoir des contrats préparatoires aux contrats préparatoires. Serait-il alors juste de penser que le premier des contrats préparatoires en est un. Il ne correspondrait pas à la définition répandue de la notion de la notion de contrat préparatoire qui veut que le contrat préparatoire soit un contrat ayant pour objet de préparer la conclusion du contrat définitif. Le premier contrat-cadre ne préparerait ainsi pas le contrat définitif mais un autre contrat préparatoire, il s'agirait donc d'une addition de contrat préparatoire au cours de la négociation ayant pour but de préparer la conclusion des contrats d'application futur considérés comme les contrats définitifs de l'ensemble contractuel.

Reste que l'auteur parle d'avant-contrat de distribution et non de contrat préparatoire, peut-être aurait-il alors exclu les contrats-cadres de la notion de contrat préparatoire si nous lui avions demandé ce qu'il en était. Il n'est pas évident de faire le lien entre les contrats préparatoires et les avant-contrats¹³⁵.

130 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 132.

131 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001.

132 A. BARBASON, L'avant-contrat de distribution, thèse Montpellier, 2008, p. 22.

133 Selon l'enquête annuelle de Banque Populaire / FFF/ CSA 2006, le parcours du candidat à l'entrée dans un réseau dure en moyenne six mois, entre le premier contact et la signature du contrat.

134 A. BARBASON, L'avant-contrat de distribution, thèse Montpellier, 2008, p. 454.

135 Voir infra n° 703 et s.

130. Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 21 janvier 2006¹³⁶ évoque lui aussi dans la reprise des arguments de la défense la notion de contrat préparatoire. En l'espèce, Mme X. a signé un compromis de vente, plus justement appelé promesse synallagmatique par la suite, le 9 juillet 2000 avec Mme Y. pour l'acquisition d'un appartement au prix de 350000 francs pour une surface de 40 m². Elle a ensuite réitéré l'acte sous forme authentique le 22 septembre 2000, acte dans lequel était portée une superficie différente, de 31,06 m².

Mme X. a saisi le Tribunal de grande instance de Mulhouse le 12 septembre 2001 d'une action en diminution du prix de vente qui rejeta sa demande.

Suite à son appel, Mme X. obtint gain de cause aux motifs que « *l'obligation légale de mentionner la superficie des parties privatives s'applique aux contrats réalisant la vente, ce qui est le cas du compromis de vente signé le 9 juillet 2000 par Mme Y. et Mme X. qui se sont accordées sur la chose et le prix, la chose étant en l'espèce définie notamment par la superficie de l'appartement vendu, la réserve du transfert de propriété jusqu'au jour de la réitération par acte notarié, après réalisation des seules conditions suspensives sus-rappelées n'empêchant pas la vente d'être parfaite dès le compromis, la passation de l'acte notarié par application de l'article 42 de la loi du 1er juin 1924 étant une disposition de publicité foncière étrangère à la formation du contrat...* ».

La Cour d'appel a, à la différence de la juridiction du premier degré, considéré que la vente était parfaite dès la passation du contrat de promesse synallagmatique, celui-ci valant vente conformément à l'article 1589 du Code civil suite à la réunion du consentement sur la chose et le prix. La Cour a suivi le raisonnement de l'appelante qui considérait que « *la promesse synallagmatique de vente du 9 juillet 2000 ne s'analyse pas comme un contrat préparatoire à la vente, l'acte authentique du 22 septembre 2000 n'étant pas une condition de formation du contrat de vente mais ayant seulement pour effet de retarder le transfert de propriété à la date de sa passation...* ». Cette jurisprudence suit les nombreuses décisions rendues par la Cour de cassation relativement à la promesse synallagmatique de vente qui ne considère pas ce contrat comme un contrat préparatoire mais comme le contrat définitif malgré ce que peut

136 Cass. com., 21 janvier 2006.

penser la doctrine¹³⁷.

Cet arrêt est un argument contraire à la conception extensive que peuvent avoir certains auteurs de la notion de contrat préparatoire puisqu'il induit d'exclure les promesses synallagmatiques de vente *a minima* de la notion¹³⁸.

137 F. COLLART-DUTILLEUL considère qu'il y a de la place pour un contrat de promesse synallagmatique de vente autonome.

138 En particulier les promesses synallagmatiques autonomes.

CONCLUSION DU CHAPITRE

131. La jurisprudence semble utiliser timidement la notion de contrat préparatoire dans ses solutions. Un seul exemple est notable sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de cassation, de même que pour celle des Cours d'appel.

Les reprises de la notion de contrat préparatoire par la jurisprudence sont, qui plus est, étonnante compte tenu les contrats mis en contentieux, que ce soit l'appel d'offres, ou le contrat-cadre qui ne fait pas l'unanimité au sein des Cours.

132. L'usage de la notion au sein des arrêts est limité à la reprise des moyens des avocats des parties. Ce sont des praticiens du droit et non des membres de la doctrine pour la plupart. Les contrats préparatoires ayant été créés par la pratique, il n'est pas étonnant que ce soit les créateurs de ces contrats qui reprennent avec le plus de facilité la notion. Ceux-ci intègrent volontiers les promesses de contrat au sein de la notion de contrat préparatoire mais aussi l'accord de principe. Le protocole d'accord est quant à lui parfois exclu ou parfois inclus au sein de la notion de contrat préparatoire en fonction de l'intérêt de la partie défendue par le conseil.

133. La notion de contrat préparatoire sera recherchée par les conseils afin de démontrer la plupart du temps que l'engagement dans une relation contractuelle n'était pas considérée comme définitive par les parties, voire qu'elle n'était absolument pas recherchée et que le document n'était pas un contrat, les parties attendant la conclusion définitive d'un contrat futur qui contiendra l'ensemble de leurs souhaits.

CONCLUSION DU TITRE

134. Les contours de la notion de contrat préparatoire restent flous jusqu'à présent. Il s'agit de contrat ayant pour objet de préparer la conclusion du contrat définitif.

De nombreux contrats peuvent entrer dans une définition aussi large de la notion mais elle est difficile à préciser davantage à l'heure actuelle de nos développements.

135. La doctrine n'aborde la notion de contrat préparatoire que de manière marginale. L'usage de la notion est essentiellement descriptif de tel ou tel contrat, les courants de pensée que nous avons dégagés ne nous permettent d'affirmer avec certitude la typologie des contrats préparatoires, certains auteurs ayant tendance à assimiler l'ensemble des contrats existant précédant la conclusion du contrat définitif comme des contrats préparatoires.

136. Les promesses de contrats sont la plupart du temps incluses dans la notion sans pour autant pouvoir constituer les seuls contrats de la notion comme à son origine. La promesse synallagmatique trouve difficilement sa place en jurisprudence compte tenu de son caractère proche du contrat définitif, cette promesse étant régulièrement assimilée à ce dernier. Il est peut-être une place pour cette promesse synallagmatique au sein des contrats préparatoires mais pas pour l'ensemble des promesses synallagmatiques ce qui constitue une vraie complication dans l'analyse d'une notion aux contours précis.

137. L'accord de principe subit le même sort que la promesse de contrat : elle est souvent requalifiée en contrat définitif. Ce n'est pas sa définition qui est remise en cause, il s'agit plutôt là de la précision des clauses qui en font un instrument dangereux pour la partie ne souhaitant pas s'engager définitivement. Un accord de principe dont le titre correspondra à son bon contenu sera un contrat préparatoire.

138. Le contrat-cadre est assimilé curieusement par une jurisprudence comme un

contrat préparatoire rejoignant une partie de la doctrine qui adhère à cette position, alors qu'elle a l'habitude de l'en exclure.

139. Seul l'appel d'offres est considéré sans détour comme un contrat préparatoire par la jurisprudence alors que la doctrine ne l'a jamais envisagé comme telle.

140. La notion de contrat préparatoire est issue de la pratique et usée par cette dernière le plus souvent. Elle est importante en doctrine sans pour autant être l'objet de débats à la différence de l'avant-contrat. Son absence de définition légale conduit la jurisprudence à lui réserver un traitement timide.

141. Les différents projets de réforme du droit des contrats et en particulier le projet d'ordonnance de réforme de la Chancellerie ont peut-être influencé les praticiens et les juges du fond et l'on assiste à une augmentation de la reprise des moyens des parties évoquant la notion de contrat préparatoire au sein des arrêts récents sans pour autant que celle-ci n'arrive à pénétrer les solutions.

142. Une identification plus précise de la notion de contrat préparatoire semble nécessaire afin de pouvoir délimiter ses contours.

TITRE SECOND

IDENTIFICATION DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

143. La notion de contrat préparatoire émerge difficilement. Cette notion évolutive au gré des nouveaux contrats est discutée par les auteurs. Il est important d'identifier la notion plus précisément afin de pouvoir clarifier ce qui fait ou non partie de la notion de contrat préparatoire.

Définir les critères d'identification de la notion est très difficile mais permettra par la suite de différencier la notion des autres notions existantes en justifiant son caractère unique.

144. Une approche négative de la notion de contrat préparatoire (chapitre I) nous permettra de réduire les contours de la notion, des contrats envisagés par la doctrine seront exclus de notre étude afin d'éviter de la considérer comme un fourre-tout précédant la conclusion du contrat définitif comme cela a pu être avancé¹³⁹ et de dégager des critères négatifs de sélection des contrats préparatoires.

Une approche positive (chapitre II) contribuera à préciser ce que nous entendons par la notion de contrat préparatoire et à définir des critères d'identification. Nous limiterons la notion dans le temps mais aussi dans sa définition en la précisant compte tenu des éléments qu'elles rassemblent.

139 M. GENINET, op. cit., p. 122.

CHAPITRE I – APPROCHE NEGATIVE DE LA NOTION

145. Il est important de définir avant toute chose quels sont les contrats ne faisant pas partie de la notion de contrat préparatoire. La doctrine et la jurisprudence incluent un grand nombre de contrats au sein de la notion, certains nous semblent hors de propos, de par le moment où ils interviennent, ou de par leurs formes. Certains sont des contrats préparatoires mais la jurisprudence ne leur accorde que très rarement cette qualification et les considère comme des contrats définitifs.

L'intention écrite des parties est parfois différente de leur volonté cachée. Le contentieux trouble les intentions, ce qui fragilise aussi la notion de contrat préparatoire.

146. Certains documents échangés ont pour objectif de faire avancer les négociations, tels que les engagements d'honneur ou les lettres d'intentions mais ne sont pas assimilables à des contrats préparatoires. L'étude de ces contrats a pour objectif de mettre en avant des éléments d'identification négative de la notion de contrat préparatoire, la présence de ces éléments aboutira à l'exclusion des mécanismes juridiques concernés.

147. Nos propos précédents permettent d'ores et déjà d'identifier certains mécanismes comme n'étant pas des contrats préparatoires. Notre approche négative rejettera ainsi l'engagement d'honneur (Section I), la lettre d'intention (Section II) ou l'offre (Section III).

Section I - Distinction avec l'engagement d'honneur :

148. Le contrat est une convention qui engendre des obligations juridiques. Il faut le distinguer de l'engagement d'honneur. Pour la doctrine, l'expression

« engagement d'honneur » est synonyme de l'expression anglaise « gentlemen's agreement »¹⁴⁰. Il s'agit d'un « engagement moral que les parties ont entendu placer sur le terrain de la loyauté en dehors des sanctions juridictionnelles étatiques ou arbitrales »¹⁴¹. L'engagement d'honneur a été également défini comme étant « une proposition par laquelle son auteur entend exprimer sa volonté d'assumer un engagement sans pour autant que cet engagement soit pourvu d'effets juridiques »¹⁴². Il s'agit d'une parole donnée de mener à bien la négociation. Cet engagement étant écrit, il peut paraître similaire à un contrat, puisqu'il porte sur les négociations, sur la volonté de les mener jusqu'à leur terme. L'auteur de cet écrit souhaite apaiser parfois l'autre négociant en montrant sa bonne foi, ce geste étant régulièrement accompagné de mentions diverses et variées ayant pour objet de neutraliser la portée de ce document.

149. Messieurs Malaurie et Aynès décrivent l'engagement d'honneur comme « une convention non obligatoire non dénuée de tout effet, moins en raison de sa ressemblance avec le contrat, que par sa proximité avec le contrat : il s'agirait d'un « presque contrat », formule moins ambiguë que celle d'« avant-contrat » dans la mesure où elle situe bien la frontière entre contrat et engagement d'honneur comme étant d'ordre juridique »¹⁴³. Cette définition de l'engagement d'honneur a notre faveur dans le sens où elle exprime le plus distinctement la complexité de cet outil. Il n'est pas un contrat tant que les juridictions n'ont pas tranché sa portée juridique, l'engagement d'honneur reste moral tant qu'il n'est pas spontanément exécuté. Au premier contentieux, la survie de l'engagement d'honneur en tant que tel est dévolue aux juges qui peuvent décider de le contractualiser à l'encontre de la volonté de l'auteur de l'engagement.

150. Un acte juridique ne pourra être considéré comme un contrat préparatoire dès lors qu'il ne sera que moral.

140 V. un exemple, Paris, 21 mars 2003, RTD civ. 2003.495, obs. J. Mestre et Fages.

141 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 223.

142 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 227.

143 P. MALAURIE, L. AYNES et R. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, éd. Defrénois, 5è. éd., 2010.

151. Les sanctions réservées au défaillant peuvent être d'ordres commerciales¹⁴⁴ et suffisent aux contractants d'un tel engagement. Celui-ci ne devrait pas en théorie être attrait devant un tribunal, cette sanction devrait suffire. La préservation de l'image de la partie négociante dans un cercle fermé d'affaires est censée protéger l'engagement d'honneur. En effet, « *ce n'est pas parce qu'une obligation n'a pas pour sanction une condamnation par une juridiction étatique ou arbitrale qu'elle n'existe pas* »¹⁴⁵. Le Code civil contient en effet une obligation dépourvue de sanction au titre de l'article 605 du Code civil relatif à l'usufruit. Aux termes de cet article « *Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire...* », mais il est admis par la jurisprudence que « *sauf clause contraire, l'usufruitier ne peut contraindre le nu-propriétaire à effectuer les grosses réparations ni obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de l'article 599 du Code civil* »¹⁴⁶.

152. La référence à l'honneur vient de l'idée que « *dans une société où l'honneur tient une place prééminente, le respect de la parole donnée est considéré comme un devoir et une qualité essentielle de gentlemen* »¹⁴⁷. Au vue du nombre croissant de contentieux relatif à l'engagement d'honneur, des conclusions hâtives pourraient s'imposer...

153. Au sein de la jurisprudence française, « *les espèces témoignent d'une totale liberté du juge dans l'appréciation de la portée des engagements pris sur l'honneur* »¹⁴⁸. Il importe peu pour les juges de savoir ce qu'ont voulu les parties parfois, ainsi « *certaines décisions refusent tout effet à l'engagement d'honneur* » sans « *se fonder sur la seule intention des parties* » et d'un autre côté, « *les tribunaux n'ont pas hésité à qualifier d'obligations de droit strict des engagements pris sur l'honneur et à récuser l'intention parfois expresse affirmée par les parties de situer leur accord en*

144 Le fait de cesser toute relation dans le futur peut être suffisamment dissuadant pour que l'entreprise honore son engagement, ou la connaissance de la défaillance de l'entreprise par ses autres partenaires pourrait aboutir à un climat de méfiance fort redouté.

145 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 231.

146 Cass. Civ. 3ème, 10 juillet 2002, rev. Loyers 2002 .562, obs. J. Rémy; Civ. 3ème, 30 janvier 1970 : Bull. Civ. II, n° 83; Paris 27 juillet 1928 : DP 1929 . 2. 1, note Josserand.

147 P. M. EISEMANN, Le gentlemen's agreement comme source du droit international, Journal de droit international, Clunet, 1979, p.327.

148 P. OPPETIT, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chronique XVII, p. 112.

dehors du droit »¹⁴⁹.

Les tribunaux civils refusent d'admettre dans la majorité des cas que l'engagement d'honneur puisse échapper à toute sanction, il reste quelques exemples contraires¹⁵⁰.

Ils ne sont pas les seuls, en matière commerciale également « *une jurisprudence assez fournie « ... » analyse la plupart du temps les engagements d'honneur en obligations pures et simples en relevant l'intention commune des parties de s'obliger et en ignorant le plan purement moral sur lequel se situait pourtant cette volonté de lier* »¹⁵¹. C'est la typologie de l'engagement d'honneur qui pose un cas de conscience auprès des juridictions, celles-ci ne peuvent que constater l'engagement des parties dans l'engagement d'honneur et leur volonté de se soustraire dans ce même engagement au droit¹⁵². Si les parties s'engagent, c'est qu'elles sont prêtes à conclure le contrat¹⁵³, et qui dit contrat, dit droit.

154. Madame Laude précise qu'il « *ne faudrait cependant pas déduire de ces différentes analyses une tendance à la réintégration judiciaire systématique des engagements d'honneur dans la sphère contractuelle. Dans certains cas, en effet, l'engagement pris sur l'honneur ne traduit vraiment en dernière analyse, qu'un simple engagement moral n'étant dès lors pas susceptible d'exécution forcée* », « *c'est à partir de la recherche des intentions des parties que les juges déterminent le caractère civilement, voire contractuellement obligatoire de l'engagement d'honneur* »¹⁵⁴. La volonté des parties est au cœur de tout, c'est elle qui fait et peut défaire le contrat, de la même manière, l'auteur estime à juste titre que les juges doivent s'efforcer de rechercher cette commune intention des parties.

L'engagement d'honneur, même hors de la sphère contractuelle, ne pourra se

149 P. OPPETIT, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chronique XVII, p. 112 et 113.

150 Orléans, 23 avril 1842, S. 1843.2.383. ; Paris, 30 avril 1985, Banque 1985,754 obs. J-L. Rives-Langes.

151 P. OPPETIT, *ibid*, p. 113.

152 J.-L. AUBERT, Le contrat, coll. Connaissance du droit, 3^e éd., 2005, p. 49 et s.

153 Com. 23 janvier 2007, Bull. Civ. IV, n° 12, D. 2007. 442, obs. Delpech, RTD civ. 2007. 340, obs. Mestre et Fages, Defrénois 2007, art. 38624, n° 48, obs. Savaux, qui juge que lorsque l'auteur d'un engagement, fut-il moral, a exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger, cet engagement a une valeur contraignante et que sa violation l'oblige donc à réparer le préjudice qui en résulte. V. Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chron. 106.

154 A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, thèse Aix, 1992, n° 682 et 689.

soustraire au droit, il est logique de lui donner la valeur qu'elle prétend avoir, celle de la bonne moralité. Ainsi, une responsabilité délictuelle nous semble dans tous les cas évidemment envisageables puisque, par l'engagement d'honneur, une partie au moins a souhaité s'engager moralement pour avancer au mieux dans la négociation.

155. Un auteur va beaucoup plus loin dans l'analyse du caractère contractuel des engagements d'honneur. Monsieur Rouhette estime que « *la juridicité des engagements d'honneur reposerait sur la démonstration de l'existence d'une cause* »¹⁵⁵.

L'auteur fait référence au courant de pensée classique relatif à la cause en droit français établi par Domat au XVII^{ème} siècle puis reprise par Pothier au siècle suivant. La cause concerne le mobile abstrait de l'obligation. Lorsque le juge opère une appréciation objective de la cause, il s'agit du mobile abstrait de l'obligation. Il est question de la « *cause de l'obligation* »¹⁵⁶. Dans cette théorie, la cause permet subsidiairement de qualifier les contrats, celle-ci étant la même pour chaque catégorie de contrat. Ainsi, l'auteur entendait par là que l'engagement d'honneur dépourvu de cause ne pourrait pas être un contrat d'aucune des catégories. Il ne serait pas possible de qualifier cet engagement de contrat. L'engagement resterait purement moral s'il est dépourvu de cause, ce qu'il n'est pas du point de vue des juges qualifiant l'engagement d'honneur de contrat donc pourvu de cause.

Les contrats préparatoires auront ainsi évidemment une cause pour être considérés comme des contrats.

156. B. Mercadal commentait une décision relative à l'entente internationale de la quinine¹⁵⁷ et la jurisprudence française en ces termes : « *Les parties doivent clairement affirmer leur volonté d'écarter toute obligation juridique. A cet effet, le mieux est de prévoir une clause précisant nettement que l'accord se limite à des déclarations d'intention dont l'exécution ne peut être établie par une interprétation de la volonté des parties, mais elle sera difficile à prouver car, lorsqu'un accord se présente*

155 G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris I, 1968, n° 179.

156 En opposition à la cause subjective, développée par Jacques Maury et les modernistes, qui considère que les juges opèrent une appréciation subjective de la cause prenant en compte les mobiles concrets de l'obligation.

157 Com. 10 janvier 1972, JCP 1973.II.17134 note Guyon.

comme un contrat, il est de principe de lui faire produire des effets de droit, en vertu de l'article 1157 du Code civil. Cette affirmation ne doit pas, bien entendu, être contredite pour d'autres stipulations ou par le comportement des parties ». Il serait malvenu en effet d'indiquer par une clause son intention de ne pas s'engager et de poursuivre en indiquant une quelconque envie de s'engager. Mais même de cette manière, « la plupart du temps, le juge ne s'estime nullement lié par l'intention des parties de placer leur accord en dehors du droit étatique »¹⁵⁸.

157. L'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile dispose que « *il (le juge) ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ». Cet article constitue une règle de procédure qui permet aux plaideurs de limiter la saisine du juge sur l'étendue du litige ainsi que sur la qualification retenue par les parties aux termes d'un accord exprès. Mais en général, si une des parties à un engagement d'honneur saisit les tribunaux, c'est qu'il pense que la violation de ce dernier ne se situe en dehors de toute sanction judiciaire, aucun accord exprès n'ayant de chance d'être conclu. Cet article ne permettra donc de faire échapper le gentleman's agreement de manière certaine aux juges. Le juge aura tendance à le considérer comme un contrat préparatoire tout comme Monsieur Seraglini¹⁵⁹.

158. Nous pouvons constater que le contrat préparatoire peut débiter sans être apprécié à ce titre par les parties à un moment de la négociation. L'engagement d'honneur requalifié par les juges en tant que contrat pourra être analysé en tant que contrat préparatoire. Nous employons le conditionnel car il n'est pas certain que l'engagement d'honneur soit considéré comme un contrat préparatoire plutôt que comme un contrat définitif.

Les juges n'auront pas intérêt à requalifier un engagement d'honneur qui était déjà source de contentieux en un contrat préparatoire. Le contrat préparatoire a pour objet de préparer la conclusion du contrat définitif. Si les juges requalifiaient l'engagement d'honneur en contrat préparatoire, ils prendraient le risque de remettre les

158 P. OPPETIT, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chronique XVII, p. 114.

159 Voir supra n° 74.

parties dans une situation non définitive. Selon le contrat préparatoire envisagé, les parties devraient continuer de négocier la suite, le contrat préparatoire ne faisant que laisser une trame afin de préparer le contrat définitif. Les juges auront plutôt tendance à mettre les parties dans une situation sûre.

159. Parfois, la portée juridique de l'engagement d'honneur aura un caractère contractuel mais ne pourra être analysé en tant que contrat définitif. C'est dans ces cas là qu'il y aura contrat préparatoire. Une partie a pu s'engager au-delà de ce qu'elle souhaitait, sans pour autant préciser tous les éléments principaux nécessaires à la conclusion du contrat définitif, le contrat pourra alors s'analyser en un contrat préparatoire sous certaines conditions, ou en contrat partiel définitif pour le juge. Il faudra que le contrat ait pour objet la préparation du contrat définitif. Un engagement d'honneur qui préciserait que l'une des parties se donne trois mois pour conclure les négociations estimant que l'accord est proche, prépare-t-il la conclusion du contrat définitif ? Nous pouvons considérer que la mise en place d'un calendrier prépare, dans le sens où elle encadre, la conclusion du contrat définitif. Nous pouvons y voir un simple contrat de négociation, une partie ne souhaitant pas perdre trop de temps en pourparlers, avisera son partenaire du délai raisonnable dans lequel elle souhaite trouver un accord définitif. Le contrat de négociation est-il dans ce cas, un contrat préparatoire¹⁶⁰ ?

Il est évident que si un engagement d'honneur est requalifié en promesse unilatérale de contrat au profit de la partie demanderesse, ce sera comme sceller le sort des négociations, le demandeur ayant bien évidemment la volonté de profiter du contrat. Mais cette hypothèse n'aura pas la faveur de tous les courants de pensée de la notion de contrat préparatoire, ceux rejetant la promesse considèreront que les juges auront scellé le contrat définitif.

160. L'engagement d'honneur n'est pas un contrat préparatoire compte tenu de sa forme, celui-ci n'a pas vocation à être un contrat, d'où le terme engagement d'honneur et non engagement contractuel. Il ne nous semble pas utile d'attirer dans la sphère contractuelle l'ensemble des mécanismes juridiques existant, les juges y

160 Voir infra n° 222.

pourvoyant avec régularité. L'engagement d'honneur se différencie ainsi du contrat de négociation.

161. L'engagement d'honneur est au mieux un contrat partiel définitif ou *a minima* un document sans portée contractuel mais ne serait être un contrat préparatoire du contrat définitif car il est soit ce dernier soit un document n'ayant aucune portée contractuelle.

162. L'engagement d'honneur n'est pas la seule figure qui pose problème aux parties. La lettre d'intention tient une place de plus en plus importante aujourd'hui dans les négociations.

Section II - Distinction avec la lettre d'intention :

163. La lettre d'intention peut se retrouver « *à l'occasion de la négociation d'un contrat* »¹⁶¹ ou « *indépendamment de toute négociation contractuelle* »¹⁶².

164. A l'occasion de la négociation d'un contrat, la lettre d'intention peut prendre des formes diverses. Il peut aussi bien s'agir d'un courrier ou d'une lettre que d'une déclaration plus solennelle dans laquelle l'une des parties à la négociation couchera sur papier son intention, son souhait, son désir, de mettre au clair un point de la négociation en cours ou de le préciser, de poursuivre la négociation et de parvenir à un accord plus ou moins déterminé. Les parties s'engagent de bonne foi à rechercher un accord sur les bases de leur négociation en prenant en compte les points déjà discutés.

Cette lettre d'intention est courante dans la pratique internationale. La lettre d'intention est la traduction française des « *memorandums of understanding* » qui est un terme anglo-saxon né dans la pratique des projets industriels.

165. D'autres noms sont utilisés à la place de celui de lettre d'intention : accord

161 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 237.

162 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *ibid*, p. 238.

de principe, letter of understanding, protocole¹⁶³ ou protocole d'accord.

166. Cette lettre d'intention est à différencier des lettres d'intention au sens français du terme encadrées par l'article 2322 du Code civil. Celui-ci dispose que « *la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ». Cette lettre d'intention, également appelée lettre de confort, est fréquemment utilisée dans le monde des affaires. Elle est assimilable à un acte de cautionnement ou de garantie autonome.

Les lettres d'intention de l'article 2322 du Code civil « *sont des engagements 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, de maintenir une participation dans une société* »¹⁶⁴.

167. Les lettres d'intention rédigées au cours des négociations sont proches des engagements d'honneur et plus généralement des engagements précontractuels. Seules celles-ci méritent d'être développées ici, les autres n'ayant aucun lien avec les contrats préparatoires vraisemblablement. La lettre d'intention, tout comme l'engagement d'honneur est rédigée sur la base théorique de sa définition, les rédacteurs espèrent rester dans le domaine précontractuel (Paragraphe 1) mais la portée juridique pratique (Paragraphe 2) de cette figure internationale pose problème dans notre droit interne.

Paragraphe 1 - La déclaration d'intention théorique

168. Les lettres d'intention comportent en général une obligation de négocier, de bonne foi¹⁶⁵, mais d'autres sont de simple intention d'entrer en pourparlers. Aucune

163 M. FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, p. 76 et 77.

164 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 238.

165 U. DRAETTA et R. LAKE, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI, 1993, p. 850.

de ces lettres ne peut être assimilée à un contrat préparatoire en toute logique. Il n'y a pas de rapport obligataire constitué.

Les lettres d'intention sont en principe sanctionnées par le régime de responsabilité délictuelle lorsqu'elles sont de par leurs natures unilatérales et non contractuelles. Le destinataire de la lettre d'intention n'est pas partie à la lettre au sens contractuel du terme, elle est au mieux destinataire de l'offre que pourrait contenir la lettre.

Ainsi, tout acte unilatéral ne pourra être qualifié de contrat préparatoire.

169. « *Idéalement, la lettre d'intention se situe dans le non-droit : aucun lien juridique n'existe entre les parties* », « *pratiquement, il en va rarement de même* »¹⁶⁶. Les lettres d'intention peuvent contenir différents types d'accord dont l'objet ne concerne pas forcément le règlement des aspects précis de la négociation. Certains accords peuvent venir fixer un des éléments du futur contrat, d'autres se contentent d'affirmer purement et simplement le principe de négocier.

En soi, la volonté des parties de se situer en dehors du droit, clairement exprimée, devrait être respectée et exclure ces lettres, comme tout type d'acte ayant pour volonté de ne pas être obligatoire, des contrats préparatoires.

170. Dans certaines hypothèses, l'auteur d'une lettre d'intention se limite volontairement à une pure déclaration d'intention, une simple description sommaire du projet qu'il entend réaliser. Il ôte toute équivoque et prend soin de finir sa lettre par une clause de style telle : « *sans être contractuel* » ou « *sans obligations de notre part* » ou « *subject to contract* ».

171. Toutes les stipulations imaginables, expression de la volonté des parties dans la lettre, ne suffisent pas toujours à positionner les parties hors du domaine contractuel. L'attraction par le caractère contractuel est importante dans le monde des affaires. La situation objective créée par la lettre d'intention emporte des conséquences dont un changement possible de qualification¹⁶⁷.

166 G. PEYTCHIN, La lettre d'intention, DPCI, 1979, p. 52.

167 G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris 1965, p. 581.

Paragraphe 2 - La portée juridique pratique

172. Les rédacteurs d'une lettre d'intention considèrent que ce qu'ils expriment n'est qu'une simple « *intention* »¹⁶⁸, ils ne veulent pas d'un engagement. S'ils avaient voulu s'engager, ils auraient dès lors rédigé un contrat plutôt qu'une lettre d'intention. Il arrive d'ailleurs très fréquemment que la lettre contienne des clauses d'exclusion du caractère contractuel de cette dernière, nous en avons énoncé quelques-unes.

Cette possibilité de fuir l'autorité du juge trouve sa source également dans une autorisation générale et expresse contenue dans l'article 12 alinéa 3 du code de procédure civile et non seulement dans la volonté des parties, celle-ci ne peut à elle seule produire un tel effet¹⁶⁹.

173. Comme pour l'engagement d'honneur, la frontière entre la lettre d'intention au sens anglo-saxon du terme et d'une lettre engageante est délicate à cerner. L'intention peut être analysée en une véritable obligation de faire, celle-ci engageant l'auteur de la lettre. L'obligation de faire sera considérée comme une obligation de moyens le plus souvent¹⁷⁰ mais parfois même comme une obligation de résultat¹⁷¹.

174. Pour la doctrine, la lettre d'intention intervient lors des pourparlers, elle précède le contrat définitif. Elle fixe les éléments du contrat principal sur lesquels les parties se sont entendues en attendant la conclusion du contrat définitif. L'attrait de la lettre d'intention est multiple, il va de l'organisation des pourparlers à l'accord relatif au commencement d'exécution du contrat définitif sans que ce dernier n'ait été conclu¹⁷².

175. Les lettres d'intention sont des actes juridiques unilatéraux. Ils préparent la conclusion d'un contrat définitif, c'est pourquoi nous les attirons vers la notion de

168 CA Paris, 30 avril 1985, RTD civ. 1985. 730, obs. J. Mestre.

169 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 77.

170 Com. 4 octobre 1994, Bull. Civ. IV, n° 276, JCP éd. E, 1995, II, 708, note J.-L. Médus, Defrénois 1995. 255, note P. Le Cannu ; Cass. Com. 18 avril 2000, Contr. Conc. Consom. 2000, n° 123, obs. L. Leveneur.

171 Com. 21 décembre 1987, D. 1989. 112, note J.-P. Brill ; Com. 23 octobre 1990, Bull. Civ. IV, n° 256, JCP éd. G, 1991, II, 2168, note Ch. Larroumet.

172 Les lettres d'intention, DPCI, 1977, p. 103 et 104.

contrat préparatoire. De ce point de vue là, elles répondent à la définition du contrat préparatoire.

La lettre d'intention peut ainsi renfermer un contrat préparatoire, en effet, la qualification contractuelle de tel ou tel accord inséré dans la lettre dépend dans une large mesure de la volonté des parties de se placer ou non sur le terrain contractuel.

176. Cependant, la traduction de l'expression anglo-saxonne est assez vague, certains rédacteurs intituleront « *lettre d'intention* », un tout autre écrit recouvrant aussi bien des techniques juridiques classiques telles que la promesse de contrat, le contrat sous condition, l'offre de contracter parfois si la lettre emprunte ses caractères, que des manifestations de volonté qui se situent entre les simples pourparlers et l'accord définitif.

*« Le plus souvent cependant, la lettre d'intention n'a pas d'autre objet que de fixer le cadre de la négociation »*¹⁷³.

177. Le contenu de la lettre renferme un accord de nature contractuelle dont l'objet est d'aménager certains aspects de la négociation afin de la faire progresser vers l'élaboration du contrat définitif. Cette lettre ayant pour seul objet de préparer le contrat futur, elle pourrait être qualifié de contrat préparatoire.

178. « *L'expression d'une volonté expresse et non équivoque d'assumer un engagement contractuel ferme résulte très fréquemment de l'insertion dans la lettre d'intention d'une formule telle que : « je veillerai en toute circonstance à ce que »... « je ferai en sorte que »... « je ferai le nécessaire pour que »*¹⁷⁴. Dans ce cas, il ne fait pas aucun doute sur la volonté des parties, la dénomination de la lettre en tant que lettre d'intention n'a plus d'intérêt en soi puisqu'à l'origine cette lettre a pour but d'être dépourvu de portée contractuelle. Il s'agit d'un contrat. Selon son contenu, nous pourrions considérer qu'il s'agit ou non d'un contrat préparatoire.

179. Peu importe la dénomination de la lettre, le juge sera amené à faire

173 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 240.

174 A. LASSOUED, *les contrats préparatoires*, thèse Strasbourg III, 1987, p. 73.

prévaloir la qualification qui lui semble exacte en considération de la situation objectivement créée par la lettre. Cette attitude découle de l'application de l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose que : « *le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». S'agissant d'une question de pur droit, la qualification par le juge relève du contrôle de la Cour de cassation. Il n'est pas surprenant de voir le juge refuser la qualification non contractuelle de la lettre expressément affirmée par les parties, pour lui attribuer une nature contractuelle avec les conséquences qui en découlent. Les juridictions appliquent la même rigueur et les mêmes sanctions aux engagements d'honneurs qu'aux lettres d'intention. L'une et l'autre se confondent en quelque sorte pour former une catégorie d'écrit précontractuel, délictueux *a minima*, la possibilité de se soustraire intégralement au droit étant impossible aujourd'hui.

180. Qui plus est, « *le juge ne peut admettre l'évasion des règles juridiques qui assurent la protection du contractant le plus faible* »¹⁷⁵. Une lettre d'intention en faveur d'une personne jugée faible telle que le consommateur, un majeur protégé ou un mineur aura tendance à entrer dans le champ contractuel afin de mieux les protéger et par la même occasion sanctionner l'auteur indélicat de la lettre.

181. En cas d'absence de toute stipulation expresse de s'engager ou de ne pas s'engager, il faudra que le juge ou l'arbitre interprète la lettre en recherchant la réelle intention de l'auteur.

A priori, il semble que la réponse à cette question dépende de la situation de savoir si le caractère contractuel est invoqué par l'auteur de la lettre contre le destinataire ou l'inverse. Si le caractère contractuel est invoqué par l'auteur-expéditeur, il est plus probable que le juge ou l'arbitre se penche vers la reconnaissance de la nature contractuelle de la lettre dès que celle-ci présente un minimum de clarté et de précision.

Certaines règles sont d'ores et déjà établies et ne laissent plus de doute sur le sort réservé aux échanges de lettres d'intention. Il est ainsi admis qu'en matière commerciale l'acceptation sans protestation d'une lettre de confirmation vaut acceptation

175 B. OPPETIT, L'engagement d'honneur, D. 1979, p. 115.

pure et simple¹⁷⁶. Il est donc fort possible, qu'une lettre d'intention adressée à un partenaire avec lequel on entretient, depuis quelques temps, une discussion à propos d'une affaire, soit considérée comme contractuelle dès l'instant où elle renferme une invitation à souscrire tel ou tel accord sans entraîner une réaction de protestation de la part du destinataire. Le silence gardé par le destinataire n'est pas pur et simple pouvant infirmer l'adage « *qui ne dit mot consent* » mais un silence circonstancié équivalent à une acceptation implicite du contenu de la lettre.

En revanche, si le caractère contractuel de la lettre est invoqué par le destinataire contre l'auteur, il est plus concevable, qu'en l'absence d'une volonté explicite de s'engager ou non, on doive considérer la lettre comme une simple demande d'éclaircissement sur un point précis ou la réplique d'un dialogue qui se déroule dans un climat de liberté si grand qu'il exclut tout engagement de son auteur. Tout au plus peut on y trouver des renseignements qui serviraient, peut être, d'arguments en cas de mise en jeu de la responsabilité délictuelle de celui-ci pour manquement à la loyauté et la bonne foi dans la négociation.

182. Il sera sage de recommander de ne pas utiliser les lettres en tant qu'instrument de dialogue au cours de la négociation. Une négociation orale présente l'avantage de ne pas se compromettre, de pouvoir se dédire, avancer ou reculer à son gré.

183. En 1977, le groupe de travail de la revue « *Droit et Pratique du Commerce International* » a regroupé l'ensemble des lettres d'intention précontractuelles sous la qualification de « *contrat de négociation* »¹⁷⁷.

Pour Madame Geninet, « *une distinction doit être faite entre les contrats qui organisent les pourparlers et les accords sur certains éléments du contrat principal.*

Les premiers sont des contrats qui font naître à la charge des parties de véritables obligations comme, par exemple, celle de rembourser les frais de déplacement, de respecter tel délai pour telle phase de la négociation, de garder secrètes les informations, ou encore de rembourser les frais d'études. Ces conventions méritent la qualification de contrat de négociation.

176 Cass. 21 mai 1951, Bull. Civ. IV, 1951, p. 128, n° 168.

177 Les lettres d'intention, DPCI, 1977, p. 104.

Il en va différemment de la seconde catégorie de lettres d'intention qui se borne à constater que l'accord des parties s'est fait sur tel ou tel élément du contrat principal et qu'il n'y a plus à y revenir. Certes, cet accord a un effet obligatoire en ce sens que les négociateurs doivent en respecter les termes mais il en est ainsi de toutes les conventions. Outre cette obligation de renégocier les éléments définitivement acquis, l'accord ne suscite aucune autre obligation et surtout pas celles résultant de la conclusion du contrat principal même sur les éléments arrêtés dans la lettre d'intention, puisque seule la conclusion du contrat définitif fera naître les obligations qui ont fait l'objet de l'accord décrit dans la lettre d'intention. »¹⁷⁸. Pour cet auteur la lettre d'intention ne constitue pas un avant-contrat et donc elle ne constitue pas un contrat préparatoire, cet auteur assimilant les deux notions en tant que synonymes.

184. La lettre d'intention peut en effet être l'engagement d'un seul des négociateurs répondant ainsi à sa définition mais elle sera aussi régulièrement l'occasion de faire le point sur une négociation en cours, traduisant sa valeur contractuelle. *« Tantôt expliquée par la théorie allemande de la culpa in contrahendo, tantôt par celle de la punctation¹⁷⁹, la valeur contractuelle qui leur est accordée¹⁸⁰ semble davantage pouvoir être expliquée par le recours au contrat partiel ou à l'accord de principe, notamment lorsque les points de la négociation faisant l'objet d'un accord révèlent fermement entendus »¹⁸¹.*

185. La lettre d'intention sera parfois assimilée à un véritable contrat de négociation, obligeant essentiellement à négocier de bonne foi *« quel que soit le nom sous laquelle elle est mise en œuvre (...) que, comme tout contrat, les parties aient conclu un accord et se soient engagées à négocier et seulement à négocier, se réservant la possibilité de ne pas conclure le contrat projeté au terme des négociations »¹⁸².*

178 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 253 et 254.

179 A. RIEG, La punctation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p. 600.

180 F. LABARTHE, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n° 249.

181 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 243.

182 B. MERCADAL, Contrats et droits de l'entreprise, Mémento Francis Lefebvre 1998, n° 1662.

186. La lettre d'intention peut se transformer en contrat définitif, « *il conviendra de rechercher à travers le contenu de la lettre si elle présente les caractères d'une offre au sens juridique du terme ou d'une acceptation ou bien si elle doit être assimilée à de simple pourparlers. De nombreux indices permettent de repérer les traces d'un engagement commun, comme le taux de précision des conditions du contrat objet de la négociation alors qu'un certain flou permet plus facilement de considérer que les parties en sont restées au stade des pourparlers* »¹⁸³.

187. Le protocole d'accord est typiquement l'une de ces figures contractuelles posant difficultés au cours des négociations. Il s'agit généralement de la formalisation par écrit du projet de contrat que les parties envisagent de conclure¹⁸⁴ dans un document que les parties nomment parfois protocole d'accord.

Il s'agit là d'un exemple parmi tant d'autres où le titre du document ne correspond à aucune réalité. Celui-ci est assimilable à une lettre d'intention le plus souvent mais prend la forme d'un véritable contrat qui serait en attente de validation ou de réitération. Le protocole d'accord est le contrat définitif. Il est un compromis attendant un élément accessoire pour valoir, aux yeux des parties, contrat définitif.

188. Ces mécanismes ne peuvent être des contrats préparatoires, ils sont considérés par les juges comme des contrats définitifs pour assurer de ne pas mettre les parties dans une position désagréable et sceller leur accord, ils ne sont rien de plus que des documents précontractuels, exclus du champ contractuel pour les parties.

Section III - Distinction avec l'offre

189. La majorité de la doctrine analyse l'offre comme un acte unilatéral¹⁸⁵, il reste cependant certains auteurs qui la qualifient soit d'acte juridique, soit de fait

183 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 244 et 245.

184 L. ROZES, Le projet de contrat, Mél. L. Boyer, p. 639. ; F LABARTHE, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n° 213 et 237.

185 Voir A. WEILL, R. TERRE et P. MALAURIE, A BENABENT.

juridique¹⁸⁶. L'acte juridique désigne la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit alors que le fait juridique constitue tout événement susceptible de produire des effets de droit, ceci n'étant pas tout toujours voulu par leur auteur.

L'acte unilatéral est défini comme un acte juridique résultant de la manifestation de volonté d'une seule personne.

190. L'offre est ainsi un acte unilatéral ayant un effet obligatoire, une manifestation de volonté unilatérale de l'offrant qui élabore et émet son offre sans demander quoi que ce soit au destinataire. Seul l'intérêt de l'offrant est transcrit dans son offre alors que dans le contrat préparatoire, une partie confère à l'autre partie la possibilité de conclure le contrat définitif, le contrat définitif n'est pas scellé lors de la conclusion du contrat préparatoire, bien au contraire puisqu'il s'agit de sa cause¹⁸⁷. Le contrat préparatoire est issu d'un concours de volonté lors de sa formation et non d'un acte unilatéral. Parfois, le concours viendra de l'acceptation par une partie de l'offre contractuelle de contrat préparatoire dans le sens ou l'une d'elle aura rédigé le contrat préparatoire et l'aura soumis pour conclusion à l'autre, mais cela restera un accord de volonté qui aura fait naître le contrat préparatoire.

191. Pour Monsieur Cabrillac, « *l'offre est la proposition ferme et précise de contracter* »¹⁸⁸, nous pouvons également rajouter non équivoque à la liste.

L'offre doit être ferme¹⁸⁹ et précise alors que le contrat préparatoire n'a pas à être aussi ferme et précis. Le contrat préparatoire prépare le contrat définitif, il ne peut pas toujours être aussi précis que l'offre étant donné que les parties ne savent pas encore ce qu'elles veulent précisément mis à part travailler ensemble. Les parties n'ont pas à s'exprimer fermement sur le sort du contrat définitif car il n'est pas toujours précis à la différence de l'offre.

Le contrat préparatoire doit être précis tout comme l'offre mais le contrat préparatoire s'apprécie quant à son propre contenu et non quant à celui du contrat définitif alors que l'offre s'apprécie compte tenu du contrat qu'elle prépare. Les

186 Voir J. FLOUR et J.L. AUBERT.

187 Voir infra sur la cause des contrats préparatoires, n° 465 et s.

188 R. CABRILLAC, Droit des obligations, 8e éd., Dalloz, 2008, p. 41.

189 Cass. Com., 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 74.

éléments essentiels du contrat définitif n'ont pas à être déterminés ou déterminables à la différence de ceux de l'offre pour être valable.

Ainsi le contenu du contrat préparatoire n'a pas à être similaire à celui du contrat définitif pour être valable alors que celui de l'offre doit parfaitement coïncider avec celui du contrat qui en découle¹⁹⁰.

Aucun contrat préparatoire n'aura, à titre de validité, l'obligation de préciser dès sa conclusion, les éléments essentiels du contrat définitif.

192. L'offre n'a pas d'effet obligatoire contractuel mais elle a un effet obligatoire légal fondé sur l'article 1382 du Code civil par la sanction de sa rétractation abusive. Ainsi, Madame Geninet en conclut que « *l'offre qui est un acte unilatéral dans son élaboration et dans son émission, se voit appliquer le régime des faits juridiques* »¹⁹¹. Elle définit ainsi l'offre comme étant « *un acte juridique unilatéral créateur d'une obligation légale qui est celle résultant des faits juridiques* »¹⁹².

193. L'offre a pour essentiel effet juridique d'aboutir à la conclusion du contrat projeté dès l'acceptation ce qui le différencie une nouvelle fois du contrat préparatoire qui n'a pas vocation à former le contrat projeté, il n'y a pas d'obligation de conclure le contrat définitif¹⁹³.

194. La défaillance des parties n'aura pas la même qualification non plus, dans le cas de l'offre, il n'y a pas eu de rencontre, on parle de refus d'acceptation alors que dans le cas du contrat préparatoire, il s'agira d'une inexécution.

195. Les parties ne peuvent rompre le contrat préparatoire unilatéralement étant donné le caractère bilatéral de la relation contractuelle¹⁹⁴ alors que l'offre pourra être

190 A. BENABENT, Droit civil, Les obligations, Domat, 2005, sp. N° 65 : « L'identité entre l'offre et l'acceptation constitue une condition de formation du contrat et que, par conséquent, une acceptation qui n'est pas conforme à l'offre n'emporte pas la formation du contrat et vaut, au mieux, une offre nouvelle ».

191 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 351.

192 M. GENINET, *ibid*, p. 351.

193 Voir *infra* sur l'obligation de conclure, n° 315 et s.

194 Sauf à s'exposer à des poursuites pour rupture fautive sur le fondement de l'article 1134 du Code civil.

révoquée par son offrant en respectant un délai raisonnable¹⁹⁵.

196. L'offre se distingue d'un contrat préparatoire par son destinataire, celui-ci n'est pas déterminé dans l'offre alors que le contrat préparatoire liera deux parties connues ou au moins déterminées pour le cas de la promesse unilatérale sur laquelle nous reviendrons par la suite.

197. Il convient de différencier l'offre et la promesse unilatérale de contrat.

198. Pour Madame Geninet, « *la différence entre l'offre et le pacte (d'option), c'est que la première est exclusivement conçue par le pollicitant tandis que le second est le fruit d'un accord préalable, expresse, et qu'il est inconcevable de soutenir qu'il en est ainsi pour l'offre* »¹⁹⁶. La différence vient donc de la formation de ces deux techniques, l'une unilatérale et l'autre fruit d'un accord de volonté.

199. L'offre de contrat définitif se distingue pour un auteur de l'offre générale par la nécessité d'une similitude stricte de contenu entre l'offre et le contrat offert. L'offre doit être claire et précise afin de permettre une manifestation de volonté éclairée par le jeu de l'acceptation.

*« Il n'y a pas de symétrie entre le contenu du contrat préparatoire et celui du contrat définitif. En revanche, la similitude des contenus est strictement nécessaire pour le cas de l'offre qui doit présenter un contenu identique à celui du contrat offert, afin de permettre à l'acceptant de manifester sa volonté tout en sachant clairement et précisément à quoi il s'engage »*¹⁹⁷.

200. Certains auteurs distinguent l'offre contractuelle de l'offre non

195 Req. 28 février 1870 ; D. MAZEAUD, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 20-21 : « En droit positif, cette obligation (de maintien de l'offre) est soit le fruit de la volonté unilatérale de l'offrant, lorsque celle-ci a assorti son offre d'un délai expresse d'acceptation, soit, en l'absence d'un tel délai, le produit d'une règle jurisprudentielle qui impose à l'auteur d'une offre faite à personne déterminée de la maintenir pendant un délai raisonnable d'acceptation, dont la durée est souverainement déterminée par le juge, selon les circonstances de l'espèce ».

196 M. GENINET, « Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 343.

197 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 27.

contractuelle¹⁹⁸. En effet, le pacte d'option contient une offre de conclure le contrat définitif. Ainsi le pacte d'option contient une offre contractuelle selon Leduc qui se distingue de l'offre unilatérale.

201. L'offre peut se décliner sous différentes formes telles que des documents publicitaires par exemple. En effet, ces documents « *sont, au moins, des invitations à entrer à pourparlers et, au plus, une offre, dès lors que leur contenu est ferme, en ce sens qu'une acceptation suffirait pour former le contrat, et précis, si ce contenu rassemble les éléments nécessaires à la formation du contrat (prix et chose pour une vente par exemple)* »¹⁹⁹.

Certaines clauses sont rajoutées dans ces documents publicitaires afin de leur retirer son caractère ferme et ainsi échapper à la qualification d'offre, il s'agit des mentions « *document non contractuel* », « *photo non contractuelle* », « *ce document n'a pas de valeur contractuel* »... Quelques juridictions du fond ont écarté cette clause dès l'instant où le contenu du document était suffisamment précis et détaillé²⁰⁰ selon une tendance naturelle à considérer comme juridique ce qui est présenté comme ne l'étant pas.

202. Plusieurs courants de pensées s'opposent et doivent être distingués pour appréhender la possibilité de mettre fin au contrat préparatoire par une offre de contrat définitif, celle-ci prenant la forme d'un pacte d'option.

203. Le premier courant de pensée, le plus ancien, considère que la notion de contrat préparatoire ne recouvre que les contrats de promesse.

Une promesse remplaçant une promesse précédente ne pourra mettre fin qu'à la précédente promesse. Sans compter sur le fait que le contenu de la promesse précédente jouera sur la validité de la promesse suivante.

Si la promesse précédente est une promesse synallagmatique de contracter, il faut distinguer deux cas, celui où la promesse synallagmatique de contracter le contrat

198 Voir E. LEDUC et DEMOLOMBE.

199 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 202 et 203.

200 Trib. Com. Paris, 28 novembre 1977 ; Paris, 30 octobre 1984 ; contra: Paris, 22 mars 1985 ; Paris, 6 mars 1976.

définitif n'est pas suffisamment déterminée dans les éléments essentiels du contrat définitif et celui où celle-ci contient tous les éléments essentiels du contrat définitif.

Si les parties se promettent de conclure un contrat dont les éléments ne sont pas encore déterminés, hypothèse ô combien étrange et dangereuse, c'est qu'elles souhaitent absolument se mettre d'accord sur le contrat définitif, le contrat est cependant déterminé pour valoir promesse mais il manque certains éléments pour que le contrat puisse être exécuté. L'offre d'une promesse unilatérale par la suite pourra être la formalisation par l'une des parties du contrat définitif. Ce contrat sera toujours un contrat préparatoire pour ce courant de pensée.

Si la promesse synallagmatique de contrat n'est pas différente de la promesse unilatérale de contrat, celle-ci sera sans effet, les parties s'étant déjà engagé par la promesse synallagmatique. Pire, cela pourra être considéré comme une contre-proposition à un contrat auquel la partie aura déjà consentie, ce sera une contre-proposition fautive susceptible de dommages-intérêts. La promesse synallagmatique restera le contrat préparatoire en cours.

Si le contrat préparatoire aboutit sur une promesse unilatérale de contracter, ayant toujours le même sujet que la première promesse, à savoir le contrat définitif sans quoi ce ne serait pas un contrat préparatoire. Cette promesse, si elle vient du créancier de la première promesse, sera une contre-proposition, le contrat préparatoire aura été remplacé par un autre contrat préparatoire, voire même deux contrats préparatoires existeront l'un à côté de l'autre, laissant à chacun la possibilité de lever l'option et de sceller la relation. Si la promesse vient de l'auteur de la première promesse, il s'agira d'un non respect flagrant de sa promesse pouvant entraîner la mise en jeu de sa responsabilité. Cette première promesse restera le contrat préparatoire en cours.

204. D'autres auteurs exclus de la notion de contrat préparatoire les promesses de tout type.

Si le contrat préparatoire, accord de principe, lettre d'intention ou autres, aboutit sur une promesse unilatérale de contracter, même si son sujet est le contrat définitif, nous ne pouvons considérer que le contrat préparatoire sera éteint. Il n'a pas perdu son objet ou sa cause, il a été remplacé au mieux par un autre contrat non préparatoire que serait la promesse unilatérale de contrat définitif.

205. Dans une situation intermédiaire, certains auteurs intègrent tous les contrats préparant le contrat définitif dans la notion de contrat préparatoire.

L'offre d'une promesse unilatérale de contrat définitif ne pourra pas clore la relation issue du premier contrat préparatoire puisqu'ils auront tous les deux vocations à préparer le contrat définitif. Il s'agit d'une addition de contrat préparatoire. Seule la levée de l'option entraînera le terme des deux contrats préparatoires.

206. L'élaboration du contrat définitif correspond à l'objet du contrat préparatoire. Une fois élaborée, les deux parties ont de grandes chances de le signer, le contrat préparatoire n'a plus d'intérêt.

Si l'une des parties réalise une offre concernant le contrat définitif durant les négociations, le contrat préparatoire s'achève-t-il également ?

L'offre contractuelle constitue une limite entre le domaine des contrats préparatoires et le domaine contractuel ordinaire représenté par le contrat définitif. Une fois l'offre contractuelle émise, les négociations sont censées être terminées, *a minima* dans l'esprit de l'une des parties. Le contrat préparatoire n'a plus de raison d'être. Le contrat définitif est prêt. Il ne manque plus que l'acceptation pour mettre fin définitivement aux négociations et transformer l'offre en contrat définitif.

CONCLUSION DU CHAPITRE

207. La notion de contrat préparatoire ne peut se limiter à être définie que par une approche négative mais celle-ci en dit long sur la difficulté à saisir la notion. Un certain nombre de mécanismes juridiques ou de documents se rapprochent de la définition de la notion, ce sont des documents préparant la conclusion du contrat projeté, le contrat définitif.

Ceux-ci se retrouvent exclus de part leur nature ou de part le sort qu'il leur est réservé en cas de contentieux. Ainsi l'engagement d'honneur ne serait être assimilé à la notion de contrat préparatoire alors que la lettre d'intention, selon son contenu pourrait être intégrée dans notre acceptation de la notion. Cependant, les juges ont plutôt tendance à considérer les lettres d'intention comme des contrats définitifs à la place d'y voir des contrats préparatoires. Cela n'a rien d'étonnant lorsque l'on se rappelle du peu de décision existante reprenant la notion de contrat préparatoire mais cela nous conduit à les exclure définitivement de nos propos dans le but de préciser la notion autour d'un cadre concret et existant en dehors de notre théorie.

Pour finir, l'offre est loin de pouvoir se rapprocher d'un contrat préparatoire alors qu'elle emprunte plusieurs caractéristiques du contrat de promesse unilatérale qui est considéré comme un contrat préparatoire par certains auteurs.

208. Ainsi, un contrat préparatoire ne pourra être un document ayant vocation à rester purement moral. Le contrat préparatoire ne pourra, de ce fait être, un acte juridique unilatéral. Il ne devra pas contenir, *ad validitatem*, les éléments essentiels du contrat projeté. Il devra se différencier de ce dernier et ne pas être ce contrat définitif.

L'approche positive nous permettra de préciser les contours de la notion.

CHAPITRE II – APPROCHE POSITIVE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

209. La notion de contrat préparatoire ayant été délimitée négativement, il nous reste à définir les critères permettant d'inclure positivement tel ou tel contrat au sein de la notion de contrat préparatoire. Nous espérons trouver des critères suffisamment précis afin d'établir une grille d'inclusion de chaque contrat préparatoire.

La mise en évidence des critères nous conduira cependant à étendre nos exclusions concernant certains mécanismes juridiques.

L'approche positive consistera dans une première section à définir les critères temporels permettant de délimiter la notion (Section I). Des critères plus objectifs (Section II) seront ensuite étudiés dans la deuxième section.

Section I - Les critères temporels délimitant la notion

210. Les contrats préparatoires ont un point de départ (Paragraphe 1), celui de leurs conclusions. Il est nécessaire de déterminer les circonstances amenant à ces conclusions afin de voir s'il existe un cadre plus déterminé.

Le contrat préparatoire a pour objet la préparation de la conclusion d'un contrat définitif, il doit s'arrêter au moment de la conclusion du contrat final logiquement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Le point de départ de la notion

211. A quel moment commence le contrat préparatoire ? Le cas le plus courant

de conclusion d'un contrat préparatoire correspond à une pause dans les négociations, dans le sens où les parties profitent de l'avancement de celles-ci ou de leur volonté commune suffisamment affirmer de travailler ensemble pour conclure un contrat les aidant à préparer la conclusion du contrat définitif. Les négociations sont donc un point de départ idéal pour les contrats préparatoires (A).

Nous verrons qu'il est possible de conclure un contrat préparatoire en dehors de toute négociation (B) et qu'il ne faut pas confondre le contrat préparatoire avec d'autres formes juridiques.

A. Dans le cadre des négociations

212. Les contrats préparatoires sont des contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif. Il semble opportun de conclure un tel contrat au cours de pourparlers afin de stabiliser un moment donné de la relation des parties. Elles concluent ce type de contrat pour augmenter leur chance de conclure le contrat définitif. C'est en soi un gage de la bonne volonté des deux parties d'arriver au terme des négociations. C'est pourquoi elles décident de conclure un contrat préparatoire.

213. La conclusion d'un contrat préparatoire peut intervenir au cours des négociations suite à la volonté commune des parties de conclure un tel contrat.

214. Il est courant d'échanger de nombreux documents durant les négociations, ces simples courriers pour les parties, peuvent s'avérer être bien plus que cela en cas de désaccord ultérieur. Les différents ayant lieu au cours des pourparlers concernent majoritairement la portée juridique de ces documents échangés.

Une partie mécontente de la suite des négociations ou de l'échec de celles-ci souhaitera se prévaloir de tout document en sa possession émis par l'autre partie anciennement négociante pour obtenir un dédommagement voire mieux, la conclusion d'un contrat. La partie négociante pousse parfois les pourparlers un peu trop loin et se retrouve esseulée par la suite faute d'avoir découragé la partie adverse. Dans ce véritable duel que peut être la négociation, le plus déterminé est parfois le plus

pointilleux, il négocie souvent trop âprement chaque clause du futur contrat jusqu'à désintéresser le partenaire qui préfère couper court. Malheureusement pour lui, le contrat était d'une importance capitale pour ce négociant trop téméraire et son échec n'est pas envisageable. Il sait avoir trop négocié, il sait qu'il aurait pu conclure le contrat auparavant à des conditions qui lui convenaient tout de même, mais il a essayé d'en tirer un plus gros avantage et se retrouve sans rien. Dans ce cas, tout est bon pour essayer de sauver la situation et le contentieux peut s'avérer pénible.

Le cadre de l'envoi du courrier ou du courriel n'importe que peu, de même que le titre du document, seul le contenu concret du document sera pris en compte par les juridictions pour déterminer la qualification exacte à donner au document. Tout dépendra de l'appréciation des juges du fond. Chaque espèce conduira à une nouvelle décision mais une seule règle sera prédominante, le titre du document ne présage en rien son contenu²⁰¹.

215. Pour reprendre, il est possible de conclure un contrat préparatoire au cours des négociations dans différentes situations :

216. Par une volonté claire et commune, réunissant les conditions de validité d'un contrat, les parties décideront de conclure un contrat ayant pour objet la préparation du contrat définitif.

Il s'agit là de l'option la plus concrète et à laquelle nous adhérons sans trop de difficultés. Il n'y a pas d'équivoque, à la différence des deux autres options qui sont plus hypothétiques et théoriques que pratiques.

217. Par l'échange de lettres qu'un contentieux conduira devant les juridictions qui auront tendance à raccrocher à la sphère contractuelle ces dernières et à considérer qu'un contrat lie les parties. Ce contrat pourra être un contrat préparatoire selon le contenu des lettres en théorie. En pratique, les juges auront tendance à considérer que l'accord est définitif et non préparatoire d'un autre contrat afin de sceller une bonne fois pour toute l'accord entre les parties et éviter de les remettre dans une position de négociation d'un nouveau contrat qu'ils n'ont de toute évidence par réussi à concrétiser

201 Conformément à l'article 12 du Code de Procédure Civile.

d'eux-mêmes auparavant.

218. Par l'envoi d'une lettre d'intention qui n'aura l'aspect de lettre que par son titre et qui constituera un véritable contrat déguisé sous une dénomination erronée. Ce contrat pourra également un être un contrat préparatoire selon son objet.

219. Envisager un contrat préparatoire au cours de négociations semble naturel, qu'en est-il de l'absence de pourparlers.

B. Le contrat préparatoire hors négociations

220. La question doit être posée, un contrat préparatoire peut-il exister en dehors de toute négociation. Est-ce un possible critère de sélection des contrats préparatoires ? Ce contrat préparatoire prépare le contrat définitif, la relation contractuelle peut-elle débiter sans négociations préalables ?

Cela ne semble pas improbable. Loin de là, une entreprise souhaitant conclure un contrat avec une autre sur une technologie bien précise dont elle a entendu parler pourra parfaitement entamer les négociations par la proposition d'un contrat préparatoire, scellant d'ores et déjà le cadre des négociations sur certains points précis dont le futur de type de contrat préparé par exemple.

221. *« Il est en pratique très fréquent que la négociation contractuelle soit l'occasion d'accords de volontés partiels qui préparent la conclusion finale d'un contrat déterminé, étant seulement observé que nombre de ces « contrats préparatoires » peuvent aussi bien être conclus directement, sur la base d'une simple offre, et hors de toute négociation contractuelle proprement dite »²⁰².*

222. Ce contrat de négociation pourrait ainsi être un contrat préparatoire, il organiserait le cadre des négociations, les rencontres, les étapes, un calendrier qui conduirait les parties à avancer vers le contrat futur. Peut-être plus, il conditionnerait le

202 J.L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, Le contrat, Droit des obligations, 4eme éd., Dalloz, 2010, p. 42.

fonctionnement de la technologie avec celle déjà exploitée par l'offrant du contrat, aménageant des rencontres techniques, des outils de développement commun...afin d'arriver en fin de compte à conclure un contrat définitif sur ce qu'elle cherchait exactement.

223. Il s'agirait en quelque sorte d'un contrat d'adhésion sous forme de contrat préparatoire. L'autre partie n'ayant pas la possibilité de négocier ce premier contrat sans quoi nous retomberions dans les cas de figure étudié précédemment d'un contrat préparatoire conclu au cours de la négociation. Ce contrat ne doit pas être négocié pour entrer dans notre hypothèse.

224. Il s'agirait en quelque sorte d'un contrat préparatoire d'adhésion tel que l'on en trouve dans le domaine du droit de la consommation.

Prenons un exemple de contrat préparatoire d'adhésion : une entreprise qui souhaiterait développer son activité, limitée jusque là à un seul département, dans d'autres départements. Son manque de connaissance du marché local faisant de lui une entreprise qui restera inconnu sans de grand moyen de communication et de publicité trop coûteux pour la taille de sa structure. Elle décide de rédiger un contrat préparatoire proposant l'objet de son activité à d'autres sociétés ayant une activité voisine afin que celles-ci deviennent partenaire par la suite. Ce contrat spécifie l'activité en cours, les données en la possession de l'entreprise proposante pour que son futur partenaire puisse négocier en connaissance de cause. Ce contrat est un contrat préparant les négociations futures, il prépare la conclusion du contrat définitif mettant en place un certain nombre d'éléments non modifiables au cours des négociations.

225. Si le contrat n'indique uniquement dans ces clauses que les négociations devront se dérouler de bonne foi, nous pouvons légitimement nous demander si cela suffit pour qualifier ce contrat de contrat préparatoire. L'objet d'un tel accord n'est que de très loin la conclusion du contrat définitif, il concerne essentiellement la moralité des négociations. Ce contrat de négociation ne sera pas un contrat préparatoire à notre avis. Il s'agira en effet, d'un équivalent d'une lettre d'intention voire d'une lettre d'intention dont la bonne foi reste l'obligation centrale au sens stricte de la définition et que nous

avons rejeté en tant que contrat préparatoire précédemment.

226. En acceptant, la différence entre l'offre contractuelle et l'offre non contractuelle, l'offre directe de contrat préparatoire semble acceptable et réalisable dans certains cas en dehors de toute négociation préalable, celle-ci ne sera pas typique de son emploi le plus courant mais pourra finalement s'avérer utile.

227. Après avoir cadré le départ de la notion de contrat préparatoire, intéressons-nous à la fin du contrat préparatoire.

Paragraphe 2 - La fin du contrat préparatoire

228. Il est tout autant utile de connaître le point de départ de la notion de contrat préparatoire que le point d'arrivée à savoir la fin du contrat préparatoire. Le terme du contrat préparatoire, s'il est suffisamment précis pourrait être un indicateur de ce que recouvre la notion. Un contrat ayant des effets au-delà de ce terme ne pourra être un contrat préparatoire.

229. Le contrat préparatoire peut prendre fin de différentes manières, celle de la réalisation de son objet à savoir la conclusion du contrat définitif (A), mais encore par une rupture du contrat préparatoire (B) ou par l'arrivée d'un terme (C). Le contrat préparatoire peut aussi ne pas prendre fin tout simplement et perdurer tel un contrat à durée indéterminée (D).

A. La fin par conclusion du contrat projeté

230. La détermination des éléments jugés essentiels par les parties pour la formation du contrat définitif est fondamentale afin de connaître quand commence le contrat principal car c'est à ce moment que prend fin le contrat préparatoire. C'est la fin souhaitée par les parties au moment de la conclusion du contrat préparatoire.

231. La conclusion du contrat définitif et ainsi la naissance des obligations de ce contrat définitif permet au contrat préparatoire de cesser pour perte de son objet sans clause particulière comme l'indique cet auteur : « *le critère que constitue la naissance des obligations du contrat final détermine seulement la limite aval de la catégorie des contrats préparatoires* »²⁰³.

B. La fin par rupture du contrat préparatoire

232. Le contrat préparatoire peut prendre fin, comme tout contrat, par une rupture de celui-ci. Celle-ci peut être fautive et laisser l'autre partie prétendre à une indemnisation, ou simplement le fruit de la liberté des parties de rompre le contrat qui ne leur sied plus, un contrat qu'ils savent ne pas les satisfaire en respectant le formalisme nécessaire à sa rupture civile.

233. Le contrat préparatoire peut s'éteindre ainsi logiquement par perte d'intérêt.

Suivant le stade des négociations, si l'on en est au stade où le contrat définitif est rédigé, cette perte d'intérêt sera plus difficile à justifier pour l'une des parties et pourra donner lieu à des dommages-intérêts pour rupture tardive des pourparlers, pour perte d'une chance de voir le contrat conclu, pour avoir légitimement espérer conclure le contrat escompté. Si le contrat définitif n'est toujours pas discuté et que les négociations échouent- ce qui n'est pas improbable, le contrat préparatoire ne garantissant pas la conclusion du contrat définitif – le contrat préparatoire aura vocation à s'éteindre par perte de sa cause.

C. La fin par arrivée du terme

234. Le contrat préparatoire a pour objectif la préparation du contrat définitif et non sa conclusion forcément. Il doit pouvoir s'éteindre bien avant la conclusion du

203 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 4.

contrat projeté.

235. Le contrat préparatoire peut s'éteindre par arrivée de son terme, terme déterminé par une date qui est considérée par les parties comme suffisamment éloignée pour admettre que faute d'accord dans le délai imparti, le contrat définitif ne verra jamais le jour.

Le terme peut être la fin de la mission du contrat préparatoire, à savoir la préparation du contrat définitif est terminée. Le contrat définitif est rédigé, il ne manque que sa conclusion. Le contrat prépare le contrat définitif et non sa conclusion.

236. Une fois le stade de la préparation terminée, le contrat préparatoire n'a plus de vocation d'être. Cela ne signifie pas que le contrat définitif va être conclu dans l'immédiat. Les parties peuvent s'accorder un délai pour réfléchir à la poursuite de la discussion ou pour réfléchir tout simplement au contrat définitif finalement rédigé. Ce n'est pas parce que le contrat a été rédigé suite à une longue négociation en collaboration avec l'autre partie à la négociation que les parties n'ont toujours plus de doutes quant à l'issue heureuse de leur relation. Une nouvelle donnée extérieure à la négociation a très bien pu faire douter l'un des partenaires sur la viabilité ou l'intérêt intrinsèque du projet. Un nouveau partenaire a peut être fait irruption dans les négociations sans que l'autre partie ne se doute de rien et nécessite le recalcul de l'opération.

D. L'absence de fin : le contrat préparatoire à durée indéterminée

237. Le contrat préparatoire pourrait être à durée indéterminée théoriquement, mais nous déconseillons un tel usage du contrat préparatoire qui a pour vocation de préparer la conclusion d'un contrat futur. Il nous paraît impensable pratiquement d'être en présence d'un contrat préparatoire à durée indéterminée. Le climat de méfiance que pourrait entraîner un tel contrat serait néfaste à la préparation du contrat définitif, chaque contractant de ce contrat préparatoire à durée indéterminée ayant la possibilité

de rompre unilatéralement le contrat au moindre désaccord.

Le contrat préparatoire aura une date de fin, parfois non déterminée en tant que telle mais déterminable, ce sera un événement, des circonstances²⁰⁴ ou éléments en attente qui provoqueront la date de fin par exemple.

238. Les contrats préparatoires produisent des effets du même type que ceux des contrats ordinaires. La force obligatoire du contrat est la même pour tous les contrats, préparatoires ou non. Les obligations doivent être respectées par les parties. Les obligations s'éteignent lorsque leur objet est réalisé. Le contrat préparatoire a pour objet de préparer le contrat définitif, il devrait s'éteindre au moment de la conclusion de ce contrat définitif.

En pratique, certaines clauses ont vocation à perdurer au-delà de la conclusion du contrat définitif ou au-delà de l'échec des pourparlers, ces clauses sont à durée indéterminée pour certaines, quoique les juges aient tendance à réduire leur durée. Ce sont les clauses d'après contrat, d'après le contrat préparatoire. Ces clauses peuvent-elles être rattachées à la notion de contrat préparatoire ou sont-elles divisées du contrat préparatoire ?

239. Ces clauses sont exclues de la notion car elles ne préparent pas la conclusion du contrat définitif. Elles sont d'une grande utilité pour sécuriser la relation précontractuelle et post-contractuelle mais ne préparent pas la conclusion du contrat définitif. Elles s'intéressent aux côtés de la négociation afin de sécuriser la relation. Elles ne touchent pas le fond de la négociation. Elles servent à garantir la tranquillité et la bonne foi de la relation pendant et en dehors de la négociation.

240. Voici quelques unes de ces clauses que nous excluons.

Une clause de confidentialité aura pour objectif d'éviter que des éléments abordés au cours de la négociation ne soient divulgués. Une clause de non-concurrence ou de non exploitation aura pour but de restreindre la marge de manœuvre de la partie négociante ayant eu accès à une technologie inédite objet des pourparlers afin que celle-ci ne l'exploite pas en cas d'échec des négociations.

²⁰⁴ Soc. 24 mars 1958, JCP, 1958.II.10868, note J. CARBONNIER, à considérer que l'accord de principe est un contrat préparatoire comme l'affirme certains auteurs.

Ces clauses ont vocation à vivre au-delà de la conclusion du contrat définitif, elles ne préparent plus le contrat définitif, elles encadrent des éléments qui doivent être protégés une fois la négociation terminée. En règle générale, ces clauses sont intégrées au contrat définitif en cas de réussite de la négociation. Elles sont au contraire vouées à jouer un rôle important en cas d'échec de la négociation.

241. Comment considérer que ces clauses ne sont pas des contrats préparatoires si elles sont intégrées au sein de contrats dont toutes les autres clauses sont préparatoires du contrat définitif? Nous pensons que ces clauses sont distinctes du contrat préparatoire puisqu'elles ne produisent pas les mêmes effets, ce sont les seules à ne pas s'éteindre en cas d'échec de la négociation en théorie.

Nous précisons bien en théorie car il est possible de rédiger ces clauses de manière à leur donner un terme coïncident avec la fin des autres obligations du contrat préparatoire. La liberté contractuelle permet de nombreuses choses. Seulement le fait est que ces clauses n'ont souvent d'intérêt qu'au-delà de l'extinction des autres obligations, elles ne produisent l'effet voulu qu'à ce moment là.

L'exemple le plus flagrant concerne la clause de non-exploitation. Durant les négociations, les parties échangent des informations relatives à la mise en exploitation d'un produit ou d'une technologie. Il est évident que la partie intéressée par l'objet des négociations ne va l'exploiter durant les pourparlers car ils ont pour but d'établir un cadre juridique à cette exploitation. En cas d'échec de la négociation, cette partie déçue de ne pas avoir trouvée d'accord, possèdera les éléments nécessaires à l'exploitation du produit ou de la technologie, elle sera tentée de les utiliser. C'est à ce moment là qu'intervient la clause de non exploitation ou de non-concurrence. Elle permettra à l'entreprise victime de cette exploitation frauduleuse une cessation d'activité et, ou une compensation financière.

242. Le contrat reste cependant une unité, il n'est pas possible de dire que dans cet ensemble, tel clause est ou n'est pas une clause préparatoire.

Si ces clauses constituent elles-mêmes un contrat séparé du contrat principal préparatoire, il ne fera pas de doute sur le fait qu'elles ne sont pas préparatoires du contrat définitif. Sauf à étendre la jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à

conclure que l'anéantissement d'un contrat appartenant à un groupe contractuel entraînera la caducité des autres contrats²⁰⁵. Si le contrat préparatoire est anéanti, le contrat de confidentialité ou de non-concurrence le sera possiblement aussi, le second trouvant son origine dans le premier.

Si elles sont intégrées au contrat possiblement préparatoire, il faudrait savoir si l'on considère qu'une clause pourra modifier le régime du reste du contrat.

Les juridictions considèrent que le contrat est un tout indivisible. De même qu'un groupe de contrat touchant à la même opération pourra être considérée comme indivisible malgré la stipulation expresse d'une clause de divisibilité, les juges ayant décidé de prendre en compte l'économie générale de l'opération²⁰⁶ pour voir dans l'ensemble contractuel une indivisibilité contractuelle tacite²⁰⁷ réduisant ainsi un peu plus le terrain de l'autonomie de la volonté.

Les juges analysent les différentes clauses du contrat afin de déterminer s'il y a ou non indivisibilité des clauses sauf dans le cas où les parties auront précisé elles-mêmes les clauses déterminantes de leur consentement au contrat, ou le cas où le législateur a précisé que la nullité de la clause n'emporte pas nullité de l'ensemble du contrat, la clause sera alors « *réputée non-écrite* »²⁰⁸.

Nous préférons la divisibilité du contrat concernant les clauses d'après-contrat qui ont spécifiquement pour objet de perdurer au-delà de l'accord auquel elles sont annexées. Peu importe le motif de résiliation du contrat préparatoire ou d'annulation du contrat préparatoire, la confidentialité ou la non-concurrence doivent être maintenues compte tenu des informations qui ont été échangées durant les négociations.

243. Le contrat préparatoire cesse de produire ces effets à partir de la conclusion du contrat définitif. Afin d'éviter tout quiproquo, nous conseillons de réintégrer dans un acte séparé ou dans le contrat définitif, les clauses ayant vocation à perdurer au-delà du contrat préparatoire.

205 Com. 5 juin 2007, n°04-20.380, D. 2007. AJ 1723, obs. X Delpech ; RTD civ. 2007.569, obs. B. Fages ; JCP 2007, II.10184, obs. Y-M. Serinet.

206 Com. 13 février 2007, RTD civ. 2007.567, obs. B. Fages ; JCP 2007.II.10063, note Y-M. Serinet ; JCP E 2007, n° 23, 1702, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J-M. Bruguière.

207 Ch. Mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11.22.927.

208 J. KULLMAN, Remarques sur les clauses réputées non-écrites, D. 93, chr. 59 ; COTERREAU, la clause réputée non-écrite, JCP G 1993.I.3691 ; S. GAUDEMET, La clause réputée non écrite, th. Paris II, 2004.

244. Le contrat définitif conclu, le contrat préparatoire perd son intérêt. Il n'a plus de raison d'être. Les obligations du contrat préparatoire sont éteintes et laissent place aux obligations du contrat définitif nouvellement conclu.

245. La notion de contrat préparatoire trouvant une assise temporelle large au cours des négociations, en étant la majeure partie du temps une pause au cours de celle-ci, sans pour autant se limiter à des pourparlers antérieurs. Les contrats préparatoires ont une fin bornée par leur objet, objet qu'il faut alors détailler en trouvant des critères objectifs délimitant la notion.

Section II - Les critères objectifs délimitant la notion

246. Deux critères peuvent éventuellement délimiter ou limiter objectivement la notion de contrat préparatoire : l'objet des contrats préparatoires (Paragraphe 1) et la cause des contrats préparatoires (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - L'objet des contrats préparatoires

247. L'objet des contrats préparatoires, cette expression est souvent employée par la doctrine pour définir la notion de contrat préparatoire. Les contrats préparatoires sont :

- des contrats,
- ayant pour objet la préparation,
- du contrat définitif.

Ceci signifierait que l'objet du contrat préparatoire est la préparation. Cette expression mérite d'être explicitée.

248. L'objet du contrat et l'objet de l'obligation sont deux notions distinctes pour certains auteurs. Cette distinction est pratique mais n'est pas justifiée, par définition le contrat n'a pas d'objet, le contrat ne crée que des obligations. Seules les

obligations ont un objet. L'expression sert en réalité à mettre en parallèle l'objet du contrat avec la cause de ce dernier tout d'abord, mais aussi à mettre un terme qui expliquera l'opération juridique projeté au contrat. L'objet du contrat sera en général l'objet d'une des obligations du contrat, la prestation caractéristique du contrat, l'obligation caractéristique du contrat. Ce qui caractérise ainsi le contrat préparatoire sera la préparation d'un autre contrat, le contrat définitif.

L'article 1126 du Code civil définit l'objet du contrat comme une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner. La préparation du contrat est assimilable à une obligation de faire ou de ne pas faire selon le contenu des obligations du contrat. La préparation du contrat peut prendre divers aspects (A) qui devront être limités dans le respect de la logique juridique (B).

A. La préparation d'un contrat

249. Le contrat préparatoire est une étape de la négociation (1). L'objet du contrat préparatoire est la préparation d'un contrat impliquant une obligation de négocier (2), le contrat définitif (3) entre des parties identiques au contrat préparatoire et au contrat définitif (4).

1) Une étape

250. Le contrat préparatoire est une étape vers la préparation d'un contrat, le contrat définitif.

Le contrat préparatoire est une étape de la négociation, souvent un arrêt matérialisée de celle-ci et très rarement, l'élément déclencheur de la négociation²⁰⁹.

251. Le contrat préparatoire pourrait être assimilé au concept de la punctuation, concept allemand, selon lequel le contrat est élaboré point par point au cours de la négociation par une série d'accords partiels jusqu'à la formation du contrat définitif

209 Voir supra n° 220 et s.

complet. La punctuation oblige les parties à négocier le contrat dans cet accord, il s'agira du premier accord partiel défini par les parties au cours de la négociation. Les parties s'engagent à terminer leur négociation dans ce cadre. La punctuation renferme ainsi un contrat de négociation obligeant les parties à négocier de bonne foi et loyalement la suite de l'accord ainsi que l'accord partiel sur lequel les parties se sont déjà accordées. « *Mais il est bien entendu que, dans leur esprit, le contrat forme un tout indivisible, et qu'il ne sera conclu que lorsque les discussions futures auront abouti à une entente absolue sur tous les éléments*²¹⁰ ». Le contrat préparatoire est une figure proche de la punctuation, ou peut l'être, puisque certains auteurs assimilent les accords partiels à la notion de contrat préparatoire. Il encadre la négociation, mettant par écrit ce que les parties savent déjà, elles préparent le contrat définitif. Le contrat préparatoire peut contenir d'ores et déjà certaines clauses de l'accord définitif et marque la volonté des parties de continuer à préparer le contrat final, c'est en sens que les deux notions sont voisines.

Elles ne seraient se confondre cependant, les juridictions françaises ayant tendance à fondre le contrat préparatoire en contrat définitif lorsque les négociations ont échoué et que celui-ci contient suffisamment d'éléments. Les juridictions allemandes, soucieuses de sauvegarder l'autonomie de la volonté des parties à la punctuation n'ont jamais « *décidé que la punctuation valait conclusion du contrat en voie d'élaboration* »²¹¹. Le contrat préparatoire ayant vocation en théorie à être également totalement distinct du contrat définitif comme l'est la punctuation.

252. Les contrats préparatoires sont des contrats autonomes tout en étant une étape dans la construction du contrat définitif comme l'analyse justement le Professeur Collart-Dutilleul dans cette citation au sujet du contrat préparatoire à la vente d'immeuble : « *Ainsi perçoit-on la double finalité des contrats préparatoires. En eux-mêmes contrats véritables et autonomes, ils doivent être analysés comme tels. Mais il convient de ne pas oublier la dimension que leur confère le rôle d'étapes qu'ils jouent dans la formation d'un autre contrat : la vente* »²¹².

210 A. RIEG, La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p.599.

211 A. RIEG, *ibid*, p. 599.

212 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 11.

253. Tout comme dans la punctuation, l'obligation de négocier se retrouve au sein des contrats préparatoires car il semble difficile de diviser l'obligation de négociation avec l'obligation de préparation.

2) Une obligation de faire : l'obligation de négocier ou d'aménager la négociation

254. Les parties ayant conclu un contrat préparatoire souhaitent préparer un autre contrat. Le contrat préparatoire sert ainsi à marquer une étape au milieu des négociations dans un certain nombre de cas, mais le contrat préparatoire peut également intervenir hors du cadre des négociations comme nous avons pu le souligner précédemment. Le contrat préparatoire prépare le contrat définitif par différentes obligations de faire ou de ne pas faire essentiellement.

Parmi les obligations de faire, la première et la principale selon nous correspond à l'obligation de négocier, une obligation de faire, de discuter le contrat définitif.

255. Il est difficile d'imaginer que l'obligation de négocier ne va pas de pair avec la préparation du contrat définitif. L'obligation de négocier est le principe même de la préparation. C'est l'obligation principale dans le contrat préparatoire car comment préparer sans négocier.

256. La négociation peut prendre de nombreuses formes, il peut s'agir d'une simple discussion, première étape de toute négociation, le plus souvent dépassé au stade de la conclusion d'un contrat préparatoire mais peut être pas toujours. Les parties peuvent rapidement conclure un contrat préparatoire sans pour autant être certaines de vouloir conclure le contrat définitif, ce qui est le cas de la plupart des contrats préparatoires si l'on s'en tient au courant de pensée intégrant aussi bien les lettres d'intention que les promesses de contrat²¹³.

213 A. BENABENT et SERAGLINI entre autres.

257. La conclusion du contrat définitif reste lointaine, les parties s'assureront de la qualité de l'autre contractant, analyseront son sérieux, réfléchiront sur les conséquences d'un futur engagement de leur part. Les parties cherchent encore à se séduire l'un l'autre. Le contrat préparatoire n'est là que pour faciliter ce jeu de séduction contractuelle. Les parties ne savent pas encore si elles ont envi de sceller leur relation. Chacune apporte des arguments à la discussion.

258. Un autre aspect de la négociation, qui est au final, un autre temps de celle-ci, correspond au moment où les parties ont décidé de conclure le contrat définitif. Nous ne voulons pas dire qu'elles vont le conclure, mais elles sont convaincues de l'intérêt que représente leur future association. Il n'y a pas d'obligation de discussion au sein du contrat préparatoire, celle-ci participe de l'obligation de négocier, la discussion étant un outil de la négociation. Elles vont négocier étape par étape chaque clause du contrat. A ce moment là, elles sont très proches d'arriver au terme des négociations tout en étant relativement très éloigné. Les négociations de contrats finaux peuvent prendre des mois selon la complexité de l'affaire. Il n'est pas certain qu'un différend entre les parties au cours de la négociation des clauses ne mette pas un terme à l'ensemble des négociations. Ce moment obligatoire dans toute négociation est un moment de concession où les volontés de chaque partie se confronte et s'écoute, chacun essayant de tirer l'autre vers lui afin que le texte final évolue dans le sens qui lui est le plus favorable. Le contrat définitif apparaît au fil des réunions et des accords. Ce contrat définitif, les juges auront tendance à le considérer comme valide avant même la fin de sa discussion et de sa conclusion alors que les parties n'en auront pas terminé la rédaction lorsque les éléments essentiels auront été discutés et qu'il ne subsistera des désaccords uniquement sur des points secondaires²¹⁴.

259. Les parties au contrat préparatoire ont une obligation de résultat en ce qui concerne l'obligation de négocier. La négociation entre parfaitement dans le cadre de la préparation du contrat final.

214 Cass. Com. 28 février 2006, n° 04-14719, RLDC, n°35, p.32, obs. J. Mestre et B. Fages.

260. Au cours de la négociation, comme nous venons de le voir, les parties devront se mettre d'accord afin de parvenir à un accord. La notion de concertation est à rapprocher et à différencier de la négociation. La négociation va de paire avec la concertation alors que cette dernière peut très bien exister sans la négociation. La concertation est une « *recherche en commun, par les personnes dont les intérêts sont convergents, complémentaires ou même opposés, d'un accord tendant à l'harmonisation de leurs conduites respectives. De la concertation, le Droit ne saisit que les formes depuis le simple dialogue jusqu'à la négociation la plus complète, ou le résultat, consensus, concert des participants* »²¹⁵. La concertation permet le rapprochement de personnes afin d'établir un dialogue sur une problématique commune, elle a pour but de laisser les personnes s'exprimer, chaque participant donnant son opinion sur le sujet, le but étant de dégager un consensus. La concertation est en général ordonnée par un commanditaire qui souhaite connaître différents points de vue sur une thématique alors que la négociation réunit deux personnes qui souhaitent potentiellement travailler ensemble. L'approche est différente même si sur le fond la technique est juxtaposable.

De par la proximité des deux notions, les parties au contrat préparatoire doivent se concerter autant qu'elles doivent négocier le contrat définitif. Ces deux obligations de faire se mêlent au sein du contrat préparatoire. L'une prenant l'ascendant sur l'autre puisque la notion de négociation est par définition large²¹⁶.

261. Le Professeur Collart-Dutilleul adopte une conception restrictive du contrat préparatoire à la vente d'immeuble -qu'il oppose aux contrats de pourparlers- en ne retenant que les conventions qui ont pour but de préparer un autre contrat²¹⁷. L'objet du contrat de pourparlers est de définir les obligations entourant la négociation du contrat, ce contrat ne s'intéresse pas à comment amener les parties à conclure le contrat projeté, il cherche à mettre les parties dans de bonnes dispositions pour pouvoir le faire en rappelant les principes de bonne foi et de loyauté. C'est pour cela que le Professeur Collart-Dutilleul considère que les contrats de pourparlers ne font pas partie des contrats préparatoires à la vente d'immeuble, il ne prépare pas la vente d'immeuble, ils ne font

215 G. CORNU, Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF p. 193.

216 G. PUIG, *La notion de négociation*, Mémoire, Montpellier, 2009.

217 Sur la confirmation de cette idée, voir J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, L'acte juridique, 13^e éd., Sirey, 2008, p. 117.

que préparer les négociations. L'auteur rejette ces contrats là de son étude uniquement les estimant inadaptés à la vente d'immeuble. Cependant, il considère que ces contrats font partie de la catégorie plus large des contrats préparatoires.

Nous pouvons considérer que les contrats préparatoires intègrent toutes les conventions qui ont pour but de préparer un autre contrat. Et c'est bien dans le terme de préparer que ce jouera le premier filtre. Suivant ce que l'on entendra par préparer, à quel point on considèrera que tel ou tel évènement prépare un autre contrat, que ce soit directement ou indirectement, nous ferons entrer plus ou moins de contrat dans la notion. C'est toute la difficulté du sujet. Réfléchir à ce qui peut composer la notion de contrat préparatoire tout en essayant de lui faire garder un sens.

262. En empruntant le courant maximaliste, concernant la notion de préparation, nous pourrions envisager que tout ce qui permet directement ou indirectement de conduire les parties vers le contrat définitif est constitutif d'un contrat préparatoire.

Ainsi nous pouvons citer parmi les obligations indirectes aidant à la préparation du contrat projeté, l'obligation de bonne foi prépare les parties à être honnête entre elles et agir communément dans l'intention de clore les négociations, ou l'obligation de tenir des réunions hebdomadaires entre les parties aura pour objectif d'obliger les parties à se voir et à avancer de ce fait vers le contrat définitif. Ces obligations participent au déroulement de la négociation, elles préparent un terrain favorable à la conclusion du contrat définitif.

263. Plus directement, un contrat qui posera quelques éléments du contrat projeté sera préparatoire de ce dernier, tel un accord partiel par exemple. Il protégera les points sur lesquels les parties à la négociation se sont accordées et permettra de préparer les suivants sans rediscuter ces points acquis. Tout contrat obligeant les parties à reprendre ou à poursuivre la négociation du contrat futur préparera ledit contrat.

264. Le contrat préparatoire est une étape dans la formation d'un contrat, le contrat définitif. Il joue ce rôle d'étape uniquement s'il lui manque quelque chose afin de le distinguer du contrat définitif. Cet élément manquant peut être un élément essentiel

ou accessoire du contrat définitif avec les dangers que cela peut avoir.

3) La préparation du contrat définitif

265. « *Les contrats préparatoires ont pour but d'aménager une situation juridique qui doit garantir la sécurité des parties durant la période antérieure à la réalisation du contrat définitif* »²¹⁸. Le contrat préparatoire a une vocation de garantie, la garantie de la sécurité des parties durant la période précédant la réalisation du contrat définitif. Cette garantie est obtenue par le biais des différentes obligations mises à la charge des parties. Mais ce n'est qu'une garantie psychologique, le contrat préparatoire ne peut garantir le contrat définitif. Ce n'est que la garantie de l'avancée des négociations si celui-ci est conclu dans le cadre d'une négociation.

266. Dans l'esprit des parties, le contrat préparatoire se distingue du contrat définitif. Il manque un élément *a minima* pour que ceux-ci considèrent que le contrat définitif soit conclu. Cet élément peut être un élément accessoire à la validité du contrat mais que les parties auront érigé en élément essentiel à leur consentement à l'acte définitif.

Pour Monsieur Lassoued, le contrat préparatoire ne peut contenir d'élément essentiel, sans quoi il vaudrait contrat définitif. Le contrat préparatoire a pour objet la préparation de ces éléments essentiels²¹⁹.

267. Le contrat préparatoire prépare le contrat définitif. La déterminabilité du contrat définitif pose la question de savoir si le type de contrat définitif doit être précisé au sein du contrat préparatoire. Les parties peuvent-elles préparer un contrat sans savoir lequel ? Le contrat doit-il prévoir quelques indications concernant le contrat définitif ?

Le contrat préparatoire n'a pas pour vocation de bloquer les parties dans les négociations, bien au contraire, il doit les aider à préparer le contrat projeté. Obliger les parties à déterminer ou à rendre déterminable le contrat définitif semble réducteur de

218 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 127

219 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 56.

l'utilité de ces contrats. Il est très probable qu'au moment de rédiger le contrat préparatoire, les parties aient au moins une certaine idée de ce sur quoi va porter le contrat final, excepté le cas où le contrat préparatoire a été rédigé en dehors de toute négociation bien évidemment. Le contrat préparatoire ayant pour but de préparer ce contrat, selon que l'on intègre ou non à la notion les contrats de négociations, le contrat définitif pourra ne pas être déterminé absolument dans le contrat préparatoire, ce que confirme le Professeur Mousseron « *la détermination assurée ou, tout au moins, possible de la chose et du prix, condition de validité du contrat définitif n'est pas requise pour celle des contrats préparatoires* »²²⁰. Il deviendra déterminable grâce à l'exécution du contrat préparatoire, directement ou indirectement. Ce sera durant cette exécution que les parties détermineront les éléments du contrat définitif.

268. Nous pouvons prendre l'exemple du contrat-cadre de distribution qui est un contrat préparatoire pour Messieurs Mousseron, Guibal et Mainguy. Celui-ci rend précisément le contrat définitif très déterminé. Il prépare les modalités de conclusion des contrats d'application future qui sont de ce fait dénommé dans le contrat préparatoire, il s'agira en général de ventes successives. Le contenu des contrats d'application sera également souvent déterminé à l'avance, de même que les conditions de formations de ces contrats, voire même leur régularité. Le contrat-cadre, en tant que contrat préparatoire, préparera bien dans ces conditions, les contrats définitifs, les contrats d'application.

269. Le contrat définitif reste un contrat, réunissant le consentement des parties à la négociation. Les contrats préparatoires ont pour fonction de contractualiser et donc d'organiser cette rencontre de volontés : ils permettent diverses choses telles que la possibilité pour une partie qui veut absolument conclure une convention de s'assurer une priorité au cas où l'autre se déciderait à contracter, ou bien ils organisent les négociations de la convention envisagée ou bien encore ils permettent à une partie qui hésite à finaliser l'accord de bénéficier d'un délai de réflexion pendant lequel l'autre partie ne peut théoriquement pas se rétracter. Ces contrats permettent d'assurer et de faciliter la conclusion d'un accord envisagé.

220 J.-M. MOUSSERON, à propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973, chr. P. 198.

4) Une identité de parties

270. Les parties aux contrats préparatoires devraient être les mêmes que celles aux contrats définitifs.

L'intérêt du contrat préparatoire, mais aussi l'objet du contrat préparatoire, est de préparer le contrat définitif. Celui-ci implique donc une obligation de faire qui sera *a minima* une obligation de négocier.

Messieurs²²¹ Mousseron, Guibal et Mainguy évoquent dans leur ouvrage le contrat préparatoire en titre d'une partie : « *les contrats conclus entre les parties à la négociation : les contrats préparatoires* ».

271. Certains contrats préparatoires pour la doctrine ne peuvent engager les tiers et de ce fait nous conduisent à penser qu'une identité de parties est nécessaire.

En effet, les lettres d'intention et les engagements d'honneur que nous avons exclus, engagent les auteurs contractuellement et dans une relation définitive en cas de contentieux, les juges ayant tendance à considérer que ces pourparlers contractuels sont des contrats définitifs et non des contrats préparatoires. Mais en imaginant que les juges considèrent dans le futur que ces écrits sont des contrats préparatoires, l'efficacité de la sanction serait nulle.

Plus évidemment, un contrat-cadre conclu entre deux personnes ne pourra avoir d'effet sur des contrats d'application conclus entre des parties autres que celles du contrat-cadre si celui-ci contient une obligation de conclure les contrats d'application suivant, la stipulation pour autrui étant inefficace. Un pacte de préférence ne pourra valoir pour autrui, etc...

272. Un autre élément pourrait appuyer notre théorie selon laquelle les contrats préparatoires et leurs contrats définitifs devraient avoir les mêmes parties. Le contrat préparatoire est rattaché au contrat définitif une fois celui-ci conclut. Ils pourraient

²²¹ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MANIGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001.

former un ensemble contractuel²²². L'ensemble contractuel permet de lier une série d'actes distincts à une opération économique unique. L'ensemble des contrats de l'opération forment un tout, un ensemble non divisible parce qu'ils ont des traits communs, notamment les personnes qui les concluent ou les exécutent ou encore par l'objectif auquel elles concourent ce qui est le cas du contrat préparatoire et de son contrat définitif. Les personnes concluant le contrat préparatoire et le contrat définitif doivent être les mêmes pour être qualifiés d'ensemble contractuel. Si seulement cette qualification était spécifique de cette opération contractuelle, le contrat préparatoire précédant le contrat définitif.

Cet argument reste fragile car nous doutons du fait que le contrat préparatoire et le contrat définitif forme réellement un ensemble contractuel, un point exclut cette qualification, le contrat préparatoire et le contrat définitif sont deux contrats successifs et non simultanés alors que les ensembles regroupent des contrats nés au cours de la même opération, dans un même temps.

273. Certaines limites existent ou devraient exister pour légitimer l'existence de la notion de contrat préparatoire. La préparation recouvre tant d'aspect que les contrats préparatoires peuvent correspondre à tout contrat. Que ce soit les notions de contrats nommés ou innommés, au contrat à titre ou à titre onéreux, aucune d'elles ne pourraient contenir la notion de contrat préparatoire.

274. Les contrats préparatoires sont le plus souvent à titre gratuit, ne faisant que guider les négociations, mais ils peuvent aussi être à titre onéreux demandant à l'une des parties de fournir une prestation préalable à l'accord définitif. Ils peuvent être nommés entrant dans les catégories connues du Code civil telles que les contrats unilatéraux ou synallagmatique ou être innommés telles le contrat-cadre ou la lettre d'intention au sens anglo-saxon du terme. Ils peuvent être unilatéraux, la promesse unilatérale de contrat est un contrat préparatoire pour la doctrine classique de la notion, tout comme ils peuvent être synallagmatiques, ce sera le cas pour la majeure partie des contrats préparatoires tout de même.

Presque tout contrat peut être un contrat préparatoire si l'on s'en tient à une

²²² Arrêt de principe définissant l'ensemble contractuel : Cass. Civ. 1ere, 13 novembre 2003, n°02-10.229.

vision trop large de la notion. Le contrat préparatoire ne sera qu'un contrat affublé de l'adjectif préparatoire. Des limites s'imposent d'elles-mêmes.

B. Les limites à l'objet du contrat

275. Plusieurs limitations de l'objet des contrats préparatoires sont envisageables. Tout d'abord en ce qui concerne les personnes au contrat préparatoire (1), toutes les personnes peuvent-elles être parties au contrat préparatoire ou faut-il qu'il y ait une concordance entre les parties au contrat préparatoire et les parties au contrat définitif ?

La préparation recouvre de nombreux aspects comme nous avons pu le voir précédemment mais un contrat préparatoire qui ne ferait que retarder la conclusion du contrat définitif n'aurait que peu de chance d'être considéré comme tel par les tribunaux, car ceux-ci considéreraient que le contrat préparatoire est le contrat définitif. Retarder le contrat définitif est-ce préparer (2) ?

La préparation engendre l'obligation de négocier le contrat définitif, puisque même si ce n'est pas écrit clairement dans les obligations du contrat préparatoire, les négociations ont pour objectif d'aboutir au contrat projeté. Il est possible que certaines obligations s'opposent à l'idée même de la préparation, l'obligation de conclure le contrat définitif entre autre (3). Un contrat n'explicitant pas clairement cette obligation de négocier le contrat définitif pourra-t-il être considéré comme un contrat préparatoire (4) ?

1) Les contrats conclus avec les tiers

276. Une limitation de l'objet des contrats préparatoires doit être réalisée.

277. La préparation implique de négocier le contrat. Une première limite est à réfléchir, celle des parties à la négociation.

278. Deux types de personnes peuvent négocier le contrat, les négociateurs contractants, qui sont parties aux négociations et qui souhaitent devenir parties au contrat définitif, et les négociateurs non contractants, qui ne sont là que pour aider à négocier le contrat définitif sans jamais tendre à devenir contractant de ce futur contrat.

La seconde catégorie de personne n'accomplit qu'une « *série d'actes matériels, préparatoires à (donc distinct de) la conclusion du contrat proprement dite* »²²³. Il n'est contestable pourtant que ces personnes négocient le contrat, elles préparent la conclusion du contrat final de cette manière.

L'intégration du contrat d'entreprise, conclu entre ces personnes et au moins l'un des négociateurs contractants, au sein de la notion de contrat préparatoire est une question qui mérite réflexion.

279. Le contrat d'entreprise prendra la forme d'un contrat de courtage ou d'un contrat de conseil principalement, où les négociateurs non contractants n'ont pas le pouvoir d'engager les négociateurs contractants

Le contrat d'entreprise sera remplacé par un contrat de mandat lorsque l'on souhaitera que les négociateurs non contractants engagent les parties. Ces mandataires disposent du pouvoir d'agir au nom et pour le compte du représenté, ce qui signifie qu'ils peuvent engager les négociateurs contractants par leurs actes. Définition classique du contrat de mandat.

280. Le Professeur Jean-Marc Mousseron limite les contrats préparatoires aux contrats conclus entre les parties aux contrats définitifs. Il convient pour lui d'écarter ces conventions qui sont appelées des avant-contrats mais ne sont pas des contrats préparatoires. La finalité des contrats préparatoires est la conclusion du contrat définitif.

281. Ainsi, suivant le courant de pensée suivi, ces contrats seront ou non des contrats préparatoires.

282. Effectivement, les devis, les contrats d'études, les contrats de représentation et de courtage sont utiles à la conclusion du contrat définitif.

²²³ O. DESHAYES, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p 44.

283. Leurs conclusions n'apportent aucune sécurité à la négociation, les parties ne se trouvent pas engagées entre elles pour parvenir à un accord final. Les contrats ainsi conclus le sont entre l'une des éventuelles parties au contrat définitif et un tiers, la partie ne pourra jamais continuer la relation dans le contrat définitif. Leur relation est définitive dès la signature du contrat, il n'y a pas lieu d'attendre plus de leur relation.

284. Mais ces contrats peuvent tout de même réellement servir de base à la conclusion du contrat définitif et parfois engager les contractants, c'est à ce titre qu'il est intéressant de s'assurer de leurs appartenances ou de leurs non appartenances aux contrats préparatoires. Le contrat conclu avec le tiers négociateur par l'une des parties au contrat définitif projeté est-il un contrat préparatoire ?

285. Afin de s'assurer de la pertinence de nos propos et de décider de leurs sorts, une analyse de ces différents contrats semble nécessaire afin de pouvoir les exclure définitivement.

- **Les contrats de représentation**

286. Les contrats de représentation sont multiples. « *Ils permettent à une personne, le représentant, de négocier et éventuellement conclure un contrat pour le compte du représenté avec un tiers* »²²⁴. Les auteurs de cette citation distinguent ensuite deux contrats de représentation, le contrat de mandat et le contrat de commission.

287. Le contrat de mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne mission à une autre, le mandataire, afin de conclure des contrats en son nom et pour son compte. Il est défini par l'article 1984 du Code civil « *le mandat ou procuration est l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

²²⁴ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 267.

288. Le contrat de commission est le contrat par lequel une personne, le commettant, donne mission à une autre, le commissionnaire, afin de conclure des contrats pour son compte mais en son nom, c'est-à-dire celui du commissionnaire.

289. Nous pensons pouvoir inclure parmi les contrats de représentation le contrat de courtage également qui se rapproche des deux autres.

Le contrat de courtage est le contrat par lequel une personne, le courtier, sert d'intermédiaire à une opération projetée par une personne ou plusieurs personnes. Il a pour tâche de trouver la chose manquante à son prescripteur, que ce soit une véritable chose ou une personne. Ce contrat permet au courtier de représenter son client auprès d'autres personnes, il peut n'avoir pour mission que de rapprocher deux personnes ou de trouver une chose pour une personne mais il peut également être amené à négocier au mieux pour son client, une fois la négociation terminée, il s'effacera de l'affaire, se différenciant ainsi du commissionnaire ou du mandataire qui auront la capacité juridique de conclure le contrat avec le tiers.

290. L'exclusion des contrats préparatoires conclus avec les tiers au contrat définitif au sein de la notion de contrat préparatoire nous paraît nécessaire étant donné l'absence d'unité que cela crée, quoique l'idée puisse parfois être défendable. La représentation permet parfois la conclusion du contrat définitif suffisamment directement pour pouvoir l'intégrer à la notion malgré que les parties au contrat préparatoire ne soient pas les mêmes que lors de la conclusion du contrat définitif.

291. Le contrat de commission est celui dont le sort est le plus simple à tracer. Il ne permet pas la conclusion du contrat entre le commettant et le futur contractant mais entre le commissionnaire et ce nouveau contractant, il n'y a donc pas de relation contractuelle directe entre le commettant et le nouveau contractant. Le contrat définitif et le contrat préparatoire n'unissent pas les mêmes personnes. Il est dur de voir un lien préparatoire entre la conclusion du contrat préparatoire et la conclusion du contrat définitif. Il y a interposition de personne entre le commettant et le nouveau contractant. Le commissionnaire reste au centre de la relation. Le contrat de commission n'est pas

un contrat préparatoire.

292. Le contrat de courtage n'ayant que pour mission principale l'entremise, aide à la possible conclusion du contrat définitif entre les parties qu'il aura rapproché, mais sans garantie aucune. Le contrat de courtage prépare surtout les négociations à venir entre les personnes, l'une d'elle souhaitant conclure un contrat avec une personne précise, le contrat de courtage permettra vraisemblablement de conclure plus facilement un contrat futur définitif entre ces deux parties car le premier contractant aura sélectionné un potentiel futur cocontractant²²⁵. Le contrat de courtage augmente fortement les chances de conclure le contrat définitif de ce fait, d'autant plus si la personne ayant sollicité le courtier se positionne en tant que demandeur sur un produit plus que sur l'intuitu personae du futur cocontractant. En ce sens, nous pourrions admettre ce contrat en tant que contrat préparatoire dans une conception expansive de la notion. Il est cependant aussi possible de considérer que le contrat de courtage ne permettra pas de conclure un contrat définitif mais il permettra essentiellement de préparer les négociations à venir, donc il préparera un contrat préparatoire futur plus que le contrat définitif, c'est un pré-contrat préparatoire si l'on peut dire. De ce fait, le contrat de courtage sera exclu à son tour de nos propos, il n'est pas un contrat préparatoire, il participe à la conclusion du contrat préparatoire seulement.

293. Pour finir, le contrat de mandat permet la conclusion du contrat définitif. Le mandataire a la capacité juridique de conclure au nom et pour le compte du mandant le contrat projeté. Il participe de cette manière activement à la conclusion du contrat définitif. Le contrat de mandat joue un rôle préparatoire en assignant au mandataire sa mission. Le mandataire s'effaçant ensuite de la relation, celui-ci aura bien préparé le contrat définitif, en le négociant possiblement suivant la teneur de son contrat de mandat. Si nous considérons que le mandataire a préparé le contrat projeté en respectant l'obligation de négocier du contrat préparatoire, le contrat de mandat pourrait être un contrat préparatoire. Le mandataire disparaît de la relation contractuelle unissant le mandant et l'autre partie au contrat définitif, le contrat de mandat a servi de contrat préparatoire à la conclusion du contrat définitif entre le mandant et l'autre partie, le

²²⁵ A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 146 et s. sur le courtage matrimonial.

mandataire n'a jamais eu vocation à intervenir pour lui-même, il est une émanation de son mandant et de ce fait, l'on pourrait y voir une similitude de parties entre le contrat préparatoire et le contrat définitif, le mandataire s'étant effacé.

Il faudra cependant que le contrat de mandat mentionne dès sa conclusion, l'autre partie aux négociations et que celle-ci accepte, afin que les parties au contrat préparatoire soit les mêmes que celles au contrat définitif. Le mandataire doit négocier avec telle personne pour le compte et au nom de son mandant la conclusion d'un contrat projeté. Ce qui signifie que si le mandat ne désigne pas spécifiquement un futur cocontractant, que la mission du mandataire est également de trouver un futur cocontractant, le contrat de mandat ne pourra être considéré comme un contrat préparatoire faute d'une identité de parties au contrat préparatoire et au contrat définitif.

294. Au final, plusieurs éléments rentrent en compte. Le fait que le tiers puisse conclure le contrat définitif, il aura dans ce cas une vraie action directe dans la préparation du contrat définitif. Le fait que ce dernier puisse négocier le contrat projeté, puisque dans le cas contraire son action se limitera à conclure un contrat selon les ordres de son prescripteur. Il n'aura pas participé à la préparation. Nous ne pouvons pas considérer que la conclusion soit un acte préparatoire, si le mandataire n'a pas le pouvoir de négocier le contrat projeté, il ne nous semble pas envisageable de rattacher le contrat de mandat à la notion de contrat préparatoire.

295. Il y a donc lieu de distinguer entre les contrats de représentation permettant de négocier le contrat projeté et les autres.

Les contrats ne permettant pas de négocier le contrat final ne seront pas des contrats préparatoires.

Les contrats de représentation permettant de négocier le contrat définitif prépareront évidemment le contrat final mais il faudra à nouveau distinguer entre les contrats donnant le pouvoir de conclure le contrat définitif et les autres, c'est-à-dire entre le contrat de mandat, le contrat de commission et le contrat de courtage.

Le contrat de mandat a pour objet la signature du contrat projeté, donc s'il permet en outre de négocier ce contrat, il préparera au même titre le contrat définitif que si cela avait été le mandant qui l'avait négocié. Le résultat sera le même, le mandant

sera engagé dans le contrat final.

Le contrat de commission a pour objet la signature du contrat projeté également, la nuance étant au niveau des parties contractantes au contrat final, celui-ci conclut le contrat en son nom pour le compte d'autrui. Le commettant disparaît de la relation contractuelle finale, le contrat lui est profitable mais il est anonymisé derrière son commissionnaire. Il n'y a pas identité de parties.

Le contrat de courtage n'a pour objet la conclusion du contrat projeté par définition. Il n'est pas un contrat de représentation au sens juridique du terme. Il a pour objet le rapprochement des parties, il agit pour les deux parties. Le contrat n'est définitif qu'après l'accord des deux parties, ce qui explique qu'il ne participe que très indirectement à la préparation du contrat définitif. Il aide deux personnes ayant des intérêts d'affaires à se rencontrer. Il ne négocie souvent pas le contrat. Ce contrat de courtage ne semble pas pouvoir faire partie des contrats préparatoires.

296. Pour conclure ces développements, nous pensons que seul le contrat de mandat peut éventuellement être considéré comme un contrat préparatoire si nous acceptons le fait que les parties au contrat préparatoire ne peuvent pas être les mêmes que les parties au contrat définitif. L'importance est que le contrat préparatoire permette la préparation du contrat définitif, que celui-ci soit négocié et qu'il ne reste qu'à le conclure pour terminer les négociations.

- **Les contrats d'étude préalable**

297. Une étude peut être le préalable « *à la conclusion d'un contrat, (...) elle a pour objet l'information de l'un des partenaires à la négociation en vue ou bien de la négociation elle-même (...) ou de la conclusion du contrat* »²²⁶.

Ce contrat d'étude préalable prendra la forme d'un contrat de louage d'ouvrage²²⁷ plus communément appelé contrat d'entreprise.

Il nous semble aisé d'imaginer l'importance que revêt ce type d'accord dans la

226 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 250.

227 Article 1787 à 1799-1 du Code civil.

conclusion du contrat projeté par les parties commanditaires de ces études. Ces études ont un impact très fort sur le consentement au futur contrat ou sur la poursuite des négociations.

298. Ces contrats laissent eux aussi s'introduire des tiers au sein de la négociation entre les parties, cette intrusion est en fait réalisée sous forme d'invitation. Les parties sont désireuses de voir ce tiers donner son avis. Ordonné par l'une ou les deux parties, ces études préalables se font parfois en dehors de tout contexte contractuel entre les parties à la négociation. Ceux-ci n'ont justement pas conclu de contrat préparatoire et ont conclu un contrat d'étude préalable avec un tiers. A l'issue de ce contrat, les parties pourront conclure le contrat définitif discuté jusque là mais non formalisé. Le contrat d'étude préalable prépare ainsi le contrat définitif indirectement voire directement lorsqu'il porte sur un élément essentiel, ce qui est souvent le cas, du contrat projeté.

299. Les contrats d'études préalables prennent généralement la forme de contrats d'études techniques, ils peuvent avoir diverses natures telles que les études de pré-investissement qui ont pour objet de « *fournir au maître de l'ouvrage potentiel les éléments d'information lui permettant de décider d'une part s'il y a lieu d'investir dans une réalisation industrielle et d'autre part de déterminer la nature, l'ampleur et la localisation de cette réalisation* »²²⁸, les études d'opportunités et les études d'impact dont le but est « *d'identifier les possibilités d'investissement et de prévoir les conséquences de ces investissements* »²²⁹, les études de faisabilité dont l'objet est de « *fournir au maître des ouvrages les renseignements qui lui sont nécessaires pour décider de la réalisation du projet et de l'investissement à consentir* »²³⁰.

300. Ces contrats se situent souvent en amont de toute négociation, les études techniques étant réalisées pour savoir si une négociation est utile. Ceux-ci sont préparatoires de la négociation mais encore très éloignés du contrat définitif. Il ne nous

228 Contrats internationaux, sous la dir. De H. LESGUILLONS. Lamy, 7-171.

229 Ibid, 7-172.

230 Ibid, 7-173.

semble pas acceptable de les rattacher à la notion de contrat préparatoire²³¹ car ceux-ci ne contribuent pas à la négociation directe du contrat définitif, ils ne précisent qu'un élément de la négociation. Les acteurs de l'étude sont parties d'un contrat à part et ne connaîtront jamais les détails du contrat définitif. Ils n'ont aucun pouvoir de négociation sur le contrat définitif, il prépare indirectement le contrat définitif, voilà pourquoi ils en sont exclus.

- **Le devis**

301. Le devis peut être défini comme « *un état généralement détaillé d'ouvrages ou de travaux à exécuter, avec indication des prix, soit par nature de travail ou corps d'état, soit à forfait* »²³². Le devis est en principe facultatif²³³. Les devis décrivent généralement l'objet et le prix du contrat principal.

302. Bien que proche dans l'esprit des gens, la jurisprudence établit une distinction nette entre le contrat d'étude technique préalable et le devis²³⁴. La jurisprudence constante pose le principe selon lequel aucune rémunération n'est due à l'entrepreneur ayant établi un devis lorsque le contrat définitif n'est pas conclu finalement²³⁵ sauf stipulation contraire²³⁶. Le devis reste modifiable par les parties lors de la conclusion du contrat définitif, il ne s'agit que d'une estimation qui peut évoluer en fonction du délai écoulé entre son établissement et le moment de la signature du contrat définitif, par exemple en raison des coûts de matières premières ayant augmenté. C'est pourquoi les entrepreneurs définissent fréquemment une date limite à la validité de leur

231 Pour confirmer ce point : M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 267 : le contrat d'étude technique préalable n'est pas un avant-contrat « bien qu'il se situe dans la phase des pourparlers précédant la conclusion du contrat principal ». Contra J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, n° 749, p. 257 : cet auteur considère que le contrat d'étude préalable est un avant-contrat.

232 G. CORNU, Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, P.U.F 1987.

233 Civ. 23 octobre 1945, D.46.19.

234 Paris, 23e ch. 21 février 1980, Juris.data n° 103 ; Paris 16e ch. 12 juillet 1982, Juris.data n°25902.

235 Cass. Civ. 3^{ème}, 9 février 2011, n° 10-10.264, « il est d'usage constant en matière de construction et de rénovation immobilières que les devis sont gratuits, sauf stipulation contraire ».

236 Les conditions du services après-vente de Darty indique clairement sur le site : « Si vous le souhaitez, un devis à domicile peut être établi au préalable pour un montant de 74 euros ». Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mai 1996, n° 94-16.930, sur la stipulation de gratuité du devis.

devis au delà de laquelle ils peuvent discrétionnairement décider de réaliser les travaux conformément au devis ou le refuser.

303. Le devis peut donc prendre diverses formes suivant sa rédaction, partant d'une simple invitation à poursuivre les pourparlers, à une offre, une promesse unilatérale de contracter. Lorsque le devis comporte pour son destinataire une obligation de paiement, celui-ci correspond à un contrat synallagmatique se rapprochant du contrat d'étude (ou devenant un réel contrat d'étude).

304. Le devis correspond le plus souvent à une offre de contrat ou à une promesse unilatérale de contrat. L'acceptation ou la levée de l'option dans le délai entraînant conclusion du contrat définitif, l'exemple typique du devis sera celui où un encadré est réservé à la signature du futur contractant portant la mention « *bon pour accord* » et suffisant à formaliser l'accord définitif. La particularité du devis est qu'il peut être considéré comme étant un contrat à titre gratuit entre l'entrepreneur et le demandeur du devis. L'entrepreneur ayant été sollicité par un client potentiel, il exécutera sa prestation de chiffrage pour le client. Le consentement au contrat définitif du client potentiel dépendra de l'exécution de ce contrat de fourniture de devis. Le devis prépare le contrat définitif, il participe à la rédaction du contrat définitif, celui-ci restera bien entendu négociable avant la conclusion du contrat définitif mais il posera la base de la future relation. En ce sens, le devis est un contrat préparatoire du contrat définitif.

305. Cette partie de notre étude porte sur les contrats conclus avec les tiers mais le devis peut aussi bien être conclu avec un tiers au contrat définitif, qu'avec l'un des futurs contractants de ce futur contrat.

306. L'analyse du contrat de fourniture de devis à titre gratuit²³⁷ apportera plus que celui du devis lui-même, qui est un document correspondant à l'exécution de l'objet du contrat de fourniture de devis.

237 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 254 : « Le contrat d'entreprise échappe à l'exigence de détermination du prix, sa fixation offre une grande palette de modalités de fixation. En l'absence de clause, l'étude semble devoir être gratuite ».

L'objet du devis ne correspondant qu'à une partie d'une opération plus vaste, l'auteur du devis ne sera pas partie du contrat définitif. Ce sera le cas, par exemple, d'un promoteur qui fera réaliser des devis par des sous-traitants et conclura ensuite un contrat de crédit avec un établissement bancaire qui financera l'opération et s'occupera de sa commercialisation. Le devis préparera le contrat définitif mais dans une moindre mesure. L'auteur de ce devis ne sera pas partie au contrat définitif avec la banque ou les futurs acquéreurs.

307. L'objet du devis peut correspondre à l'objet du contrat définitif, celui-ci permettra alors d'asseoir la négociation dans un cadre plus ou moins serré. Dans ce cas là, le plus répandu, l'auteur du devis sera aussi contractant du contrat définitif potentiel. Il ne sera pas tiers au contrat définitif mais bien l'un des deux parties. Le devis préparera le contrat définitif puisqu'il s'agira de poser les éléments essentiels du contrat projeté, toutes les conditions seront en général établies dans ce devis et permettront à l'autre partie de consentir au contrat si elle le souhaite sans négocier le contrat définitif ou en le négociant. Le contrat de fourniture aura bien pour objet la préparation du contrat définitif et concernera les mêmes parties aux deux contrats.

308. Au final, le contrat à titre gratuit de fourniture de devis ne peut pas être assimilé à un contrat préparatoire lorsque celui-ci est réalisé par un tiers au contrat définitif respectant la logique de nos propos précédents. Cependant, un contrat à titre gratuit de fourniture de devis pourrait être considéré comme un contrat préparatoire, malgré le fait qu'il ne l'ait jamais été par la doctrine, lorsque les mêmes parties concluront le contrat à titre gratuit de fourniture de devis et le contrat définitif portant sur ce devis. En effet, il y aura alors identité de parties entre les deux contrats, le contrat à titre gratuit de fourniture de devis sera négociable comme tout contrat préparatoire et il préparera bien le contrat définitif dont il est un préalable vital.

309. D'autres questions restent en suspens afin de limiter la notion.

2) Retarder est-ce préparer ?

310. Avec le contrat préparatoire, le but poursuivi est non pas de retarder mais de préparer sinon d'accélérer le processus d'entente. Cependant, il est possible de considérer que le fait de retarder la conclusion du contrat est tout de même un moyen de préparer la conclusion du contrat définitif dans le sens où sans cette faculté de retarder l'accord de volontés des parties, le contrat ne pourrait être conclu. L'une des parties souhaite maîtriser ce moment et en fait la condition de formation du contrat définitif.

311. Un contrat qui aurait pour effet de retarder la conclusion du contrat définitif est-il un contrat préparatoire ? Retarder un contrat peut signifier que le contrat a déjà été négocié par les parties. La préparation implique une obligation de faire ou de ne pas faire, ne pas conclure le contrat pourrait être ce genre d'obligation. Mais au moment où nous nous demandons si retarder est compatible avec préparer, nous en avons terminé avec la préparation, si nous retardons la conclusion du contrat définitif, celui-ci est fin prêt. En le retardant, on ne le prépare plus, on aménage un temps que souhaiterait l'une des parties pour une raison précise.

312. Un contrat préparatoire ayant pour effet de retarder la conclusion du contrat définitif et engendrant d'autres obligations préparatoires à la conclusion de ce contrat sera préparatoire finalement dans le sens où il était nécessaire de retarder la conclusion du contrat définitif car même un fois négociée, des préparatifs peuvent subsister afin que le contrat puisse être conclu sans risque pour les parties. En prévoyant dans le contrat préparatoire l'aménagement d'un temps supplémentaire, les parties érigent les actions ou les éléments à réaliser pendant cette période en élément essentiel au recueil de leur consentement au contrat définitif.

313. Tous les éléments du contrat définitif sont présents, il ne manque qu'une chose pour que le contrat soit définitivement conclu. Cet élément manquant peut varier, il s'agira la plupart du temps du consentement d'une des parties, comme pour le cas d'une promesse unilatérale de contrat, si ce n'est celui des deux, ceux-ci ne s'étant pas encore rejoins, comme pour une promesse synallagmatique de contrat, mais il peut aussi

s'agir d'une condition suspensive, qui empêcherait ce contrat d'être conclu jusqu'à la survenance d'un évènement par exemple. En l'occurrence, le contrat sous condition suspensive est le modèle même du contrat retardé, certains auteurs y voient un contrat préparatoire²³⁸ d'autres considèrent au contraire qu'il s'agit d'ores et déjà du contrat définitif, celui-ci étant conclu, seule la naissance des obligations étant retardée²³⁹. En effet, ces figures contractuelles retardent en effet le moment de conclusion du contrat définitif voire sa prise d'effet si l'on considère que le contrat est déjà formé mais qu'il ne produit pas encore effet comme cela a pu être soutenu. Ce serait alors déjà le contrat définitif et non un contrat préparatoire. Un contrat tel une promesse synallagmatique de contrat assortie d'un terme se confond en effet avec le contrat définitif. Les deux parties ont consenti au contrat définitif par le biais de leur promesse, le terme n'affectera en rien la formation du contrat définitif. Cette promesse, si elle garde juridiquement cette forme, constitue déjà le contrat futur, ce ne sont que les effets du contrat qui sont retardés jusqu'à la réalisation de l'évènement futur et certain²⁴⁰.

314. Le contrat sous condition aura pour effet de retarder la conclusion du contrat définitif, il prépare ainsi le contrat définitif. Le contrat sous condition aménage la négociation en laissant les parties obtenir un délai supplémentaire ou en leur permettant d'attendre l'évènement qui influera sur leur décision définitive de conclure le contrat. Les parties au contrat sous condition sont les mêmes que celles au contrat définitif étant donné que le contrat sous condition est le contrat définitif une fois la condition réalisée. C'est peut-être cette ressemblance du contrat sous condition avec le contrat définitif qui nous conduirait à limiter la notion de contrat préparatoire au contrat préparant le contrat définitif. Une distinction doit être faite pour nous entre les deux contrats, le contrat préparatoire ne peut être le contrat définitif sans quoi il y aura certainement confusion en pratique et en particulier lors des contentieux.

238 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 13e éd., Sirey, 2008, p. 120. Ceux-ci considèrent même que le contrat conditionnel est « le plus achevé des contrats préparatoires ».

239 Pour plus de détails sur la qualification du contrat préparatoire en contrat conditionnel, voir infra n° 611 et s.

240 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 360.

3) Préparer et obligation de conclure

315. Pour la majorité de la doctrine, ainsi que pour la jurisprudence, l'obligation de contracter est une obligation de faire²⁴¹, de même que l'obligation de négocier. Ces deux obligations de faire semblent de prime abord opposé.

316. La Cour de cassation considère que l'accord de principe²⁴² est un engagement de poursuivre de bonne foi les négociations entreprises sans obligation d'aboutir. Il n'y a donc pas, dans ce cas, de cumul de l'obligation de négocier avec l'obligation de conclure le contrat définitif pour la Cour de cassation, du moins pour la chambre commerciale. De nombreux auteurs considèrent l'accord de principe comme un contrat préparatoire, il est possible d'extraire de cette idée et de la jurisprudence de la Cour de cassation la problématique du cumul entre l'obligation de conclure le contrat et l'obligation de négocier dans la détermination des contrats préparatoires.

317. L'obligation de résultat de négocier n'emporte pas l'obligation de résultat d'aboutir à la conclusion du contrat définitif. Seule une obligation de moyen pèse sur la réussite des négociations dans le cadre des contrats préparatoires.

Ceci semble exclure tous les contrats ayant pour obligation la conclusion du contrat définitif.

318. « *Négocier n'est pas conclure* »²⁴³.

319. Cette citation, à elle seule, résume la pensée majoritaire de la doctrine.

241 J. GATSI, Le contrat-cadre, L.G.D.J., 1996, n° 395 et s. - J.-M. MOUSSERON, avec le concours de M.-L. IZORCHE, P. MOUSSERON et J. RAYNARD, Technique contractuelle, éd. Lefebvre 1999, n° 168 – L. AMIEL-COSME, Les réseaux de distribution, L.G.D.J., 1995, n° 275 – Confirmée par la jurisprudence, V. notamment, Cass. Com. 22 janvier 1991, D. 1991, Jur., p. 175, conc. J. JEOL ; D. 1991, somm., p. 249, obs.C. GAVALDA et C. LUCAS DE LEUSSAC ; JCP. 1991, II, 21679, note G. VIRASSAMY ; V. ég. D. FERRIER, La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, D. 1991, Chron., p. 237 ; D. TALON, Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix), D. 1992, Chron., p. 67.

242 Com., 2 juillet 2002, RTD.civ. 2003. 76, obs. Mestre et Fages.

243 O. DESHAYES, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p 49.

L'obligation de négocier est incompatible avec l'obligation de conclure le contrat²⁴⁴. En effet, les parties à la négociation ont un sentiment de liberté, elles cherchent à trouver un accord qui leur sera favorable, chacune essayant de mêler ses intérêts personnels avec ceux de l'autre partie. Il n'est pas aisé de conclure un contrat précédent le contrat projeté et de s'engager à conclure par la suite ce contrat final sans avoir discuté des éléments de ce dernier. Une obligation de contracter un contrat futur peut-elle être valide dans un contrat dont les parties ne connaissent pas tous les éléments essentiels du futur contrat qui contiendra cette obligation ? Le consentement des parties à la convention projetée ne prendra appui sur rien, celles-ci n'ayant pas d'élément propre à déterminer la teneur de leur engagement. La licéité de l'objet d'un tel contrat ne sera pas acquise.

320. Il existe cependant au moins un exemple permettant de mettre en évidence une situation où les parties auront signé un contrat précédant le contrat définitif tout en ayant connaissance, dès la signature du contrat préparatoire, du contenu du contrat définitif. Nous avons commencé son étude en abordant la question de son objet, de sa préparation.

Le contrat-cadre est un contrat préparatoire pour certains auteurs de la doctrine, il en présente les caractéristiques terminologiques dans le sens où il prépare les contrats d'application futurs.

321. Déterminer si dans le contrat-cadre, l'obligation de conclure le contrat définitif emporte des conséquences sur son appartenance aux contrats préparatoires nous permettra de continuer son analyse vers son attachement définitif à la notion.

En effet, la plus grande partie des contrats-cadres conclus stipulent une obligation de conclure les contrats d'applications « *que ce soit de façon expresse par des clauses explicites, éventuellement renforcées par des clauses de quota, de minima ou d'exclusivité, que ce soit de façon tacite, comme dans les contrats de pompiste de marque, par le jumelage, notamment, de clauses d'approvisionnement exclusif et d'exploitation continue du fonds agricole, commercial ou industriel. (...) le refus de se plier à l'une des obligations engendrées par le contrat-cadre ou, en cas de conclusion*

244 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 146.

de contrats d'application, par ceux-ci mêmes, constitue l'inexécution d'un engagement contractuel et, selon les cas, permet le jeu -exceptionnel- d'une clause de résiliation, voire de résolution et -ordinaire- de la résolution judiciaire prévue par l'article 1184 Code civil »²⁴⁵. Le contrat-cadre stipule une obligation de contracter le contrat définitif ou en général les contrats définitifs. Cette obligation de conclure les contrats d'application se décline soit expressément soit tacitement. Il s'agit d'une évidence pour certains membres de la doctrine « l'obligation essentielle de ces contrats-cadres réside dans l'obligation de conclure les contrats d'applications »²⁴⁶. Sans cette obligation de conclure les contrats d'applications, les contrats-cadres n'auraient plus d'intérêt²⁴⁷.

322. L'intensité de cette obligation de conclure le contrat définitif peut être variable lorsqu'elle est stipulée expressément²⁴⁸, allant d'une obligation de moyen pour une clause de pénétration de marché à une obligation de résultat lorsqu'une partie se doit de respecter une clause de minimum d'achat, une clause d'exclusivité, une clause de quota ou bien une clause d'objectif pour ne citer qu'elles. C'est le contenu des stipulations du contrat-cadre qui définit l'intensité de l'obligation de contracter. Chacune des parties au contrat-cadre aura consenti à la formation de ce dernier, de ce fait l'obligation de contracter les contrats d'application apparaît comme une simple obligation générale de diligence²⁴⁹, selon la terminologie de Demogue²⁵⁰.

323. Opposé à cette vision largement répandu du contrat-cadre stipulant une obligation expresse ou tacite de conclure les contrats d'application, il a été admis que le contrat-cadre peut ne comporter aucune obligation de contracter, il ne s'agirait en réalité

245 J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. Jauffret, 1974, p. 516

246 F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 1998, n° 925 – Dans le même sens, l'existence de l'obligation de fournir incombant au concédant semble évidente à Ph. Becque : « dans le contrat-cadre, le concédant s'oblige à fournir régulièrement... » (Ph. BECQUE, Le contrat de concession exclusive en droit interne, Thèse, Montpellier, 1985, n° 339).

247 Ph. LE TOURNEAU, Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mélanges P. RAYNAUD, Paris, 1985, p. 349, n° 24 : « Le contrat-cadre perdrait sa raison d'être si, d'aventure, les contrats d'application ne naissaient point »

248 J.-L. RESPAUD, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier 2000, p. 51 à 92.

249 Dans le cadre de l'obligation de résultat, le débiteur est tenu d'atteindre un résultat précis (V. notam., J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Les obligations, L'acte juridique, 8ème éd., par J.-L. AUBERT, A. Colin 1998, n° 45).

250 DEMOGUE, Traité des obligations, Paris 1923, t. V, n° 1237. – H. MAZEAUD, L'obligation générale de prudence et de diligence et les obligations déterminées, RTD civ. 1936, p. 1.

que d'une obligation de négocier les contrats d'applications²⁵¹. Dans cette vision, le contrat-cadre n'aura pas à indiquer précisément le contenu futur des contrats d'application. Il suffira de les déterminer globalement pour savoir sur quoi négocier. L'objet sera fixé mais non les volumes ou les remises quantitatives par exemple.

Les parties réaliseront tout de même les contrats d'applications futurs mais non au nom de l'obligation de contracter, au nom d'un devoir de collaboration²⁵² qui existerait entre les membres d'un réseau constitué. La commercialisation des produits du fournisseur par les distributeurs contribuera à la réalisation de ce devoir de collaboration. Ainsi ce sera plus ce devoir qui conduira à la conclusion des contrats d'application qu'une obligation de contracter.

Le devoir de collaboration telle que défini précédemment ne peut prendre forme que dans les contrats-cadres dépourvus des clauses contractuelles expresses que nous avons évoqué.

324. Ces contrats-cadres sont la preuve que ces contrats peuvent être préparatoires sans être contraignant. Un contrat-cadre sans obligation de contracter ne laissera aucun doute sur son appartenance à la notion. Les discussions sur l'obligation de négocier suffiront à examiner ce contrat là en tant que contrat préparatoire au regard de notre avancée actuelle, le contrat-cadre étant différant du contrat d'application et les parties restant les mêmes aux deux contrats.

325. Il a été considéré en opposition à cette vision que l'absence d'une stipulation tacite de contracter n'était pas possible dans le contrat-cadre et que ce n'était que l'intensité de l'obligation qui était une fois de plus différente²⁵³. L'obligation sera de résultat jusqu'à un seuil minimal d'approvisionnement répondant aux attentes commerciales du fournisseur au moment de la conclusion du contrat-cadre et sera de moyen au-delà.

251 L. AMIEL-COSME, Les réseaux de distribution, L.G.D.J., 1995, n° 200. « Il convient toutefois de rappeler que selon cette dernière, le contrat-cadre de distribution n'emporte pas obligation de contracter mais uniquement de négocier de bonne foi les futurs contrats d'application ».

252 L. AMIEL-COSME, Les réseaux de distribution, L.G.D.J., 1995, n°200 : « une fois l'intégration des membres du réseau réalisé, chacun à l'obligation de contribuer au succès de son entreprise ».

253 J.-L. RESPAUD, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier 2000, p. 128 : « en deçà de la quantité qui peut légitimement être espérée par le fournisseur en raison du caractère proportionnel et raisonnable de ses aspirations, l'obligation sera de résultat ; au delà il s'agira d'une simple obligation de moyen ».

326. Le contrat-cadre de cette conception pourrait être considéré comme un contrat définitif à exécution successive plus qu'un contrat préparatoire, l'exécution de ce contrat ayant pour conséquence la conclusion des contrats d'application futurs. Il préparera les contrats d'application mais il n'y aura plus de négociation. La majeure partie des contrats-cadres stipule précisément le contenu des contrats d'applications. C'est le contrat-cadre qui a été négocié finalement et non les contrats d'applications. L'obligation de contracter retirera le pouvoir de négociation.

327. Le contrat-cadre peut finalement comporter à la fois le devoir de collaboration et l'obligation de conclure les contrats d'application. Le devoir de collaboration venant renforcer l'obligation de contracter²⁵⁴. L'intégration du réseau oblige les parties à œuvrer communément en se respectant les uns les autres et en poursuivant un but commun, ceci étant accentué par la nature contractuelle de leur relation et par l'obligation de contracter qui en découle aussi bien expressément que tacitement.

328. Donc selon l'acceptation que l'on aura de la notion de contrat préparatoire, certains contrats-cadres pourront rester des contrats préparatoires mais pas tous, les contrats-cadres ne laissant aucune liberté dans la négociation du contrat d'application ayant trop bien encadré ce dernier seront des contrats définitifs selon nous. Pour d'autres, ils pourront être des contrats préparatoires puisqu'il y aura une différence entre le contrat préparatoire et le contrat d'application, le premier réunissant les conditions de conclusion du second qui aura servi à « *préparer* » de ce fait le contrat définitif.

Bien évidemment les contrats-cadres n'ayant pas d'obligation de contracter seront des contrats préparatoires, la question qui en découlera pour certains auteurs de la doctrine sera alors de savoir si ce sont réellement des contrats-cadres.

La position intermédiaire concernera les contrats-cadres laissant une certaine liberté de négociation, soit-elle minimale au moment de la conclusion des contrats d'application. Ceux-ci seront également des contrats préparatoires d'une intensité plus forte que les premiers évoqués mais beaucoup moins forte que ceux laissant une entière

²⁵⁴ Concernant l'imbrication des intérêts des membres du réseau, V. D. et N. FERRIER, Droit de la distribution, 7ème éd., Litec 2014, n° 547.

liberté relative à cette conclusion.

329. Les promesses synallagmatiques de contrat subiront le même sort que les contrats-cadres. Elles contiennent une obligation de contracter le contrat définitif étant en soi déjà le contrat définitif, le consentement des deux parties au contrat est déjà acquis. C'est pourquoi les tribunaux refusent de les considérer comme des promesses mais y voient le contrat définitif conclu. Ces contrats de promesses seront ainsi exclus de la notion de contrat préparatoire²⁵⁵ malgré le fait que certains auteurs les y incluent²⁵⁶.

330. Les promesses unilatérales, quant elles, n'incluent une obligation de contracter que pour l'une des parties, le bénéficiaire de l'option possède encore le choix de ne pas contracter. C'est pourquoi ce ne sera pas sur l'obligation de conclure que nous attaquerons la promesse unilatérale²⁵⁷.

Paragraphe 2 - La cause du contrat préparatoire

331. La cause est un sujet longuement débattu qui a donné forme à un très grand nombre d'écrits²⁵⁸.

332. Au XIX^{ème} siècle, la théorie classique de la cause, objective, a émergé élaborée par Domat. L'auteur a une conception abstraite de la cause, il s'agit de la raison immédiate, proche, de s'engager dans le contrat. Cette raison sera la même pour chaque type de contrat et ne s'intéresse absolument pas aux motifs qui ont poussé les contractants à conclure le contrat. Ainsi dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie a pour cause celle de l'autre ; dans les contrats unilatéraux réels, la

255 En ce sens, LASSOUED, GRIMAUD, BENAC-SHMIDT, J. SCHMIDT...

256 BOYER, MALAURIE, AYNES, GAUTIER...

257 Voir supra n° 254 et s. sur l'obligation de faire : l'obligation de négocier ou d'aménager la négociation.

258 H. CAPITANT, De la cause dans les obligations, Dalloz, 1923 ; D. MAZEAUD, « La cause », in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz 2004, p. 451 ; J. ROCHFELD, Cause type et contrat, th. Paris I, LGDJ 1999, préf. J. Ghestin ; R. CABRILLAC, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, JCP G 2008.I.190 ; P. CATALA, Deux regards inhabituels sur la cause dans le contrat, Defrénois, 2008 art. 38866 ; Fr. TERRE, La cause est entendue, JCP G 2008 art. 609.

cause de l'obligation de l'une des parties est la remise de la chose lors de la formation du contrat ; dans les contrats à titre gratuit, la cause de l'obligation est l'intention libérale.

Planiol, à la fin du XIX^{ème} siècle fut le plus virulent des critiques de cette théorie, démontrant que celle-ci était fautive, la naissance des obligations réciproques dans un même temps rendant impossible la mutualité de leur cause ; et inutile, celle-ci se confondant souvent avec l'objet, le consentement du contrat ou l'existence même du contrat.

333. La théorie moderne de la cause, ressort des travaux de Henri Capitant²⁵⁹. Elle est dite subjective, les motifs ayant poussé une partie à s'engager étant la cause du contrat ; et concrète, la cause étant différente pour chaque contrat.

Les motifs devaient être permanents, c'est-à-dire qu'ils devaient exister lors de la formation du contrat et persister durant l'exécution des obligations. La cause d'obligation est l'exécution de l'obligation réciproque²⁶⁰. Les motifs devaient être également déterminants, chacun a un motif propre pour s'engager dans le contrat, sans ce motif, l'un ou l'autre n'aurait pas conclu le contrat. Seul le motif déterminant a survécu. Il s'agit de la cause impulsive et déterminante, subjective, déterminante de la licéité du contrat.

334. Les deux conceptions cohabitent aujourd'hui au sein de la jurisprudence, la conception objective ayant pour but de prouver l'existence de la cause et aboutissant à l'annulation du contrat lorsque l'une des obligations n'a pas de contrepartie, la conception subjective sert essentiellement à déterminer si la cause est licite.

335. Le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats prévoit, de même que les principes européens du droit des contrats, la suppression de la cause.

336. La recherche de la cause du contrat se pose essentiellement pour la doctrine et les tribunaux afin de savoir si les prestations des parties sont plus ou moins

259 H. CAPITANT, De la cause dans les obligations, Dalloz, 1923.

260 La théorie objective de Domat a été affinée par Capitant. La cause traduit l'interdépendance des obligations réciproques.

équilibrées²⁶¹ sans prétendre, pour autant, juger de l'équité des obligations, c'est l'analyse de la cause objective du contrat. Il s'agit du but direct et immédiat qui a conduit les parties à s'engager. Les juges recherchent l'absence de cause.

337. Dans un contrat préparatoire synallagmatique, la cause de l'engagement sera la contrepartie attendue par l'autre cocontractant. Dans le contrat préparatoire, la contrepartie sera limitée, les parties s'obligeant principalement à négocier le contrat projeté. L'une des parties négociera car l'autre négocie également. Les prestations sont équilibrées sans le moindre doute.

Dans un contrat préparatoire unilatéral, la cause de l'engagement du promettant est l'espérance de voir l'autre personne conclure le contrat. C'est l'intérêt du gain éventuel économique dans l'opération qui motive le promettant à se lier.

La cause objective ne nous sera d'aucune utilité pour limiter plus précisément la notion de contrat préparatoire.

338. Dans la conception subjective de la cause, les juges recherchent la cause « *impulsive et déterminante* » ayant poussé les parties à contracter, ils s'intéressent à la licéité de l'engagement en analysant la motivation du consentement des parties lors de la conclusion du contrat.

La cause subjective du contrat préparatoire réside dans la conclusion du contrat définitif. Les parties concluent le contrat préparatoire dans l'espoir de parvenir à la conclusion du contrat définitif.

C'est pourquoi la nullité du contrat définitif pour illicéité de son objet aura pour conséquence la nullité du contrat préparatoire pour illicéité de la cause.

339. Les contrats préparatoires sont des contrats autonomes créant des obligations liées à la préparation d'un autre contrat. Cet autre contrat « *représente la finalité des parties* »²⁶². C'est la cause de l'engagement au contrat préparatoire. La conclusion d'un autre contrat, le contrat définitif est la cause de l'engagement des

261 J.-P. CHAZAL, Théorie de la cause et justice contractuelle, JCP 1998.I.152 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP 2000.I.300 ; L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, Bibil. Dr. Privé, t. 366, LGDJ, 2002, préf. C. Thibierge.

262 G. MAITRE, L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 124.

parties au contrat préparatoire.

340. Notre définition de la notion de contrat préparatoire reprend celle communément admise par la doctrine, le contrat préparatoire est la convention ayant pour objet la préparation du contrat définitif. Ainsi, nous pourrions rajouter à cette définition « *et ayant pour cause la conclusion de ce contrat définitif* ». Les parties espèrent conclure ce contrat définitif sans quoi elles n'auraient pas contracté le contrat préparatoire. Le contrat définitif est la cause de leur engagement. Peut-être que l'absence de cause se dégagera de certains des contrats admis en tant que contrat préparatoire pour réduire un peu plus le champ de la notion.

341. Il sera intéressant de détailler la formation de ce contrat définitif (A) et sa possible confusion avec le contrat préparatoire (B) pour en analyser les conséquences sur la cause du contrat préparatoire.

A. La formation du contrat définitif

342. Le contrat définitif est, par opposition au contrat préparatoire, le contrat qui arrête l'accord des parties de manière définitive. Les négociations sont closes, le contrat conclu correspond à l'aboutissement des pourparlers ainsi qu'à l'exécution réussie du contrat préparatoire. Il est aussi appelé contrat principal, contrat préparé, contrat projeté, contrat futur ou contrat final sans prétendre à l'exhaustivité, sous tous ces termes se cachent la cause de l'engagement des parties au contrat préparatoire.

343. Les contrats préparatoires se distinguent du contrat définitif par un élément manquant, cet élément différencie *a minima* le contrat préparatoire et le contrat final. Il arrive qu'il y ait plusieurs éléments manquants, de très nombreux éléments parfois comme dans les contrats de négociation, c'est l'exécution ou la survenue de cet élément que prépare le contrat préparatoire. L'exécution du contrat préparatoire permet la réalisation de l'évènement et peut aboutir à l'offre contractuelle de contrat définitif.

L'exécution peut ainsi être une attente, l'attente de la réalisation de l'événement²⁶³.

B. La confusion possible entre le contrat préparatoire et le contrat définitif

344. Selon le courant de pensée auquel nous nous rallions, la confusion du contrat préparatoire avec le contrat définitif sera plus ou moins importante. Cette confusion est synonyme de contentieux, c'est pourquoi il est intéressant de s'y intéresser. Une partie pensera conclure un contrat préparatoire et de ce fait ne souhaite pas s'engager dans la relation définitive, l'autre au contraire pensera avoir clos les négociations, cette situation est source de conflit.

345. La distinction entre contrat préparatoire et contrat définitif n'est pas une question de formation. La validité d'un contrat est la qualité que la loi impose au contrat pour qu'il soit acceptable selon les critères du jeu social que le législateur a défini. Ces critères de validité sont soit d'intérêt privé soit d'intérêt public. Les premiers énoncés par l'article 1108 du Code civil sont l'exigence d'un comportement sain et éclairé, seul susceptible de rendre compte d'une volonté digne de produire un lien obligatoire ; le législateur protège alors l'intérêt particulier de celui qui s'engage, sa liberté individuelle. Les seconds prennent souvent la forme d'autorisations administratives justifiées par une idée d'intérêt général, d'ordre public.

346. Un accord de volonté est nécessaire sur chaque élément du contrat. En cas de manquement à cette obligation, le contrat sera nul pour défaut de consentement²⁶⁴. La jurisprudence a parfois admis quelques exceptions en établissant une hiérarchie entre

263 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 151 : « Les contrats préparatoires aménagent une situation juridique dont le but est de maintenir l'avantage offert à l'une des parties par l'autre et de favoriser – ou de ne point nuire à – la survenance de l'évènement attendu. Dès lors que cet événement est réalisé, l'exécution du contrat préparatoire est, en principe, satisfaite. »

264 Sur le fondement des articles 1109 et 1110 du Code civil. V. sur l'influence du consensualisme sur les éléments substantiels du contrat : V. FORRAY, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, th. Paris I, 2007, LGDJ, préf. G. Pignarre, p. 326 et s.

les clauses essentielles²⁶⁵ et les clauses accessoires au contrat²⁶⁶.

347. De cette hiérarchie a découlé l'idée en jurisprudence et chez quelques auteurs dont Pothier que lorsque les parties se sont accordées sur les éléments essentiels du contrat, ce dernier doit être considéré comme conclu. Il s'agit de l'idée de Domat et Pothier qui fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent. Cette théorie permet aux contractants d'ériger en éléments essentiels à la formation du contrat des éléments jugés accessoires voire étrangers au contrat selon les critères retenus par le droit commun et ceci par leur seule volonté. Cela peut être des éléments objectivement essentiels ou des éléments secondaires que les parties ont entendu considérer comme essentiels²⁶⁷.

348. Un auteur considère que le contrat préparatoire doit préparer les éléments essentiels du contrat définitif sans quoi il ne sera pas préparatoire mais constituera dès à présent le contrat final²⁶⁸. Cette conception de la notion de contrat préparatoire appelle une diminution du nombre de contentieux puisque les chances de confondre les deux contrats semblent impossibles. Le contrat préparatoire a pour objet la négociation des éléments essentiels du contrat projeté et le contrat final possède tous les éléments essentiels au consentement²⁶⁹ définitif. Il exclut ainsi les contrats de promesses de la notion de contrat préparatoire étant donné leurs caractères, de même que d'autres figures contractuelles telles que la réserve de confirmation²⁷⁰ et l'offre préalable²⁷¹ qui

265 Dans le cas de la vente, l'accord sur la chose et le prix est indispensable pour la validité du contrat, les modalités de paiement peuvent être réglées accessoirement. Cass. Civ. 1^{ère}, 26 nov. 1962, Bull. civ. I, n° 504.

266 Ne retenant pas l'accord sur le bail lors de la présence d'un accord sur le prix et la chose mais pas sur les modalités de paiement ou l'entrée en jouissance : Req., 12 nov. 1889, DP, 1890.1.33.

267 Req., 1^{er} déc. 1885, S. 1887.1.167, Grands arrêts, t. 2, n° 244 : la vente est parfaite dès l'accord sur la chose et le prix, peu importe que les modalités de paiement n'aient pas encore été convenues, puisque les parties n'avaient pas érigé ces modalités en élément essentiel du contrat.

268 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 56 : « Ne renfermant pas les éléments essentiels, le contrat préparatoire ne peut ni garantir ni a fortiori valoir le contrat en genèse. Par sa conclusion les futurs contractants ne visent, en réalité que la préparation desdits éléments »

269 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 56 : « Ce dernier est destiné uniquement à doter les pourparlers, dans leur forme orale ou écrite, d'une nature contractuelle sans entraîner un engagement de conclure forcément le contrat définitif ».

270 La réserve de confirmation peut se définir comme une faculté (insérée généralement sous forme d'une clause dans une offre de contrat ou un bon de commande) qui permet au contractant (en fait le vendeur ou le fournisseur) de retarder le moment de l'engagement. Tant que la confirmation n'est pas intervenue le vendeur ne peut pas être lié par son engagement. Le but est d'échapper à toute responsabilité

prennent place durant la période que le contrat préparatoire à savoir durant la période précontractuelle, notamment au motif qu'il s'agit d'accord unilatéraux se distinguant des contrats préparatoires qui sont en premier des accords de volontés. Ces figures restent proches toutefois d'un contrat préparatoire, elles aménagent un délai de réflexion afin que l'une des parties donnent par la suite un consentement réfléchi, leur conclusion n'emporte pas obligatoirement conclusion du contrat définitif.

349. D'autres auteurs tels que Messieurs Mousseron, Guibal, Mainguy ou Collart-Dutilleul estiment que les promesses de contracter sont des contrats préparatoires malgré le fait que ces contrats contiennent les éléments essentiels à la formation du contrat définitif. Ils considèrent que les parties ont la possibilité d'ériger des conditions non essentielles à la validité du contrat en élément essentiel à la validité de leur consentement. Mais il est vrai que les promesses concentrent tous les éléments jugés essentiels par les juridictions et le législateur à la validité du contrat définitif. De nombreuses décisions ont considéré que les promesses synallagmatiques de contrat, en particulier, étaient déjà le contrat projeté formalisé et donc que les parties étaient d'ores et déjà au stade de l'exécution du contrat définitif. Le Professeur Collart-Dutilleul défend son point de vue en évoquant les limites des pouvoirs du juge, « *la mission du juge n'est pas de faire les contrats ; le juge ne peut apporter au contrat un élément essentiel qui fait défaut* »²⁷². L'élément érigé en élément essentiel par les parties ne

contractuelle en cas d'inexécution du contrat. Ainsi la proposition contractuelle du pollicitant n'est plus qu'une simple invitation à entrer en pourparlers et c'est l'acceptant en tant « normal » qui devient à son tour pollicitant émettant l'offre que le cocontractant peut ou non accepter pour former le contrat. Générateur d'abus pouvant entraîner une atteinte intolérable à la justice contractuelle et à l'équité. C'est la raison pour laquelle la commission des clauses abusives n'a pas tardé à dénoncer l'effet abusif de la clause de réserve de confirmation insérée surtout dans les contrats réunissant un professionnel et un non professionnel ou un consommateur.

271 Le législateur est intervenu par des dispositions d'ordre public pour imposer la technique dite de l'offre préalable. L'originalité de cette institution est d'être obligatoire chaque fois que l'on veut conclure un contrat expressément désigné par la loi. Le législateur a imposé la technique de l'offre préalable pour la conclusion du contrat de crédit à la consommation par une loi du 10 janvier 1978 et également, pour le contrat de crédit immobilier par une loi du 13 juillet 1979. Il s'agit d'assurer une certaine protection d'une catégorie de contractants jugée en état d'infériorité par l'institution d'un délai de réflexion durant lequel elle va pouvoir apprécier l'étendue et l'opportunité de son engagement. C'est la raison pour laquelle, la doctrine estime et la jurisprudence décide que l'offre préalable (qui n'est rien d'autre qu'une offre classique institutionnalisée) ne peut produire effet que lorsque tous les éléments essentiels du futur contrat sont suffisamment déterminés ; alors que pour le contrat préparatoire, on ne peut s'en tenir à une telle exigence car c'est précisément pour préparer ces éléments que ce dernier a été conclu.

272 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 156-157

pourra être suppléé par le juge car ce sont les parties qui ont décidé que cet élément serait déterminant de leur consentement au contrat au nom du principe de l'autonomie de la volonté. Le juge ne peut pas modifier le contrat, il ne peut pas forcer une promesse de contrat dont un élément sera défaillant.

350. La détermination des éléments jugés essentiels par les parties pour la formation du contrat est fondamentale afin de connaître quand commence le contrat principal car c'est à ce moment que prend fin le contrat préparatoire. Ces auteurs évoquent régulièrement le concept de perfection du contrat pour justifier la possibilité d'avoir une promesse autonome du contrat projeté. La perfection correspondra à l'aménagement d'une condition accessoire en condition essentielle pour parfaire le contrat et le former, jusqu'à la survenue de cette condition, les parties continueront d'être au stade de l'exécution du contrat préparatoire.

351. Certaines figures contractuelles peuvent donner l'impression de conclure un contrat préparatoire si les parties en ont une définition expansive. La faculté de rétractation joue après la formation du contrat définitif ce qui la distingue du contrat préparatoire nettement.

352. Les différentes conceptions de la notion de contrat préparatoire emportent des confusions plus ou moins importantes entre ces contrats préparatoires et le contrat définitif. Ceci n'étant qu'un point de discordance parmi tant d'autres que nous avons pu étudier. La pertinence de cette notion est de ce fait une question logique.

CONCLUSION DU CHAPITRE

353. L'approche positive de la notion de contrat préparatoire a permis de mettre en évidence un certain nombre de critères d'identification des contrats considérés comme préparatoires.

354. Les contrats préparatoires sont des contrats intervenant dans le cadre des négociations, ils peuvent en être l'élément déclencheur dans de rares cas mais sont la plupart du temps une pause, une étape au cours des négociations ou les parties aménagent la suite ou la reprise des négociations en vue de la conclusion du contrat définitif qui est la limite aval de la notion.

355. L'objet des contrats préparatoires est la préparation du contrat définitif. Celui-ci nous permet de réduire l'étendue de la notion en limitant cet objet au contrat conclu entre des parties intéressées par être contractantes du contrat définitif éliminant ainsi la plupart des contrats de représentation. Ces personnes devront accomplir une obligation de faire qui sera de négocier le contrat définitif que ce soit sa poursuite, sa reprise ou son aménagement, l'absence de négociation conduira à exclure un contrat de la notion. Tout comme l'obligation de conclure le contrat définitif nous semble réduire l'obligation de négocier faisant peser une lourde épée de Damoclès sur la tête des parties au contrat préparatoire, les promesses synallagmatiques sont ainsi exclues de la notion.

356. La cause des contrats préparatoires est la conclusion du contrat définitif. Un contrat qui n'aura pas pour cause directe de parvenir à cette conclusion sera exclu de la notion.

CONCLUSION DU TITRE

357. L'identification de la notion de contrat préparatoire a permis de mettre en évidence un certain nombre de critères définissant les contrats qui entrent dans la notion tout en ayant déjà procédé à l'exclusion de contrats ou de mécanismes juridiques voisins mais ne parvenant à remplir l'ensemble des critères identifiés.

358. Cette sélection n'est pas aisée et les critères ne sont pas aussi francs que nous l'espérions ce qui nous fait nous demander si la pertinence de la notion n'est pas la réponse.

Dégager des critères d'identification précisément, afin de réduire au maximum le nombre de contrat considéré comme préparatoire, nous confronte aux différents courants de pensée de la doctrine sans pour autant parvenir à donner raison à l'un ou à l'autre.

359. La notion de contrat préparatoire recouvre ainsi des contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif et pour cause la conclusion de ce dernier entre des parties identiques.

CONCLUSION DE LA PARTIE

360. L'existence de la notion de contrat préparatoire n'est plus à prouver. Toutefois, la doctrine évoque dans de nombreux écrits la notion de contrat préparatoire, elle n'en fait pas pour autant une notion d'une importance capitale. La notion a évolué au fil du temps s'enrichissant des contrats nés de la pratique. L'absence d'unité doctrinale sur le sujet est en partie due à cette évolution constante des contrats rédigés avant le contrat définitif. Ceux-ci ne sont pas reconnus par la loi et chaque auteur les considère différemment, au point de voir des évolutions de pensée chez certains auteurs au fil des ans²⁷³.

361. La jurisprudence n'a que très timidement repris la notion au point de ne pas pouvoir dire si cela revient au hasard ou si c'est le fruit d'une réelle réflexion au moment de l'emploi de la notion. Nous préférons la première option. Nous notons cependant une poussée de ces jurisprudences reprenant la notion de contrat préparatoire ces dernières années, cantonnée à la reprise des moyens des parties, laissant apparaître une éventuelle influence des différents projets de réforme du droit des contrats, notamment le projet d'ordonnance de la Chancellerie.

362. L'identification de la notion est rendue de fait très difficile par l'absence d'unité doctrinale. Il est compliqué d'aboutir à une classification des courants doctrinaux lorsque ceux-ci sont aussi flous. Les promesses sont les éléments centraux de certains courants alors qu'elles sont parfois complètement exclues par d'autres. La plupart des auteurs ayant omis de préciser les critères leur permettant de considérer que tel ou tel contrat est un contrat préparatoire, nous avons essayé de dégager des critères d'identification précis d'une doctrine qui ne l'est pas, tout en essayant de prendre en compte l'ensemble de leurs dires pour ne pas omettre un critère peut-être déterminant. Peu d'auteurs ont la même acceptation de ce que contient la notion de contrat

²⁷³ Le Professeur Mousseron ayant modifié sa conception des contrats préparatoires en l'espace de 25 ans.

préparatoire, certains sont même en désaccords sur ce qu'est la notion de contrat préparatoire. Il n'est pas aisé de parvenir à déterminer quel contrat est un contrat préparatoire avec fermeté. Une place trop importante est laissée à l'interprétation de ces mêmes critères malheureusement.

Ceux-ci ont le mérite d'exister et de nous permettre d'exclure quelques contrats ou mécanismes juridiques de la notion alors que la doctrine les y rattachait.

363. La notion de contrat préparatoire est loin de faire l'unanimité si marginale nous la trouvons. Elle existe mais manque de caractère pour s'affirmer, l'absence de critères incisifs lui nuit. D'autres notions prennent le devant face à cette notion peu étudiée et peu usitée, aux contours flous. L'explication la plus plausible serait peut-être d'y voir une notion dotée d'un manque de pertinence conduisant la doctrine et la jurisprudence à boudier la notion.

PARTIE II

LA PERTINENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

364. La notion de contrat préparatoire existe. Elle existe du seul fait que la doctrine la nomme. Cela ne fait plus aucun doute. Quelques décisions jurisprudentielles appuient même ce type d'existence sans pour autant préciser la notion ou la définir. La doctrine a une vision très éparse de la notion, très peu d'auteurs s'accordent sur les critères d'identification de la notion, la plupart ne s'y étant pas intéressé tout simplement. Les auteurs incluent un certain nombre de contrats au sein de la notion sans se justifier. La notion existe ainsi de par leurs écrits essentiellement.

365. Nous avons essayé de détacher des critères d'identification de la notion afin de réduire le nombre des contrats considérés comme préparatoires et surtout d'en apprécier les éléments de contenu. Des contrats et des mécanismes ont été exclus de la notion en considération des éléments d'identification mis en place.

366. Cela ne nous satisfait pas pleinement pour autant. Il est délicat de choisir des critères suffisamment tranchants pour définir précisément ce que contient la notion de contrat préparatoire. Certaines exclusions deviennent évidentes et d'autres restent

sujettes à interprétation, ce qui n'était pas le but de notre travail. Au contraire, nous souhaitons décrire une notion aux contours limités et ne laissant pas le moindre doute. Sur ce point nous échouons d'un côté tout en se retrouvant avec une deuxième hypothèse à traiter, c'est cet échec qui nous conduit à dire que la notion existe en tant que telle dans la littérature mais à poser la question de sa pertinence ?

367. La notion de contrat préparatoire regroupe un certain nombre de contrats pour la doctrine. Peu d'auteurs emploient ce terme mais pour d'autres la notion est une catégorie juridique. Il nous paraît alors envisageable de faire une sélection des contrats entrant dans cette catégorie des contrats préparatoires en étudiant leurs régimes juridiques. En effet, l'ensemble des contrats d'une catégorie dispose en théorie du même régime juridique, c'est tout l'intérêt d'une catégorie. Les contrats n'ayant pas le même régime juridique seront ainsi exclus de la catégorie en espérant pouvoir faire coïncider le régime juridique de la catégorie avec nos critères d'identification de nos propos précédents.

368. Toutefois, l'analyse révèle une absence d'unité de régime (Titre premier) qui aboutira alors à une remise en cause de la notion même de contrat préparatoire (Titre second).

TITRE PREMIER - L'ABSENCE D'UNITE DE REGIME

369. Catégoriser c'est faire du droit. Le droit est la discipline des personnes ayant une certaine, voire une grande, affection pour le rangement, le classement. C'est en tout cas ce qu'une personne extérieure à la matière pourrait se dire lorsque on lui explique très schématiquement l'intérêt de l'analyse juridique. « *L'analyse juridique consiste à décomposer les rapports de droit, à séparer les uns des autres les divers éléments, pour rapprocher ensuite les traits communs que l'on rencontre dans plusieurs de ces rapports, comme une autopsie, une décomposition chimique, ont pour but de trouver dans des sujets différents, dans des composés distincts, des ressemblances foncières* »²⁷⁴.

370. Ainsi, les catégories ont une importance cruciale dans le droit actuel mais catégoriser pour le principe de catégoriser ne peut être que source de confusion pour les praticiens, mais aussi pour les non professionnels qui souhaiteraient obtenir une réponse par eux-mêmes, car « *nul n'est censé ignorer la loi* », ceci sous entend-il que tout le monde doit pouvoir appliquer à tout moment le texte de loi approprié à son problème ou rédiger de lui-même un contrat exempt de vices. Evidemment non. Choisir la catégorie correcte n'est pas aisée, surtout lorsque certaines catégories semblent très proches les

²⁷⁴ R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, éd. A. Rousseau, 1911, p. 226

unes des autres.

371. Il ne peut y avoir d'intérêt à voir co-exister plusieurs catégories juridiques. L'intérêt de la catégorie juridique est de définir un régime juridique commun à l'ensemble de la catégorie. Sans régime commun, il ne peut y avoir de catégorie, ou du moins de catégorie pertinente d'un point de vue de théorique.

372. S'agissant des avant-contrats, il a été souligné que « *l'avant-contrat n'est pas une catégorie juridique mais est une période, une fraction de temps précédant la conclusion d'un contrat que les intéressés ont mis en ligne de mire avant d'en faire l'objet de leur accord de volontés. C'est le temps d'avant-contrat* »²⁷⁵. L'avant-contrat peut parfaitement être considéré comme une période précédant le contrat, la période précontractuelle, mais les avant-contrats sont essentiellement des contrats rédigés avant la rédaction du contrat final. Les avant-contrats représentent une catégorie de contrat pour de nombreux auteurs²⁷⁶ malgré quelques interrogations au fil des siècles²⁷⁷.

373. Les avant-contrats et les contrats préparatoires se croisent sans cesse durant notre étude ce qui porte à penser que les contrats préparatoires pourraient être une catégorie juridique. En effet, pour certains auteurs, « *les contrats préparatoires forment une catégorie juridique différenciée qui ne se réduit pas aux seules promesses de contrat* »²⁷⁸. Si les contrats préparatoires sont une catégorie juridique, le régime juridique de l'un diffère-t-il de l'autre, sans quoi l'une des notions ne pourra survivre éternellement à une lutte doctrinale qui penche sensiblement vers la notion d'avant-contrat au détriment des contrats préparatoires.

374. La catégorie juridique a été définie comme un « *ensemble de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs* »

275 J.M. MOUSSERON, *L'avant-contrat*, édition Francis Lefebvre, 2001, p. 14.

276 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 117.

277 De la thèse de E. LEDUC en 1909, *Des avant-contrats*, thèse Paris, à la thèse de S. RINGLER, *Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?*, thèse, Toulouse, 2010.

278 F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse, 1988, p. 1.

caractéristiques et obéissant à un régime commun »²⁷⁹. Il s'agira donc de constater l'existence de la catégorie des contrats préparatoires que ce soit dans le droit positif (Chapitre 1) que dans le droit prospectif (Chapitre 2).

279 J.-C. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5ème édition, 2012, n° 180, p. 193.

CHAPITRE I – L'ABSENCE D'UNITE EN DROIT POSITIF

375. La doctrine examine la notion de contrat préparatoire en la considérant comme une catégorie juridique. Les contrats qu'elle cite sont donc des contrats préparatoires. Il n'est pas aisé de créer une catégorie juridique.

376. La catégorie juridique a été définie comme un « *ensemble de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun* »²⁸⁰. Il s'agira donc de constater en premier lieu l'existence de la catégorie des contrats préparatoires en analysant l'existence d'une communauté de traits (Section I) comme définie ci-dessus afin de voir ensuite son intérêt et par là, nous entendons l'analyse de son régime commun à l'ensemble des contrats supposés préparatoires afin de mettre en lumière le constat de la diversité (Section II) au sein du droit positif.

Section I - La nécessité d'une communauté de traits

377. Pour que la catégorie existe, selon la définition précitée, il est nécessaire qu'il y ait des traits communs caractéristiques, un objet commun (Paragraphe 1), un régime juridique commun ou un élément ayant une valeur juridique permettant de déterminer que nous sommes au sein d'une catégorie. Afin de déterminer ce trait commun, il faut observer et décrire le contenu de la catégorie éventuelle (Paragraphe 2), analyser ce qui entre dans les définitions proposées des contrats préparatoires. Les traits communs à plusieurs contrats qui créeraient une catégorie. Tout ceci nous permettra ensuite de mettre en évidence sa singularité.

280 J.-C. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5ème édition, 2012, n° 180, p. 193.

Paragraphe 1 - Un objet commun

378. L'objet du contrat préparatoire est la préparation du contrat définitif²⁸¹. Tous les contrats doivent de ce fait préparer le contrat définitif, il s'agit de la condition *a minima*. L'objet commun de chacun des contrats de l'hypothétique catégorie des contrats préparatoires sera la préparation du contrat définitif.

379. Si l'on inclut dans la catégorie des contrats préparatoires, toute convention qui a pour objet de lier les parties dans l'attente de la survenance d'un élément nécessaire à la conclusion d'un contrat définitif, cela nous conduit à distinguer suivant deux cas de figure, soit cet élément nécessaire et manquant est indispensable à la formation du contrat définitif, soit il est seulement indispensable à son exécution concrète.

380. Cette distinction entre élément constitutif et accessoire, entre élément essentiel et modalité reprend, par référence au Code Civil qui sépare les conditions essentielles d'un contrat²⁸² des modalités des obligations²⁸³, la hiérarchie traditionnellement admise par la doctrine et la jurisprudence. En effet, la survenue de cet élément va former le contrat définitif si cet élément est constitutif et la parfaire si cet élément est accessoire. La distinction entre élément constitutif et accessoire permet également de classer les contrats préparatoires en fonction de la mise en œuvre du contrat. Les éléments constitutifs sont ceux que la loi requiert pour la formation du contrat. Etant donné que l'article 1108 du Code civil n'est pas limitatif, les contractants eux-mêmes peuvent s'imposer par une manifestation de volonté non ambiguë tout autre élément pour constituer le contrat définitif. Tout autre élément sera accessoire.

381. Il ne paraît pas opportun de considérer qu'il existerait une catégorie qui se

281 Voir supra n° 247 et s.

282 Article 1108 du Code Civil :

« 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. »

283 Article 1168 et suivants du Code civil sur la condition en général et ses diverses espèces

définirait par tout contrat ayant pour objet la conclusion du contrat définitif par la réalisation, autrement dit, l'exécution d'un élément accessoire. Le contrat définitif est alors déjà constitué, il ne lui manque plus qu'un détail pour être mis en œuvre mais il existe déjà et sa rupture peut entraîner la sanction de son inexécution.

382. La catégorie des contrats préparatoires se limitera ainsi logiquement, en tant que contrat préparant le contrat définitif et n'étant pas ce dernier déjà constitué, aux contrats ayant pour objet la conclusion du contrat définitif par la réalisation d'un acte constitutif. Cette acceptation ne limite cependant pas l'inclusion des devis, des contrats d'étude et autres, pour lesquels nous renvoyons au précédent développement.

383. L'objet du contrat préparatoire peut être une obligation de faire, ce qui est communément admis par la doctrine mais source de question que nous développerons par la suite. L'objet du contrat préparatoire est la préparation d'un contrat, le contrat définitif, par le biais d'une obligation de faire qui pourra être soit une obligation de négocier la poursuite ou la reprise des négociations, soit une obligation de négocier l'aménagement de celle-ci entre des parties identiques aux deux contrats.

384. Les traits communs, pris en la personne de l'objet des contrats préparatoires, doivent nous permettre d'établir une typologie des contrats considérés comme préparatoires, cela avait été rapidement abordé précédemment mais plus aux fins d'explicitier chaque détail de la recherche de cet objet que l'appartenance de tel ou tel contrat à la catégorie, qui n'était prise à ce stade que comme une notion qualificative et non une catégorie.

Paragraphe 2 - Une typologie sélective ?

385. Quels sont les contrats constituant la catégorie des contrats préparatoires ? Regrouper un ensemble de contrat au sein de la catégorie des contrats préparatoires n'est pas une chose aisée. La doctrine, elle-même, n'arrive pas à répondre à cette question et l'on sait que ce ne sera ni les textes légaux ni la jurisprudence qui

nous y aideront.

386. Pour un auteur, « *dans le domaine de la vente, les contrats préparatoires constituent une catégorie homogène qui se situe entre les contrats qui ont pour objet les pourparlers, et la réalisation définitive de la vente* »²⁸⁴. Il distingue deux sous-catégories, à savoir les contrats préparatoires ayant pour objet les pourparlers et les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, intégrant au final un très grand nombre de contrat à la catégorie des contrats préparatoires mais en ne justifiant que l'intégration des contrats préparatoires à la vente d'immeuble, ce qui limite son propos aux promesses unilatérales de vente et aux promesses synallagmatiques.

387. Les annotateurs du Code civil 2015 avaient classé les jurisprudences de l'article 1101²⁸⁵ sous la forme d'un plan où ils ont intégré les « contrats préparatoires » en titre entre les « pourparlers » et l' « offre ». L'examen des annotations du Code civil est à cet égard intéressant. Ceux-ci confortent sur un certain point la théorie précitée selon laquelle les contrats préparatoires se situent entre les pourparlers, étape précontractuelle de la négociation du contrat, et l'offre ou la réalisation définitive du contrat - à savoir la vente pour le Professeur Collart-Dutilleul- qui clôt cette période de négociation du contrat. En effet, une fois l'offre de contrat définitif émise, la négociation s'arrête et l'acceptation de ce contrat transfère les parties dans le contrat voulu.

388. Les annotateurs du Code envisageaient en 2011, parmi les jurisprudences sélectionnées, la lettre d'intention et l'accord de principe, uniquement alors que dans le Code civil 2015, ils ont intégré en plus sous l'accord de principe²⁸⁶ en 6bis et 6ter le pré-contrat et la promesse de contrat. Il nous semble que cette vision était très restrictive en 2011 et tendancieuse en 2015 avec l'intégration de deux éléments supplémentaires aux jurisprudences non évocatrices à notre sens.

284 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 4.

285 Article 1101 du Code civil : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire, quelque chose ».

286 Numéroté en 6.

389. Dans la lettre d'intention, les parties s'engagent de bonne foi à rechercher un accord sur les bases de leur négociation en prenant en compte les points déjà discutés. Cette lettre d'intention est courante dans la pratique internationale mais il ne s'agit pas d'un outil d'origine française ayant un appui législatif, ce qui la rend dangereuse d'utilisation dans des rapports internes.

390. La lettre d'intention peut ainsi renfermer un contrat préparatoire, en effet, la qualification contractuelle de tel ou tel accord inséré dans la lettre dépend dans une large mesure de la volonté des parties de se placer ou non sur le terrain contractuel mais il n'en est pas toujours ainsi, la lettre d'intention pouvant aussi renfermer une simple déclaration d'intention sortant du cadre contractuel ou se situant à mi chemin entre les deux lorsque les parties n'auront pas pris la peine de préciser leurs intentions réelles. Il ne pourra difficile d'inclure la lettre d'intention dans la catégorie des contrats préparatoires sans préciser que toutes les lettres d'intention ne seront pas des contrats préparatoires, et partant de là, nous créons une catégorie aux contours flous, ce que nous voulons éviter.

391. Quant à la l'accord de principe, la Cour de cassation considère que l'accord de principe²⁸⁷ est un engagement de poursuivre de bonne foi les négociations entreprises sans obligation d'aboutir. Cet accord est conforme à notre définition des contrats préparatoires²⁸⁸ et la jurisprudence a repris les propos des parties dans son arrêt qualifiant l'accord de principe de contrat préparatoire.

392. Le pré-contrat²⁸⁹ est un accord de principe lorsque l'on regarde de plus près la jurisprudence, un pré-contrat, un contrat préparatoire avant le contrat définitif.

393. Intégrer la promesse de contrat au sein des contrats préparatoires semble plus surprenant, surtout à l'intégrer en déclinaison des jurisprudences sur l'accord de principe. Lorsqu'on analyse la jurisprudence citée, on remarque qu'elle n'apporte en

287 Com., 2 juillet 2002, RTD.civ. 2003. 76, obs. Mestre et Fages.

288 Cass. ch. Soc. 24 mars 1958, JCP 1958, II, n° 10868 ou encore Cass. Civ. 16 avril 1973, Bull. Civ. III, n° 287, p. 207.

289 Soc. 17 mars 2014, Bull. civ. V, n° 69. « Qualification de pré-contrat de l'accord conclu entre un joueur et un club pour la saison suivante ».

rien à la notion de contrat préparatoire, cette jurisprudence concerne une promesse d'embauche qui est requalifiée par les juges en contrat définitif, c'est-à-dire en l'espèce en contrat de travail²⁹⁰, il s'agissait d'une promesse réunissant l'accord de volonté des deux parties sur les conditions nécessaires à la validité du contrat définitif, c'est pourquoi il est qualifié en tant que tel et n'est pas un contrat préparatoire, sa place au sein des jurisprudences précitées est erronée. C'est pourquoi nous ne tenons pas compte des ajouts du Code civil 2015, les annotateurs ayant souhaité limiter les contrats préparatoires à la lettre d'intention et à l'accord de principe.

394. Ainsi, la catégorie des contrats préparatoires pourrait regrouper seulement ces deux contrats, dont le sort n'est pas parfaitement maîtrisé par les parties, qui acceptent, bon gré, mal gré, de mettre leur éventuel conflit entre les mains d'un juge qui aura tendance à les intégrer dans la sphère contractuelle sachant que telle n'était pas leurs intentions de départ. Ces contrats qui n'ont pas lieu d'être des contrats au départ dans l'esprit des gens mais qui peuvent le devenir selon la formulation des clauses. Des contrats voulus ou non voulus, lorsque ceux-ci espéraient s'exclure de la sphère contractuelle, ayant pour objectif la préparation d'un contrat définitif futur.

395. Nous avons du mal à partager cette vision de la catégorie des contrats préparatoires qui nous paraît très réduite et à la fois tendancieuse étant donné le caractère mixte de ces contrats. La volonté des parties est parfois suppléée par celle des juges qui verront dans leur écrit plus qu'une simple intention ou un simple accord. Cette catégorie serait alors celle des contrats dangereux à utiliser.

396. D'autres typologies ont été proposées par d'autres auteurs, rejetant complètement celle-ci.

397. Le contrat préparatoire prépare le contrat définitif, nous avons conclu dans nos précédents développements que la catégorie des contrats préparatoires pourrait se

²⁹⁰ Soc. 15 décembre 2010, Bull. civ. IV, n° 296 ; D. 2011 .170 ; JCP 2011. 592, obs. Loiseau. « Constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail, l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction ».

limiter au moment où naissent les obligations du contrat définitif²⁹¹.

398. Le contrat de promesse en est un exemple, celui-ci oblige celui qui s'engage à conclure le contrat promis. Certains auteurs²⁹² considèrent que la promesse unilatérale de contrat n'est pas un contrat préparatoire, en particulier en évoquant le contrat de promesse unilatérale de vente. *« Du point de vue de leur rôle respectif, on constate que la promesse de contrat vise plutôt la fixation de l'offre d'une des parties afin qu'elle ne puisse plus se rétracter. Partant, avec la promesse, on n'est plus au stade de la préparation ; les jeux sont faits, au moins du côté du promettant. Son engagement est irrévocable, il n'y a plus rien à préparer ; tout a été déjà négocié et fixé »*²⁹³. *« Le promettant ne peut plus renégocier les clauses du futur contrat »*. *« La rétractation ou la modification éventuelle de l'offre équivaut à une inexécution fautive du contrat de promesse*²⁹⁴ *de nature à mettre en jeu la responsabilité contractuelle du pollicitant »*²⁹⁵. Cet auteur compare ensuite ces critères avec ceux du contrat préparatoire tel que lui l'a défini, *« avec le contrat préparatoire, les candidats-contractants se trouvent, certes, engagés mais ils gardent une liberté de manœuvre beaucoup plus grande que dans le cas d'un contrat de promesse. La possibilité de négocier les éléments du futur contrat reste toujours ouverte »*²⁹⁶.

399. Une catégorie des contrats préparatoires a ainsi été définie par cet auteur excluant l'ensemble des promesses de contrat. Les promesses unilatérales de contrat sont exclues car l'auteur considère qu'il n'y a point de négociation après conclusion du contrat de promesse. Nous partageons son avis. En effet, la négociation se joue avant la conclusion du contrat de promesse, celui-ci arrête la négociation et offre au bénéficiaire de la promesse la possibilité de conclure le contrat promis. Il offre au bénéficiaire un délai en lui réservant le contrat. Hors dans la catégorie des contrats préparatoires envisagée par l'auteur et par nous-même également, la négociation du contrat définitif se déroule entre la conclusion du contrat préparatoire et la conclusion du contrat

291 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 4.
292 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 43 et s.
293 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 43.
294 Voir infra n° 513 et s. pour plus de précisions sur les inexécutions de promesses unilatérales.
295 Ibid., p. 44.
296 Ibid., p. 44.

définitif qui découlera de ce temps laissé après la conclusion du contrat préparatoire. Celui-ci ne peut être le contrat définitif négocié, car dans ce cas, il n'y a plus de négociation, le contrat ne prépare plus le contrat définitif, il n'y a plus rien à préparer. Il est le contrat définitif.

400. Il est pourtant admissible que considérer que la promesse unilatérale de contrat permet de préparer le contrat définitif en aménageant un temps, un délai pour que le bénéficiaire lève l'option. Le contrat est négocié en effet mais le bénéficiaire de l'option n'est pas certain de son engagement présent pour une ou plusieurs raisons, les conditions du contrat sont pourtant négociées et les deux parties sont parvenues à un accord mais cet accord ne peut être validé par le bénéficiaire, il a peut-être un crédit à demander afin de parfaire son consentement ne voulant pas se mettre en danger de rompre son engagement faute d'accord, il n'a peut-être pas du tout l'intention de signer la convention dans l'immédiat mais c'est aménager un délai pour y songer ou il attend le moment le plus opportun pour réaliser l'opération, etc.

401. Qu'en est-il d'une promesse synallagmatique de contrat ?

402. Le contrat de promesse synallagmatique peut avoir un intérêt pour les parties comme le précisent ces auteurs : *« l'utilité de la promesse de contracter résulte cependant de la gestion contractuelle, par ce contrat, du temps nécessaire soit à la précision ou la détermination des éléments nécessaires à la formation du contrat, chose ou prix, soit à l'accomplissement de formalités ou l'obtention d'un prêt. C'est ce sens que la promesse synallagmatique de contrat est véritablement un contrat préparatoire distinct du contrat préparé²⁹⁷ »²⁹⁸.*

Cependant, considérer que le contrat de promesse synallagmatique est différent du contrat préparé va à l'encontre de l'énoncé de l'article 1589 du Code civil qui dispose pour le contrat de vente que le contrat de promesse synallagmatique est formé dès lors que sont réunis un accord sur la chose et sur le prix du contrat. Un auteur de la

297 En ce sens, L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats, RTD civ. 1949, p. 1 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les contrats spéciaux...

298 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 360.

doctrine souligne que la promesse synallagmatique ne peut être considérée comme un avant-contrat « *puisque'il ne s'agit plus d'un contrat préparatoire à la vente, mais de la vente elle-même* »²⁹⁹. Il y a lieu de penser que le raisonnement peut être étendu à l'ensemble des contrats, lorsque les éléments essentiels d'un contrat de promesse synallagmatique seront définis, nous nous trouverons dans le contrat promis lui-même. Inversement, si l'un des éléments essentiels venaient à manquer ou à ne pas être défini ou déterminable, alors le contrat de promesse synallagmatique aurait une existence autonome par rapport au contrat définitif et pourrait être considéré comme un contrat préparatoire, ou un avant-contrat en acceptant la dénomination de cet auteur.

Ainsi suivant la raison qui pousse les parties à ne pas conclure le contrat immédiatement, il existe un aménagement de la négociation mais sans obligation de négocier quoi que ce soit une fois la promesse conclut, le consentement de l'une des parties ou des deux parties nécessite un fait, un acte de confirmation pour savoir exactement ce sur quoi elles s'engagent. Durant ce laps de temps, il n'y a pas de négociation mais il y a un temps préparant la conclusion du contrat définitif sans lequel la promesse ne pourrait être réitérée sous forme de contrat définitif. On se rapproche d'un contrat préparatoire lorsque la promesse sera autonome par rapport au contrat définitif, le contrat définitif ne sera d'ailleurs pas conforme à la promesse synallagmatique si un élément essentiel était manquant, celui-ci complètera le contrat définitif. Dans de nombreux cas, les promesses synallagmatiques ne seront pas des contrats préparatoires car elles seront le contrat définitif.

403. Cette idée d'autonomie de la promesse ne nous semble pas transposable à la promesse unilatérale, il y a juste une possibilité de lever l'option, les éléments essentiels du contrat sont présents, s'éloignant de nos critères d'identification des contrats préparatoires.

404. Le contrat conditionnel entre dans la catégorie des contrats préparatoires pour certains auteurs et bien évidemment, en est exclu pour d'autres. On comprend parfaitement les réticents car le principe même du contrat conditionnel est d'être dans le contrat projeté. Le contrat préparatoire prépare le contrat définitif. Si les parties ont déjà

299 Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 2014, 13^{ème} édition, p. 85.

signé le contrat définitif, en quoi le contrat définitif peut-il se préparer lui-même. La préparation nécessite-t-elle un nouveau contrat pour prendre fin, le contrat préparé peut-il être le contrat définitif ?

405. Juridiquement, on pourrait considérer que le contrat conditionnel est un contrat préparatoire, les parties ont d'ores et déjà signées le contrat définitif, seulement celui-ci ne prendra effet que lorsque la condition suspensive aura été réalisée. La clause suspensive est une clause préparatoire du contrat définitif. Si elle n'est pas réalisée, le contrat devient caduc, il prend fin à ce moment. C'est en ce sens que certains auteurs évoquent le contrat conditionnel comme « *le plus achevé des contrats préparatoires. Dans ce cas, le contrat projeté est conclu, les parties ayant accordé leurs volontés sur les éléments qui le constituent, mais il l'est sous la condition que survienne tel événement précisément défini*³⁰⁰ »³⁰¹.

406. En tenant compte des critères d'identification de la notion de contrat préparatoire que nous avons dégagé, il n'est pas si facile d'aboutir à une catégorie fine, l'interprétation reste de mise, comme souvent en droit français mais nous ne pouvons valider le contrat conditionnel en tant que contrat préparatoire pour les mêmes raisons que pour la promesse si ce n'est pour des raisons encore plus fortes, le contrat conditionnel marque l'absence de nouveau contrat suite au contrat définitif. Le contrat préparatoire est un contrat distinct du contrat préparé.

407. Le contrat-cadre peut également rentrer dans la catégorie des contrats préparatoires, il est un accord qui fixe les modalités de conclusion des contrats d'applications futurs. Il prépare ainsi la conclusion des contrats définitifs. Le contrat-cadre est bien différent du contrat définitif, à la différence du contrat conditionnel ou du contrat de promesse. Pour une partie de la doctrine, l'originalité du contrat-cadre réside

300 C'est le mécanisme de la condition suspensive (v. vol. 3 – Le rapport d'obligation- n° 227 et s. par J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 13e éd., Sirey, 2008). On a justement observé que celui de la condition résolutoire est inconciliable avec la notion de contrat préparatoire, puisque le contrat sous une telle condition produit immédiatement ses effets (COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988, n° 156 et s.).

301 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 13e éd., Sirey, 2008, p. 120.

dans le fait qu'il appartient précisément à la catégorie des contrats préparatoires³⁰², en revanche, la jurisprudence, poursuivant ouvertement une finalité sociale, lui accorde un traitement fort distinct de celui d'un contrat préparatoire³⁰³. En effet, plusieurs lois françaises et règlements communautaires organisent la rupture des contrats cadres³⁰⁴ alors que les autres contrats préparatoires n'ont pas de définition légale de leurs sanctions. Il s'agit toujours là de prendre en considération la typologie de chaque auteur, qui aboutit à des solutions différentes.

408. Au final, cet auteur définit entre les lignes la catégorie de contrats préparatoires comme étant l'ensemble des contrats dépourvus d'encadrement légal concernant leurs ruptures, point intéressant que nous développerons par la suite. Nous ne pouvons ainsi inclure au sein de la catégorie des contrats préparatoires le contrat-cadre étant donné son exclusion claire par la jurisprudence et notre volonté de dégager une notion juridiquement viable.

409. On voit ainsi apparaître les problèmes d'identification de la catégorie des contrats préparatoires, certaines interprétations sont encore possibles ce que nous voulons par-dessus tout éviter. Un élément d'identification de cette catégorie manque encore, celui du régime qui réunira tel ou tel contrat, aux traits communs, répondant à la définition des contrats préparatoires, et déterminera celui qui en est définitivement un.

410. Un régime commun doit exister pour que la catégorie ait un sens autre que pratique ou terminologique, afin d'ébaucher un régime de ces contrats préparatoires et surtout afin de mettre fin à tout débat possible sur la typologie des contrats préparatoires, car, comme nous venons de le voir, il est aisé d'inclure au sein de la catégorie des contrats préparatoires tous les contrats ou toutes les formes contractuelles précédant le contrat définitif en argumentant l'interprétation des critères d'identification que nous avons dégagé.

302 J.M. MOUSSERON et A. SEUBE, à propos des contrats d'assistance et fourniture, D. 1973, chron. p. 197

303 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 132.

304 Que ce soit l'organisation de la rupture d'une relation commerciale établie ou le règlement communautaire 1475/95 relatif au contrat de concession automobile.

411. Un régime commun doit exister pour fonder la catégorie, les contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif et possédant un régime commun pourront être réunis au sein de la catégorie.

Section II - Le constat de la diversité

412. L'intérêt de découvrir si il existe un régime commun de la catégorie des contrats préparatoires réside dans la précision du contenu de la catégorie en premier lieu mais aussi, à permettre à cette éventuelle catégorie des contrats préparatoires de se différencier d'autres catégories en second lieu.

Nous chercherons au sein des conditions de formation des contrats préparatoires (Paragraphe 1) certaines spécificités permettant de s'écarter du régime classique du droit des contrats avant d'aborder l'inexécution des contrats préparatoires (Paragraphe 2) qui pourrait être un élément déterminant de cette catégorie.

Paragraphe 1 - Les conditions de formation du contrat préparatoire

413. Les conditions de forme (A) seront rapidement envisagées afin de prendre plus de temps sur les conditions de fond (B) nous intéressant davantage dans notre recherche de crédibilisation de la catégorie.

A. Les conditions de forme

414. En raison du principe de la liberté contractuelle, l'absence de forme constitue tout naturellement le principe fondamental. Le consensualisme est la règle (1) quoique certaines formes probatoires (2), tout comme le formalisme fiscal (3), soient imposées par le législateur.

1) Le principe du consensualisme

415. Un accord de volonté est nécessaire sur chaque élément du contrat. En cas de manquement à cette obligation, le contrat sera nul pour défaut de consentement. Pour que naissent les contrats préparatoires, il faut que deux ou plusieurs contractants aient consenti et que leur volonté soit déclarée et saine. La jurisprudence a parfois admis quelques exceptions en établissant une hiérarchie entre les clauses essentielles et les clauses accessoires au contrat.

416. De cette hiérarchie a découlé l'idée en jurisprudence et chez quelques auteurs dont Pothier que lorsque les parties se sont accordées sur les éléments essentiels du contrat, ce dernier doit être considéré comme conclu. Cette idée se retrouve dans les travaux de Domat et Pothier qui fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent. Cette théorie permet aux contractants d'ériger en éléments essentiels à la formation du contrat des éléments jugés accessoires voire étrangers au contrat selon les critères retenus par le droit commun et ceci par leur seule volonté. Cela peut être des éléments objectivement essentiels ou des éléments secondaires que les parties ont entendu considérer comme essentiels³⁰⁵.

417. Afin de déterminer cette hiérarchie, l'article 1156 du Code civil impose au juge d'interpréter les conventions en recherchant « *quelle a été la commune intention des parties contractantes* ». Le silence des parties conduit le juge à utiliser les critères posés par la loi. Les contractants sont présumés avoir manifesté l'intention de soumettre leur contrat aux conditions de droit commun.

418. « *L'élément consensuel doit, exceptionnellement, être complété par l'accomplissement d'une formalité – élément solennel – ou la tradition d'une chose matérielle – élément réel, même si la catégorie des contrats réels paraît en forte*

³⁰⁵ Req., 1er déc. 1885, S. 1887.1.167, Grands arrêts, t. 2, n° 244 : la vente est parfaite dès l'accord sur la chose et le prix, peu importe que les modalités de paiement n'aient pas encore été convenues, puisque les parties n'avaient pas érigé ces modalités en élément essentiel du contrat.

régression. »³⁰⁶ et ce à titre probatoire.

2) Formes probatoires

419. Un contrat est solennel dès l'instant que l'expression du consentement doit être extériorisée selon la forme impérativement déterminée par la loi, à peine de nullité, et sans équivalent possible³⁰⁷, autrement dit, un contrat ne sera pas solennel dès lors que son inobservation n'aura pas pour sanction la nullité du contrat.

420. La loi exige *ad probationem* que la vente d'immeuble soit constatée par écrit, ainsi le principe du consensualisme est écarté pour certaines ventes d'immeubles à construire (art. L.261-11 du Code de la construction et de l'habitation³⁰⁸). La loi exige *ad validitatem* la réalisation d'un acte authentique afin d'assurer la sécurité de l'acquéreur d'un immeuble du secteur protégé. La vente devient alors un contrat solennel, la forme authentique étant requise à peine de nullité du contrat³⁰⁹.

421. L'acte authentique n'a qu'une utilité probatoire sauf intention différente des parties³¹⁰.

422. Pour en revenir aux contrats préparatoires, aucun texte n'exige telle ou telle forme pour l'extériorisation du consentement des parties lors de la conclusion du contrat préparatoire hormis le cas du courant de pensée validant les promesses de contrat comme contrat préparatoire. Les promesses de contrat ayant pour objet un immeuble devront prendre la forme solennelle.

En effet, ce qui concerne les promesses de contrats solennels la jurisprudence considère sur ce point, que les diverses manifestations de volonté qui se rapportent à

306 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 28.

307 J. Ghestin, *Le contrat*, p. 248, n° 223.

308 « Le contrat doit être conclu par acte authentique... »

309 F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse, 1988, p. 78

310 *Ibid.*, p. 91.

l'acte forment avec ce dernier un ensemble indivisible qui doit revêtir la même forme³¹¹.

423. Cela pose la question de savoir si le contrat préparatoire doit revêtir la même forme que le contrat définitif. Si le contrat définitif doit être passé par acte authentique, le contrat préparatoire devrait-il imiter le contrat qu'il prépare.

Les jugent estiment que lorsque la forme requise cherche à protéger le consentement, la promesse de conclure le contrat solennel doit, pour être valable, revêtir la même forme³¹², en revanche lorsque la forme tend à protéger les intérêts des tiers une promesse consensuelle devrait être valable³¹³.

424. Concernant les promesses synallagmatiques de contrat, il résulte des développements précédents *« que l'acte sous seing privé par lequel l'acquéreur donnerait son consentement à la vente ne produirait aucun effet. De ce fait, on doit rejeter la possibilité d'une promesse synallagmatique consensuelle de vente d'immeuble à construire dans le secteur protégé. Pour être valable, l'avant-contrat doit revêtir la même forme que le contrat lui-même »*³¹⁴. *« C'est donc seulement lorsque la loi soumet la vente d'immeubles à l'obtention d'une autorisation administrative que le concept d'avant-contrat synallagmatique de vente, institution autonome, présente un intérêt »*³¹⁵.

425. Les conditions de formes requises pour l'efficacité des contrats préparatoires exceptés les promesses de contrat, subissent, beaucoup les conditions de fond, le poids de la relation existante entre les contrats préparatoires et le contrat définitif.

En effet, les contrats préparatoires peuvent être efficaces sous n'importe quelle forme dès lors que l'accord de volontés a été constaté. Ce qui veut dire encore que la forme éventuellement requise pour le contrat définitif n'est pas également exigée pour

311 Dijon, 26 avril 1932, D.H. 1932, p. 339 ; Trib. Civ. Seine, 16 mars 1966 juriscl. Civ. Fasc. A, art. 931.

312 Ainsi par exemple, l'article 12 de la loi du 29/06/1936 qui prévoit des mentions obligatoires dans toute cession d'un fonds de commerce en vue de protéger le consentement de l'acquéreur, doit être respecté par la promesse unilatérale d'achat du fonds.

313 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 78 : « Lorsque la forme solennelle est requise afin de protéger une partie contractante, elle l'est également pour la promesse de contrat, à peine de nullité. En revanche, lorsque cette exigence tend à protéger les tiers, la promesse consensuelle est alors valable ».

314 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 79

315 Ibid., p. 79

les contrats préparatoires.

426. Un nouvel argument se dégage pour exclure les promesses de contrat, seuls contrats supposés préparatoires pour une partie de la doctrine, soumis à l'obligation de passation sous la forme d'un acte authentique. Les autres contrats préparatoires n'ont pas pour effet de créer, contrairement aux contrats de promesse, une obligation de nature à lier le consentement des parties au contrat définitif³¹⁶, toute protection du consentement par la forme lors de la conclusion des contrats préparatoires devient, conséquemment inutile, voire inopportune. Le caractère indivisible de l'ensemble contractuel ne suffit pas, à lui seul, à justifier l'exigence de la même forme pour tous les contrats préparatoires.

427. Le pacte de préférence n'est en principe soumis à aucune forme particulière, cependant, « *certaines pactes de préférence doivent respecter l'accomplissement de formalités prévues par la loi pour être valides* »³¹⁷, ces contrats sont ceux de vente d'immeubles à construire. Mais les pactes de préférence ne concernant pas un immeuble à construire mais une maison ancienne par exemple ne seront pas soumis à publicité obligatoire³¹⁸ alors que la vente, contrat définitif, sera soumis à publication. Cela montre que certains préparatoires concernant la vente d'immeuble ne sont pas soumis à des obligations de formalisme et que la totalité des contrats préparatoires auxquels nous accordons notre crédit ne sont soumis à aucune obligation formelle probatoire.

3) Formalisme fiscal

428. En dehors des formes probatoires, il existe des formalités fiscales et des formalités de publicité qui ont essentiellement pour intérêt d'être vu ici afin de ne pas exclure, sans avoir tous les éléments en notre possession, les contrats de promesse.

316 A l'égard duquel les parties demeurent libres de contracter comme de ne pas contracter.

317 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 300.

318 Voir infra n° 496 et s. sur la publication des pactes de préférence et leur inexécution.

429. Pour commencer par la formalité fiscale d'enregistrement, les dispositions de l'article 1840 A du CGI sont des dispositions exceptionnelles, elles sont de fait d'interprétation stricte, seules les promesses unilatérales de vente tombent sous le coup de cet article³¹⁹.

Si l'on exclut de la catégorie des contrats préparatoires les promesses unilatérales, la formalité d'enregistrement obligatoire prévue par l'article 1840 A n'est, alors pas requise pour les autres contrats préparatoires.

Pourquoi exclurait-on les contrats préparatoires, en général, de cette obligation d'enregistrement ? Si les contrats préparatoires sont affranchis des formalités fiscales c'est principalement en raison de leur caractère purement préparatoire : l'administration fiscale n'a véritablement pas de raison sérieuse de se montrer méfiante à l'égard de ce type d'accord.

430. Ainsi, la Cour de cassation, ayant été appelée à se prononcer sur la nature juridique du contrat préliminaire à une vente d'immeuble à construire, a décidé « *qu'il s'agissait d'un contrat sui generis essentiellement synallagmatique lequel comporte des obligations réciproques, le vendeur s'engageant en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou une partie de l'immeuble et qu'en conséquence un tel contrat ne peut être identifié à la promesse unilatérale de vente acceptée au sens de l'article 1840 A du Code général des impôts, dont les dispositions sont d'interprétation stricte* »³²⁰. Dans ce cas là, il est possible de remarquer qu'il n'y a pas d'obligation d'acheter puisque le réservataire est libre de préférer perdre son dépôt de garantie.

431. Le formalisme de la catégorie des contrats préparatoires n'est pas homogène, les promesses de vente sont sujettes à un formalisme lourd comparé au reste des contrats préparatoires ou le principe du consensualisme prime.

432. Une unité de régime de la catégorie se dégagera peut-être concernant les

319 Cass. 27 octobre 1975, JCP 1976, II, 18340.

320 Cass. 27 octobre 1975, Bull. Civ. III, p. 234, n° 309 ; P. Malinvaud et P. Jestaz, JCP 1976, 2790 ; dans le même sens cass. 30 avril 1985, JCP 1985, IV, p. 245.

conditions de fond.

B. Des conditions de fond totalement similaires ?

433. Les conditions de formation sont comme que pour toute convention, ce sont les quatre conditions énoncées à l'article 1108 du Code civil que sont « *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* ».

434. Il existe cependant quelques particularités propres à chacun des contrats que l'on pourrait inclure dans la catégorie des contrats préparatoires que nous pensons utile de souligner afin de se rendre pleinement compte des différences de régime entre les contrats dit préparatoires par la doctrine. Ces différences existent concernant la capacité (1), l'objet (2) et la cause (3).

1) La capacité

435. Faut-il un degré de capacité identique entre le contrat préparatoire et le contrat définitif ? Une réponse positive pourrait nous amener à effectuer une sélection des contrats ne répondant pas à ce point là.

436. La capacité de conclure une promesse unilatérale de contrat est appréciée au jour de la promesse pour le promettant et au jour de la levée de l'option pour le bénéficiaire³²¹ alors que concernant un pacte de préférence, la capacité d'aliéner est appréciée lors de la conclusion du contrat définitif. Il n'y a rien de surprenant à cela, c'est de la logique pure et simple mais qui marque déjà des différences entre les contrats.

437. En ce qui concerne le cas de la promesse unilatérale de vente, le

321 Civ., 24 octobre 1950, JCP 1951, IV.174.

promettant consent d'ores et déjà à vendre, c'est la raison pour laquelle le promettant doit avoir, dès la signature de la promesse unilatérale de vente, la capacité d'aliéner³²².

Ainsi, la survenance de la folie entre la conclusion du contrat de promesse et la formation du contrat définitif a suscité des difficultés particulières à plusieurs reprises pour se conclure à chaque fois par le respect des principes fondamentaux du droit. Pour la Cour de cassation³²³, lorsque la défaillance du consentement intervient après l'avant-contrat, lors de la signature de l'acte authentique constatant la formation du contrat définitif, elle ne constitue pas un vice susceptible d'entraîner la nullité du contrat principal. Solution confirmée sous de meilleures formes dans un arrêt rendu le 7 février 1982³²⁴, elle a approuvé les juges du fond d'avoir constaté la conclusion du contrat principal malgré la folie du promettant lors de la levée de l'option et d'avoir « *supplée à la rédaction de l'acte authentique par la publication du jugement constatant la réalisation de la vente* »³²⁵. Le jugement sert à constater l'acte authentique à la place du dément considérant que celui-ci a bien consenti en connaissance de cause à l'avant-contrat, contrat préparatoire pour certains auteurs, ce consentement suffisant à lier les parties pour l'acte authentique à venir.

438. En effet, la capacité des parties s'apprécie de la même manière que celle d'un acte d'administration, la fait que le pacte de préférence prépare un contrat translatif de droits n'y change rien³²⁶, la capacité de disposer ne devant exister qu'au moment de l'exercice du droit de préférence.

439. Le pouvoir est une déclinaison de la capacité. « *La capacité est l'aptitude à agir valablement pour soi-même, le pouvoir est la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui* »³²⁷. Autrement dit, la capacité est l'aptitude d'exercer ses propres droits alors que le pouvoir est l'aptitude d'exercer les droits d'autrui, l'aptitude à agir pour son

322 V. Marty et Raynaud, t. 2, vol. 1, n° 114. Il en résulte que la folie du promettant, survenue entre la conclusion de la promesse et la levée de l'option, ne remet pas en cause la validité du contrat préparatoire ni la réalisation du contrat définitif : Civ. 3E, 7 janvier 1982, RTD.civ. 1982.600, obs. Chabas.

323 Cass. Civ. 3E, 30 nov. 1971, JCP 1972.II.17018.

324 Cass, 3e civ., 7 février 1982, Gaz.pal 1982-1; RTDC 1982.600, obs. Chabas.

325 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T II, p. 786

326 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 300.

327 PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil par Ripert, et Boulanger, t. I, 1956, p. 917, n° 2538.

compte.

Cette distinction permet de mettre en évidence un problème, celui des pouvoirs. Cette problématique ne se pose que lorsque l'auteur du contrat préparatoire est une partie qui agit au nom et pour le compte d'un tiers, ce serait le cas d'un gérant ou d'un administrateur de société, d'un mandataire, etc... Faut-il alors que cet auteur dispose des pouvoirs nécessaires à la conclusion du contrat définitif pour pouvoir passer valablement le contrat préparatoire?

440. Plusieurs hypothèses peuvent être mise en avant, la première serait celle où le négociateur mandaté dispose effectivement de pouvoirs nécessaires à la conclusion du contrat définitif.

De cette situation, la solution découle du simple bon sens : qui peut le plus peut le moins, celui qui est autorisé à conclure un contrat principal l'est normalement pour conclure les accords qui tendent à le préparer. La seule limite à cette autorisation trouve sa source dans la finalité des pouvoirs qui ont été conférés à l'intermédiaire ; ce dernier doit, en effet, en faire usage en se conformant à l'obligation de servir essentiellement les intérêts du tiers représenté.

Cette violation du devoir de faire du bon usage des pouvoirs, le non respect des intérêts légitimes du futur contractant pour le compte de qui il négocie est constitutif d'un détournement de pouvoirs ³²⁸.

441. En principe, qu'il s'agisse d'un contrat préparatoire ou d'un contrat ordinaire, pour que la nullité soit déclarée, il faut qu'une atteinte grave soit portée à un texte de portée générale contenant des dispositions d'ordre public ou à un principe général de droit, or il n'existe aucun texte ni principe qui prévoit en l'occurrence la sanction de ce vice. Par conséquent, on peut soutenir que même en cas de détournement de pouvoirs le contrat préparatoire, une fois passé est juridiquement valable à moins que le détournement commis ne constitue une illicéité de la cause dans sa conception subjective c'est-à-dire un motif déterminant de l'acte ou une fraude³²⁹. Dans ce cas, le

328 Sur la notion de détournement de pouvoirs en droit privé, v. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, D. 1952, p. 249 ; M. Storck, *Recherches sur le mécanisme de la représentation dans la réalisation des actes juridiques en droit français*, thèse Strasbourg, 1980, p. 276.

329 V. également pour le recoupeMENT entre la fraude et le détournement de pouvoirs, L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, D. 1928, p. 237, n° 190 ; l'auteur affirme que « la

contrat préparatoire peut, mais seulement sur cet autre fondement, être déclaré nul ou inopposable. Mais si la sanction du détournement de pouvoirs ne porte pas atteinte à la validité du contrat préparatoire l'intermédiaire fautif pourra s'exposer évidemment à d'autres sanctions pénales et civiles³³⁰. A ce moment là, l'action en réparation pourra se cumuler avec un recours en annulation ou en inopposabilité.

442. Si la personne pour le compte de qui l'intermédiaire a négocié a obtenu l'annulation du contrat préparatoire conclu, cela implique que le tiers ayant contracté avec l'intermédiaire va subir nécessairement un préjudice résultant de l'absence des effets escomptés. Par voie de conséquence une réparation lui sera due. La responsabilité encourue est en principe de nature délictuelle étant donné que le fait générateur ainsi que le dommage subi ne trouvent plus leur source dans l'inexécution des obligations engendrées par le contrat préparatoire, qui se trouve en la circonstance, annulé.

443. Une autre hypothèse serait celle où l'intermédiaire est attributaire de pouvoirs nécessaires mais seulement à la conclusion des contrats préparatoires, celle du contrat définitif étant réservée à la compétence du client, futur contractant du contrat définitif. Il s'agit de l'hypothèse défendue par certains auteurs³³¹ selon laquelle les contrats préparatoires peuvent être conclus par des personnes différentes que celles qui devront conclure le contrat définitif. Soit l'intermédiaire se limite scrupuleusement à la conclusion des contrats préparatoires : il ne fait alors qu'user des pouvoirs dont il est effectivement attributaire avec la limite déjà examinée dans notre première hypothèse, soit le négociateur, ne respectant pas l'étendue de ses prérogatives, dépasse les limites externes ; viole le droit d'autrui : il commet alors un dépassement de pouvoirs qui équivaut à un défaut de pouvoirs.

fraude constitue le type accompli du mobile illicite, révélateur d'un détournement commis par le titulaire de la prérogative utilisée ».

330 Les sanctions pénales ne sont possibles que lorsque l'intermédiaire ayant commis un détournement tombe sous le coup d'une disposition pénale spéciale tel que l'art. 408 réprimant l'abus de confiance, en revanche la responsabilité civile pourra toujours être engagée dès lors qu'est constaté une faute dans l'action exercée pour le compte de qui il négocie ayant entraîné un dommage réparable.

331 Notamment A. LASSOUED.

- **Incapacité spéciale**

445. Toute personne est capable de conclure un contrat préparatoire à moins qu'elle ne soit frappée d'une incapacité quelconque établie par loi³³².

La capacité est une condition de formation des contrats préparatoires qui doit, sous peine de sanction, être remplie.

Si l'incapable est frappé d'incapacité générale de contracter, il ne peut dans ce cas conclure valablement un contrat préparatoire au même titre que tout autre contrat. En revanche, s'il est frappé d'incapacité spéciale c'est-à-dire d'une interdiction de contracter uniquement un certain type de contrats parmi lesquels figure le contrat définitif. Celui qui est incapable de conclure le contrat principal doit, a fortiori, l'être aussi pour les contrats accessoires ; le principal étant nul, l'accessoire doit suivre le même sort.

446. Les contrats préparatoires ne peuvent, par eux-mêmes, pour certains auteurs, créer une obligation de conclure le contrat définitif interdit et par la même heurter en plein front l'incapacité édictée. Dans cette acceptation de la catégorie des contrats préparatoires, la liberté de ne pas contracter le contrat définitif s'accommode parfaitement avec la capacité de conclure les contrats préparatoires. En revanche, lorsque l'incapacité établie est une incapacité spéciale de défiance c'est-à-dire qui fonctionne contre l'incapable susceptible de compromettre les intérêts particuliers d'autrui ou l'intérêt général par son contrat³³³, il serait dès lors plus conforme à la finalité de l'incapacité édictée que la sanction soit davantage renforcée par la privation de l'incapable de conclure même les contrats préparatoires.

332 Deux capacités essentielles dominent la matière, l'incapacité de jouissance qui consiste à priver l'incapable de certains droits et l'incapacité d'exercice qui consiste à priver l'incapable de la possibilité d'exercer lui-même certains droits sans lui enlever ces droits eux-mêmes. V. G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les personnes, 3eme éd., p. 631, n° 506.

333 Tel est le cas de l'incapacité dictée à l'encontre du médecin de recevoir à titre gratuit du défunt qu'il a soigné au cours de sa dernière maladie.

- **Engagement d'une personne morale :
inopposabilité du défaut de pouvoir aux tiers**

447. Lorsque l'intermédiaire contractant le contrat préparatoire est dépourvu de pouvoirs pour conclure le contrat définitif projeté, si celui-ci dépasse son pouvoir, le contrat conclu restera valide, cependant il ne pourra pas produire d'effet à l'égard du tiers représenté par l'intermédiaire. Le contrat définitif est inopposable au tiers représenté³³⁴. En effet, outre les contrats préparatoires, le contrat pour autrui est toujours considéré comme valable mais inefficace³³⁵.

448. En ce qui concerne la capacité à engager une société vis-à-vis des tiers, la réponse est l'inopposabilité du défaut de pouvoir aux tiers. En effet, telle est la réponse du droit lorsque les restrictions aux pouvoirs du représentant légal sont de nature statutaires. Ainsi, dans les sociétés civiles, les sociétés en commandite et les sociétés en nom collectif, le gérant engage la société à l'égard des tiers même si l'acte en cause ne rentrait pas dans ses attributions. De même pour les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée, s'agissant des actes accomplis par le président du conseil d'administration ou du directoire ou par les directeurs généraux ou par les gérants. Pour ces dernières sociétés, les tiers bénéficient d'une protection supplémentaire puisque les actes accomplis par les représentants légaux engagent la personne morale, même s'ils sont accomplis en dehors de l'objet social³³⁶.

- **Mandat apparent**

449. La capacité, dans le cadre du mandat doit s'apprécier en la personne du mandant, c'est en effet le représenté qui sera lié par le contrat conclu et non le

334 A. RIEG, Encycl. D. rep. Civ. 2^{ème} éd. V° Porte fort, n°8.

335 Cette inopposabilité aux tiers est une sanction qui ne s'attaque pas à l'acte lui-même mais seulement à ses effets et par conséquent, à défaut de confirmation ou de ratification ultérieure du tiers, le contrat préparatoire ou ordinaire conclu pour autrui ne peut lier ce tiers ; dès lors qu'il n'a pas participé directement ou indirectement à son établissement. Il s'agit là de l'application de la règle res inter acta ; c'est-à-dire principe de l'effet relatif des contrats. V. A. WEILL, La relativité des conventions en droit privé français, thèse Strasbourg, 1939, n° 59.

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

mandataire, il est primordial que le mandant dispose de la capacité pour ne pas donner un mandat lui étant préjudiciable. La capacité protège une personne contre un acte dont les effets sont susceptibles de lui nuire, c'est pour cela qu'elle doit s'apprécier en la personne du mandant³³⁷. A l'inverse, les exigences tenant au consentement s'apprécient en la personne du mandataire et non du mandant³³⁸.

450. Lorsque l'intermédiaire se présente comme une personne apparemment titulaire de pouvoirs nécessaires pour engager le représenté il serait difficile pour l'interlocuteur en question de vérifier en toute situation la réalité de ses pouvoirs sans provoquer l'établissement de la suspicion et de la méfiance entre eux. Ainsi l'apparence doit-elle prévaloir dans certains cas sur la réalité quand une erreur légitime a été commise par un tiers. L'intermédiaire titulaire apparent de pouvoirs engage directement la personne pour le compte de qui il négocie envers le tiers qui a pu légitimement ignorer la réalité, le défaut de pouvoirs, « *il faut, martèlent les arrêts, que la croyance du tiers en l'existence des pouvoirs soit légitime, ce qui suppose que les circonstances l'aient autorisé à ne pas vérifier l'existence ou les limites du pouvoir* »³³⁹.

451. L'inefficacité du contrat préparatoire à l'égard du représenté pour le compte de qui l'intermédiaire est intervenu peut se justifier aisément lorsque le représenté se trouve tout d'un coup impliqué dans un lien de droit entraînant pour lui un

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

338 Comp. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, L'acte juridique, 12eme éd., Armand Colin, 2006, n° 428, pour lesquels les vices du consentement s'apprécient aussi bien à l'égard du représentant que du représenté.

339 O. DESHAYES, L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 58.

engagement d'une importance plus ou moins grave. Pour certains, le contrat préparatoire ne peut en aucun cas produire une obligation de conclure le contrat définitif, si ce n'est des obligations de portée limitée à la préparation de celui-ci. Partant, une fois que la liberté contractuelle de ne pas conclure le contrat définitif est sauvegardée il serait logique et parfaitement conforme à la justice et la sécurité dans les relations juridiques, que l'opposabilité du contrat préparatoire au tiers redevienne la règle et l'inopposabilité l'exception, à moins que le partenaire contractant n'ait pas su ou ne pouvait ignorer l'absence de pouvoirs de l'intermédiaire compte tenu des circonstances : n'étant plus tiers de bonne foi, aucune protection particulière ne peut être revendiquée. Il lui reste tout de même la possibilité d'exercer à l'encontre de la personne de contractant³⁴⁰ une action en réparation du préjudice éprouvé.

452. Le mandat apparent valide ainsi la convention, la Cour de cassation a mis fin à la responsabilité personnel des dirigeants sociaux ou plus exactement a cantonné cette responsabilité aux hypothèses dans lesquelles les dirigeants ont commis une faute séparables de leurs fonctions³⁴¹, ce qui ne semble pas être le cas de la faute commise par le dirigeant qui méconnaît les limites apportées à ses pouvoirs (en pratique la nécessité d'obtenir un accord préalable du conseil d'administration avant de consentir une caution, un aval ou une garantie)³⁴².

453. C'est du côté de la personne morale que la responsabilité doit être recherchée. En effet, depuis l'arrêt « *Costedoat* », rendu en Assemblée plénière le 25 février 2000, il est admis que le préposé n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers lorsqu'il agit dans les limites de la mission qui lui a été confiée. Dans le cas où le salarié laisserait fautivement croire en la conclusion du contrat ou dans le cas où celui-ci conclurait le contrat malgré son absence de pouvoir, celui-ci n'agirait pas en

340 L'intermédiaire.

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

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

dehors des limites de sa mission, sauf peut-être le cas du dol commis à des fins personnelles. Sa responsabilité personnelle ne devrait donc pas être engagée. Seule celle de la personne morale pourrait l'être, en qualité de commettant. La société ne pourra se dégager de cette responsabilité qu'en rapportant la preuve d'un abus de fonction. Cela suppose que le préposé ait agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions.

454. La capacité des contrats préparatoires n'est pas celle demandé pour la conclusion du contrat définitif dans l'ensemble des contrats de la catégorie des contrats préparatoires. Certains n'en ont pas besoin, alors que d'autres en ont ce qui ne nous permet d'identifier plus aisément un régime unique des contrats préparatoires.

L'objet des contrats préparatoires relève une importance décisive lors de l'identification, comme nous avons pu le constater précédemment.

2) L'objet

455. L'objet des contrats préparatoires a été défini au cours de nos développements, seul subsiste une interrogation principale qui est celle de savoir si celui-ci doit nécessairement présenter les mêmes caractères que l'objet du contrat définitif préparé. Autrement dit faut-il exiger des contrats préparatoires d'avoir un objet déterminé ou du moins déterminable d'une part et licite et moral d'autre part.

• La détermination de l'objet

456. Les contrats préparatoires doivent incontestablement, avoir un objet déterminé ou tout au moins déterminable ; il faut que la prestation promise soit définie et précisée³⁴³. Si l'objet de l'obligation principale est de négocier, il est indispensable de savoir, par exemple, sur quoi portera la négociation ; quelles seront les conditions et les

³⁴³ Notons que l'objet des obligations engendrées par les contrats préparatoires varie selon le contenu qui dépend de la volonté des parties contractantes.

modalités de cette négociation, etc... Dans le cas où l'objet de l'obligation est une obligation spéciale de faire une prestation nommément désignée, il faut que ladite prestation soit suffisamment déterminée pour permettre son exécution.

457. Une distinction peut être faite entre un élément propre à la formation d'un contrat et un élément relevant de ses effets, le premier repose systématiquement sur un acte de consentement alors que le second exige exceptionnellement un acte de volonté. Consentir à la formation d'un contrat et l'exécuter sont deux choses différentes. Accepter d'exécuter une obligation déjà existante, ce n'est pas la même chose qu'accepter la naissance de l'obligation.

458. Les contrats préparatoires doivent-ils pour être valables, présenter avec suffisamment de précision les éléments essentiels qui forment l'objet du contrat définitif? Le Professeur Mousseron est l'un des rares à avoir envisagé cette question : *« la détermination assurée ou, tout au moins, possible de la chose et du prix, condition de validité du contrat définitif n'est pas requise pour celle des contrats préparatoires. (...) le fait qu'ils aient pour objet de favoriser la conclusion de vente ou de louages ultérieurs n'influe, donc, pas sur la qualification ou le régime de pareilles conventions »*³⁴⁴.

459. Considérée au stade des contrats préparatoires, la détermination des éléments du contrat définitif n'est que future et virtuelle. C'est, d'ailleurs, l'une des raisons essentielles qui explique la possibilité, défendue par certains auteurs, pour l'un des futurs contractants, d'être libre de conclure ou de ne pas conclure le contrat définitif. L'objet doit être possible et existant car si l'objet du contrat définitif est une obligation impossible à exécuter lors de la conclusion (la chose a été par exemple totalement détruite) les contrats préparatoires sont annulables par défaut d'objet : il est inconcevable, en effet, de donner suite à un engagement de négocier un contrat projeté dont la naissance ne pourra jamais avoir lieu en raison de l'absence originelle de son objet. Mis à part ce détail, la précision de l'objet du contrat définitif ne sera pas un élément de validité du contrat préparatoire car celui-ci prépare le contrat définitif qui ne

344 J.M. MOUSSERON, à propos des contrats d'assistance et de fourniture, D. 1973, p. 198.

peut être dans tous les cas déterminé, l'objet apparaîtra au cours des discussions dans les contrats préparatoires de négociation par exemple.

La seule nullité pour indétermination d'objet ne peut résulter que de celle de leur propre objet. Autrement dit, seule la nullité de l'objet du contrat préparatoire intrinsèquement pourra aboutir à la nullité pour indétermination de l'objet.

460. La promesse unilatérale a pour objet ce sur quoi elle porte, à savoir l'élément qui sera vendue dans une promesse unilatérale de vente par exemple, ou le contrat définitif si c'est celui-ci qui est promis.

Le pacte de préférence a pour objet l'obligation de préférer et donc d'offrir en priorité ce sur quoi porte la préférence au bénéficiaire du pacte. Pour que le pacte soit valable, l'objet devra être déterminé, c'est-à-dire que le pacte doit mentionner ce sur quoi va porter la priorité sans quoi celui-ci n'est pas valable pour défaut d'objet, en effet, il serait illogique d'offrir la priorité sur une chose dans le futur à une personne sans lui dire ce qu'est cette chose. Elle ne serait pas intéressée par la conclusion d'un tel pacte.

Le contrat-cadre a pour objet la fixation des conditions³⁴⁵ de conclusion des contrats d'application future.

La lettre d'intention à portée contractuelle aura pour objet ce sur quoi son auteur s'engagera, à savoir mener à bien les négociations afin de conclure un contrat définitif avec son partenaire.

- **Licite et morale**

461. En ce qui concerne la licéité de l'objet, les contrats préparatoires ne peuvent produire des obligations dont l'objet est contraire à la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs, comme l'ensemble des contrats. L'objet ne pourra porter sur une chose hors du commerce comme le corps d'une personne par exemple ou encore la vente de

³⁴⁵ Cass., Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, Bull. civ. n°8 : « l'abus de la fixation du prix ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». La détermination du prix du contrat-cadre n'étant ainsi pas part de l'objet de ce contrat préparatoire étant donné que l'absence de prix n'aboutit pas à l'annulation du contrat.

produits stupéfiants.

462. Qu'advierait-il d'un contrat définitif si il était découvert que l'objet du contrat préparatoire est illicite. Dans certains cas, les obligations nées des contrats préparatoires peuvent être reprises et insérées sous forme de clauses dans le contrat définitif, soit en insérant dans le contrat définitif, par une clause, le contrat préparatoire en entier, soit en reprenant certaines obligations que les parties souhaitent faire survivre à la fin du contrat préparatoire si celui-ci avait un terme, cela peut être une obligation de secret ou une clause de confidentialité.

463. Il est toujours préférable d'indiquer un terme au sein du contrat préparatoire afin d'éviter que certaines obligations ne perdurent dans le temps alors que les parties les ont oubliées³⁴⁶. Cependant, hors ces obligations vouées à perdurer, le contrat préparatoire est censé s'éteindre dès la conclusion du contrat définitif pour défaut de cause. En effet, prenons l'exemple de la promesse unilatérale, celle-ci n'a plus de cause au moment de la levée de l'option par le bénéficiaire, elle n'a plus d'intérêt à survivre au contrat définitif qui sera le même que la promesse en terme de contenu.

Compte tenu du fait que l'obligation issue du contrat préparatoire, dont l'objet est illicite, se présente toujours comme une obligation accessoire dans le contrat définitif, l'illicéité de son objet ne peut entraîner que la nullité de la clause. Celle-ci sera purement et simplement réputée non écrite. Le contrat définitif ne pourra être annulé pour illicéité de l'objet du contrat préparatoire si l'objet du contrat définitif est différent.

464. Inversement, relativement à l'incidence de l'illicéité de l'objet du contrat définitif sur la validité des contrats préparatoires. Lorsque les futurs contractants parviennent au cours d'une négociation à conclure un ou plusieurs contrats préparatoires, le mobile impulsif et déterminant de l'engagement des parties est la mise en place des éléments constitutifs de l'objet du contrat définitif. Cette préparation, but poursuivi, constitue la cause des contrats préparatoires. Il en résulte par voie de conséquence que l'illicéité de l'objet du contrat projeté a comme revers de la médaille l'illicéité de la cause de ces derniers.

³⁴⁶ D'où l'intérêt d'insérer une clause des quatre coins au sein du contrat définitif afin d'éviter toute interprétation du juge relative au contrat préparatoire.

C. La cause

465. Comme toute obligation, celles nées des contrats préparatoires doivent avoir une cause. Selon la conception subjective, elle est la raison d'être économique de l'obligation, la contrepartie envisagée. Il faut que la cause existe, il peut s'agir d'une prestation caractérisée et bien définie ou bien tout simplement d'un avantage que l'un des contractants procure à son cocontractant. Ainsi, la cause d'un contrat préparatoire créant une obligation de ne pas mener une négociation avec des tiers concurrents consiste dans un avantage généralement d'ordre financier consenti par le contractant au profit du débiteur de l'obligation.

466. Dans tous les cas où les contrats préparatoires se trouvent dépourvus de cause, il est incontestable que l'absence de celle-ci aura pour effet d'entraîner leur annulation au même titre qu'un contrat ordinaire³⁴⁷.

L'absence de cause a été consacrée par les auteurs et la jurisprudence principalement dans le but de faire respecter, dans un esprit de justice commutative et d'équité, un certain équilibre des prestations entre les parties. Or, s'agissant des contrats dont la vocation essentielle est de préparer une convention future, l'idée d'équilibre des prestations n'intervient que de manière extrêmement limitée dans le contrôle de validité des contrats préparatoires.

467. Définie comme le motif impulsif et déterminant du consentement, la cause des contrats préparatoires est la conclusion du contrat définitif³⁴⁸. Il en résulte de cette définition que si le contrat définitif est nul pour illicéité de l'objet tous les contrats préparatoires sont nuls pour illicéité de la cause. L'appréciation du caractère illicite ou immoral de la cause est une question d'espèce.

Un contrat préparatoire pourra être annulé pour cause illicite ou immorale même si l'une des parties n'a pas connu le caractère illicite ou immoral des motifs ayant

347 Article 1131 du code civil : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

348 Voir supra n° 342 et s.

déterminé la formation du contrat³⁴⁹.

468. La cause du contrat préparatoire est la conclusion du contrat définitif, mais qu'advient-il du contrat préparatoire si le contrat définitif n'est jamais conclu. Le contrat préparatoire est voué à disparaître pour défaut de cause, ce qui montre le lien fort qui existe entre ce dernier et le contrat poursuivi. Ainsi, un contrat de négociation qui interdira à l'une des parties de négocier avec un tiers durant la négociation en cours, se verra libérer de son obligation une fois l'échec de la négociation, le contrat préparatoire n'aura plus d'effet, il s'éteindra.

469. Il n'y a que peu de particularités entre les conditions de formation et d'exécution des contrats et des contrats préparatoires. Chaque contrat préparatoire n'a pas les mêmes conditions de formation ou d'exécution qu'un autre contrat préparatoire. La multiplicité des contrats préparatoires admis par la doctrine conduit la catégorie à n'avoir aucun régime commun jusqu'à présent.

Les différences sont cependant nombreuses en ce qui concerne la sanction des contrats préparatoires, celle-ci diffère pour le moment du droit commun.

Paragraphe 2 - L'inexécution des contrats préparatoires : un élément déterminant de la catégorisation de la notion ?

470. Le point clé de la différenciation du régime juridique des contrats préparatoires devrait être la sanction des contrats préparatoires, le reste du régime juridique n'ayant su dégager une réelle différence par rapport à l'ensemble de la catégorie des contrats et n'ayant pu déterminer une unité de régime par ailleurs.

L'idée qui se dégage à ce stade de nos développements serait que la même sanction devrait être applicable à l'ensemble de la catégorie des contrats préparatoires afin que les rédacteurs sachent que l'intérêt de conclure un tel contrat réside dans la sécurité apportée aux parties de connaître le type de sanction qu'encourt le contractant défaillant. La sanction deviendrait ainsi un critère de démarcation (B) au-delà du régime

³⁴⁹ Civ. I, 7 octobre 1998, Defr.1999.738, obs. D. Mazeaud, JCP éd.E, 1999, p. 169, n° 7, obs. D. Mainguy.

général (A).

471. L'importance de la sanction est primordiale pour assurer la sécurité des relations juridiques, « *s'il est un concept qui présente cette universalité et cette permanence, qu'aucune société ou groupe humain n'a pu ignorer, c'est bien celui du respect de la parole donnée. « Pacta sunt servanda » : les accords doivent être respectés* »³⁵⁰. L'intérêt même du contrat préparatoire est la préparation du contrat définitif, si il n'y a pas de protection suffisante dans le lien de droit que crée le contrat préparatoire, quel intérêt auront les parties à le conclure ?

A. Régime général de la sanction

472. La Cour de cassation « *a posé en principe que les juges du fond choisissent librement et souverainement entre réparation en nature et dommages-intérêts* »³⁵¹. Les requêtes des parties ne permettent donc pas d'exclure l'une des indemnisations, de plus, le juge « *peut également cumuler deux types de condamnation dès lors qu'il précise la destination de chacune* »³⁵². Mais « *la mesure ordonnée doit être susceptible, sinon de compenser entièrement le dommage, du moins d'en atténuer l'impact sur la victime* »³⁵³. Il s'agit du principe de la réparation adéquate du dommage.

473. La condamnation à des dommages-intérêts est la plus courante des sanctions en ce qui concerne les contrats préparatoires conformément à l'article 1147 du Code civil³⁵⁴.

474. En matière contractuelle comme en matière délictuelle, les dommages-

350 A. BENABENT, Droit civil : les obligations, Montchrestien, 2014, 14ème édition, p. 11.

351 G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil : les effets de la responsabilité, LGDJ, 2001, 2e édition, p. 87.

352 M. LAMOUREUX, L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, PUAM, 2006, p. 353.

353 G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil : les effets de la responsabilité, LGDJ, 2001, 2e édition, p. 88.

354 Article 1147 du Code civil : « 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. »

intérêts qui sont accordés par le juge ont essentiellement une fonction de réparation³⁵⁵ du ou des dommages subis par la partie lésée. Les dommages-intérêts sont une indemnisation qui correspond en principe, selon la formule de l'article 1149³⁵⁶ du Code civil, « à la perte » qu'elle a faite et « au gain » dont elle a été privée³⁵⁷.

475. Lorsque l'article 1149 évoque la perte, les juges y voient pour la matière contractuelle, la perte de chance de conclure le contrat. Concernant les contrats préparatoires, il s'agira de la perte de chance de conclure le contrat définitif, le contrat final. En soi, la non conclusion du contrat définitif envisagé n'est pas considérée comme dommageable. On ne peut considérer comme constitutif d'un dommage le fait de ne pas s'être entendu durant les négociations encourues pendant le contrat préparatoire ce que confirme cet auteur qui explique que « *même si la négociation s'était ouverte, même si les pourparlers s'étaient déroulés de bonne foi, la conclusion du contrat ne serait peut-être pas intervenue* »³⁵⁸. Les juges et la majorité de la doctrine s'accordent dans une telle situation pour dire que c'est la perte de chance de voir la convention se conclure qui est indemnisé au lieu de la non conclusion du contrat envisagé.

En considérant qu'en l'absence de faute, le contrat aurait été conclu, un auteur considère « *que cette anticipation est en un sens contraire à la liberté de contracter reconnue aux parties* »³⁵⁹.

476. Le calcul de l'évaluation de la perte de chance est, en théorie, une formule quasi mathématique, en effet « *la perte de chance se mesure à la chance perdue comme ayant une valeur en soi, une valeur déterminée par un calcul de probabilités. Les dommages-intérêts ne peuvent correspondre au préjudice résultant de ce que l'évènement ne s'est pas produit ; il s'agit nécessairement d'une somme moindre, les juges affectant d'un coefficient de minoration le préjudice considéré. Par suite, seule une fraction du préjudice subie est allouée* »³⁶⁰. La réalité est bien différente puisque les

355 Discutée en doctrine.

356 Article 1149 du Code civil : « les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

357 G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil : les effets de la responsabilité, LGDJ, 2001, 2ème édition, p. 3.

358 B. GROSS, Pourparlers, J.-Cl Contrats-distribution, Fasc. 20, n° 54.

359 O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », RTD com., 2004, p. 187.

360 S. MENU, « Réflexions sur le préjudice contractuel », L.P.A., 1er février 2006, n° 23, p. 6.

dommages-intérêts sont souvent bien faible eu égard aux nombreuses incertitudes qui entourent la réalité du préjudice, le coefficient est minoré au point que certaines parties n'ont pas l'impression d'être dédommagées. De toute façon, quel intérêt y a-t-il pour une partie à recevoir une compensation financière minorée à une opération commerciale qui aurait pu être très fructueuse si elle avait pu se concrétiser. Au final, personne n'est satisfait, c'est le principe même de la liberté du commerce.

477. Les parties peuvent cependant prévoir d'aménager par une stipulation claire et précise la sanction de l'inexécution du contrat préparatoire qui pourra être l'allocation de dommages-intérêts comme le dispose l'article 1150 du Code civil³⁶¹.

478. Elles peuvent exiger une exécution en nature³⁶². Cette stipulation sera efficace à moins que le contrat définitif ne soit conclu avec un tiers de bonne foi. De plus, la stipulation peut convenir des modalités de la substitution si besoin est.

479. Elles peuvent également essayer d'aménager les dommages-intérêts par la stipulation d'une clause pénale ou d'une clause d'astreinte afin de définir un montant supérieur à la modicité habituelle prononcée par les juges. En ce qui concerne la clause pénale, elle pourra toujours être révisée par le juge conformément à l'article 1152 du Code civil. Quant à la clause d'astreinte, la Cour la requalifie régulièrement en clause pénale. En voici un exemple : « *l'astreinte, mesure de contrainte réservée aux tribunaux pour assurer l'exécution de leurs décisions, constituait une clause pénale prévoyant l'indemnisation, par des dommages-intérêts moratoires fixés forfaitairement* »³⁶³.

Mais le juge aura toujours le dernier mot, il peut décider une exécution en nature alors que le plaignant souhaitera une réparation par équivalent ou inversement, une réparation en équivalent sera prononcée à la place d'une exécution en nature.

361 Article 1150 du Code civil : « 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. »

362 Depuis l'arrêt de 2008 ; Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2008, n° 07-11.721 : consacrant la possibilité pour les parties d'insérer dans une promesse unilatérale de vente une clause d'exécution forcée en nature en cas de rétractation du promettant.

363 Cass. Civ. I, 9 mars 1977, Bull. Civ. I, n° 126 ; Cass. Civ. 3E, 6 novembre 1986, Bull. Civ. III, n° 150.

480. Le mouvement actuel de la jurisprudence tend tout de même à améliorer l'indemnisation des victimes d'inexécution contractuelle en multipliant les débiteurs. Cette indemnisation reste pécuniaire.

481. Ainsi dans un arrêt du 11 juillet 2006 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation³⁶⁴, les juges ont confirmé le jugement de la Cour d'appel qui octroyait des dommages-intérêts contre le contractant fautif. Le tiers acquéreur a également été condamné : *« la société était censé connaître l'existence du pacte de préférence en raison de l'opposabilité aux tiers des actes de donation-partage qui avaient été publiés à la conservation des hypothèques (de sorte que) la SCI avait commis une faute de négligence en omettant de s'informer précisément des obligations mises à la charge du vendeur », de même que le notaire qui était « tenu de conseiller les parties et d'assurer l'efficacité des actes dressés, le notaire ayant connaissance d'un pacte de préférence doit, préalablement à l'authentification d'un acte de vente, veiller au respect des droits du bénéficiaires du pacte, et, le cas échéant, refuser d'authentifier la vente conclue en violation de ce pacte »*. S'il avait constaté l'existence du pacte de préférence, le notaire aurait dû *« en rappeler l'existence au vendeur afin que celui-ci sonde les intentions du bénéficiaire »*³⁶⁵.

La volonté des juges est claire en l'espèce, il s'agissait d'indemniser au mieux la victime de l'inexécution. Le conseil ayant participé à la rédaction de l'acte n'aura qu'à bien se tenir si il ne prend pas la peine d'effectuer les vérifications nécessaires à la conclusion de l'acte, le bénéficiaire pourra toujours lui demander réparation en sus de ce qu'il pourra obtenir du promettant de mauvaise foi. Cette jurisprudence semble plus que logique étant donné le rôle du conseil dans ce type de transaction, si un professionnel du droit ne prend pas la peine de réaliser les vérifications de publicité préalable, il serait difficile d'en demander autant à un non professionnel du droit. Par ce biais, les juges renforcent d'une certaine manière les effets obligatoires de l'acte : *« cette conception extensive des devoirs du notaire permet à la Cour de cassation d'instaurer une police préventive du pacte de préférence afin de renforcer, d'une manière générale, la force*

364 Cass. Civ. I, 11 juillet 2006, Bull. Civ. I, 2006, n° 389, p. 335, pourvoi n° 03-18528, note M. MEKKI, La semaine juridique édition générale, 29 novembre 2006, n° 48 ; note P.-Y. GAUTIER, Recueil D., 2006, p. 2510 ; Note F. COHET-CORDEY, AJDI, 2007, p. 226.

365 L. LEVENEUR, « Violation du pacte : la substitution se profile en théorie... », Revue Contrats, concurrence, consommation, août 2006, n° 8, p. 153.

obligatoire des avant-contrats »³⁶⁶.

482. Certains contractants préféreraient, à juste titre, en lieu et place de l'indemnisation pécuniaire, obtenir l'exécution forcée de l'engagement contracté lorsque celui-ci est suffisamment abouti pour permettre au juge de ne pas dépasser son cadre légal.

B. L'exécution forcée des contrats préparatoires : un critère de démarcation ?

483. L'exécution forcée des contrats préparatoires est un critère qui pourrait à lui seul limiter la catégorie des contrats préparatoires à ceux qui permettent finalement d'aboutir dans tous les cas à la conclusion du contrat définitif.

484. En effet, en droit commun des contrats, toute obligation contractée peut, en cas d'inobservation, faire l'objet d'une exécution forcée³⁶⁷. L'hypothèse d'une exécution forcée du contrat de négociation (1), de la lettre d'intention (2), du contrat-cadre (3), du pacte de préférence (4), de la promesse unilatérale (5) précédera la question d'une éventuelle extension possible à d'autres contrats (6).

1) L'exécution forcée du contrat de négociation

485. Le contrat de négociation, contrat préparatoire dans la définition littérale, pourrait-il être soumis à une exécution forcée ? En théorie, il nous semble possible de demander l'exécution forcée d'un contrat de négociation, tout dépendra bien sûr de la nature exacte de l'obligation principale du contrat. En effet, le contrat de négociation oblige les parties à entreprendre ou à poursuivre les négociations dans le but de parvenir

366 Cass. Civ. 1Re, 11 juillet 2006, Bull. Civ. I, n° 389, p. 335, pourvoi n° 03-18528, note M. MEKKI, La semaine juridique édition générale, 29 novembre 2006, n° 48.

367 Jeandidier WILFRID, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, rev. Trim. dr. Civ. 1976, p. 700.

à la conclusion du contrat définitif. Le juge peut contraindre une partie n'ayant pas commencé ou ayant subitement cessé les négociations à les reprendre afin de parvenir à un accord ou tout du moins essayer de parvenir à un accord, le juge ne pourra cependant pas faire le contrat à la place des parties si celui-ci est encore loin d'être déterminé. La partie condamnée devra alors prouver par la suite sa bonne foi dans la reprise des négociations et qu'elle a bien respecté de faire, faire la négociation qui a pourtant échoué.

486. La sanction de l'inexécution d'un contrat de négociation est toujours traitée par la jurisprudence de la même manière, à savoir en ayant recours aux dommages-intérêts au visa de l'article 1142³⁶⁸ du Code civil³⁶⁹.

L'obligation principale des parties au contrat de négociation consiste en l'exécution d'une obligation de faire, qui est celle de négocier. Il est en effet inimaginable de contraindre quelqu'un à négocier même si la Cour de cassation y a déjà eu recours très occasionnellement lors de l'arrêt Huard³⁷⁰ notamment. Dans cette affaire, une société pratiquait des prix tels que ses revendeurs ne pouvaient s'aligner sur les concurrents, la Cour de cassation par un arrêt confirmatif a décidé qu'en cas de changement de circonstances, le distributeur devait négocier un accord de coopération sur le fondement de l'exigence de bonne foi. Malgré l'absence de prévision des parties, sur le fondement de la bonne foi, le juge a obligé les parties à renégocier le contrat précédemment exécuté.

Cette espèce ne nous paraît pas rentrer dans l'objet de notre étude étant donné que c'est un contrat de coopération qui a été forcé, par le juge, ce n'est pas le contrat définitif qui a été forcé. Le juge a obligé les parties à rentrer dans un éventuel contrat préparatoire, contrat de coopération ayant pour objet la signature d'un contrat final permettant aux revendeurs de s'aligner sur la concurrence.

487. Bien évidemment, chaque contrat ou l'exécution forcée sera possible ne sera pas à chaque fois un contrat préparatoire, en particulier si l'exécution forcée

368 Article 1142 du Code civil : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

369 Cass. Civ. 24 novembre 1965, Bull. Civ. I, n° 651, p. 495.

370 Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. Civ. IV, n° 338, p. 241, pourvoir n° 90-18547.

concerne le contrat définitif au final et non le contrat préparatoire. En effet, tout contrat n'est pas précédé de contrat préparatoire, il serait présomptueux d'imaginer que chaque forçage de contrat aboutit à la création d'un contrat préparatoire. Il faut une limite qui est celle définissant la notion, un contrat préparant le contrat définitif.

488. Dans le cadre du contrat de négociation, il n'y a même pas eu d'exécution. L'obligation principale du contrat de négociation est celle de négocier. Il semble difficile en pratique d'obliger les parties à renégocier le contrat de négociation qui consistait déjà en une obligation de négociation. Il ne peut y avoir d'exécution forcée dans ce sens, il ne serait pas envisageable d'obliger à nouveau à négocier alors que c'est précisément ce qui a échoué.

Cela aboutirait très certainement à une action en justice nouvelle dans le but d'obtenir des dommages-intérêts, sans compter le temps qu'auraient perdu les parties à renégocier un contrat de négociation!

489. Le prononcé de dommages-intérêts semble être la meilleure solution à l'inexécution du contrat de négociation³⁷¹.

2) L'exécution forcée d'une lettre d'intention

490. Un autre type de contrat préparatoire, dans le cas particulier d'un contenu ayant une portée contractuelle, peut être la lettre d'intention³⁷². Si elle en prend la forme, cela ne fera aucun doute. Les juges peuvent également contraindre les parties à entrer dans une relation que l'une des deux parties n'aura pas voulue. Il s'agit de l'exécution forcée de la lettre d'intention. En effet, cette situation peut survenir lorsque l'une des parties a rédigé une lettre d'intention sans la moindre volonté de s'engager mais suffisamment précise pour que les juges y voient un contrat contenant des

371 A. RIEG, La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p. 605 : « En règle générale, l'obligation résultant d'un contrat peut faire l'objet d'une exécution forcée, mais pour la punctuation pareille manière de procéder est impossible ». Il est en effet impossible d'obliger quelqu'un à reprendre des négociations, la sanction ne peut de ce fait être que l'allocation de dommages-intérêts.

372 Voir supra n° 168 et s.

obligations fermes. Si l'autre partie se retrouve déçu par la fin des négociations, il demandera aux juges de donner un sens formel à la lettre informel de son co-négociant.

491. Pour un auteur, « *la portée de la lettre d'intention dépasse celle de l'avant-contrat qui n'a jamais vocation à permettre l'exécution partielle du contrat principal avant que ce dernier ne soit conclu* »³⁷³.

La lettre d'intention peut se suffire à elle-même et créer un contrat à part entière, le contrat préparatoire qui devient par le jeu de l'exécution forcée, le contrat définitif. Le contrat préparatoire est ainsi exécuté partiellement, l'ensemble des points n'ayant bien évidemment pas été négocié, mais il l'est en tant que contrat définitif. Cette solution ouvre la voie à un autre type de mise en pratique du régime de l'exécution forcée, peut-être spécifique à la catégorie des contrats préparatoires ou peut-être excluant la lettre d'intention de la catégorie.

3) L'exécution forcée du contrat-cadre

492. Le contrat-cadre stipule une obligation de contracter les contrats d'application à la charge des deux parties. Il s'agit d'une obligation de faire de caractère personnelle, de ce fait, cette obligation n'est pas susceptible d'exécution en nature³⁷⁴.

*« L'obligation de contracter née du contrat-cadre de distribution, comme l'indique sa dénomination, nécessite de la part du débiteur un second consentement. Après avoir consenti au contrat-cadre, il doit consentir à chacun des contrats d'application. Ce consentement est important car, lors de la conclusion du contrat-cadre de distribution, les éléments essentiels des ventes d'application demeurent à déterminer »*³⁷⁵.

493. L'exécution forcée d'un contrat-cadre est théoriquement possible par extension. Il s'agirait en effet d'obliger les parties à conclure les contrats d'application,

373 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 251.

374 Voir supra n° 320 et s.

375 J.-L. RESPAUD, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier 2000, p. 130.

mais cela ne peut arriver sans clause dans ce sens obligeant l'une des parties par une clause de quota par exemple à s'approvisionner pour un montant minimum ou plus généralement une quantité minimum annuel chez le distributeur. Sans cette obligation de conclure le contrat définitif qu'est le contrat d'application, il ne peut y avoir d'exécution forcée.

495. Un autre cas nous vient à l'esprit qui serait celui où le distributeur du contrat-cadre se retrouve avec l'imposition d'un nouveau prix plus élevé par exemple que ce qui était prévu. Dans cette hypothèse, il nous semble plausible de demander au juge l'exécution forcée du contrat et de voir les juges appliquer la lecture du contrat-cadre pour modifier le contrat d'application proposé au distributeur.

4) L'exécution forcée du pacte de préférence

496. L'originalité du régime de la sanction de la faute dans l'exécution d'un contrat de l'éventuelle catégorie des contrats préparatoires est venue du pacte de préférence, ce pacte conclu par le promettant s'obligeant à céder ou à contracter avec le bénéficiaire le jour où il se décidera à vendre ou à contracter plus généralement l'objet du pacte.

497. Un détail de ce régime semble nécessaire afin de constater précisément si celui-ci peut permettre de définir la catégorie des contrats préparatoires.

La Cour de cassation a – enfin – amélioré le droit de l'exécution par un arrêt de principe rendu en Chambre mixte le 26 mai 2006³⁷⁶ que l'on retrouve dans cet attendu : *« si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir »*. Dans cet arrêt, il n'y eu cependant pas de substitution puisque le demandeur n'a pas démontré *« que la société E. savait que Mme P. avait l'intention de se prévaloir de son*

376 Ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. N° 4, p. 13.

droit de préférence » mais la Cour de cassation a tout de même ouvert la voie vers la possibilité d'obtenir plus que la simple annulation du contrat passé en fraude de ses droits, ce qui était le cas auparavant³⁷⁷, mais la possibilité de se substituer dans les droits, à la place du contractant fraudeur, dans le contrat passé avec le débiteur du pacte de préférence. Cet arrêt surprise, pris sur avis contraire de l'avocat général, a été largement commenté par la doctrine³⁷⁸ qui espérait voir une cascade de décision étendre la décision sur toutes les promesses précontractuelles.

498. Loin de sa ligne de conduite habituelle, la Cour de cassation a admis, pour la première fois, que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger, sous certaines conditions, sa substitution au tiers acquéreur choisi par le promettant en violation du pacte de préférence. Jusqu'à ce revirement, le bénéficiaire d'un pacte floué par le débiteur du pacte pouvait non seulement solliciter des dommages-intérêts, solution traditionnelle, mais il avait également la possibilité de voir la convention passée au mépris de ses droits annulée, ce qui était déjà un net progrès, cependant tempéré par le fait que cela n'était considérée que comme une simple possibilité pour les juges du fond³⁷⁹. Autrement dit, seule l'allocation de dommages-intérêts et la résolution judiciaire pouvaient être demandées par le bénéficiaire fraudé, contre le promettant si le tiers était de bonne foi, contre le promettant et contre le tiers, *in solidum*, si le tiers était de mauvaise foi³⁸⁰, c'est-à-dire, s'il avait eu connaissance du pacte et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir.

377 Cass. Civ. 3ème, 26 octobre 1982, Bull. Civ. III, n° 208 ; D. 1983, IR p. 32 : les tribunaux ne peuvent, seulement, en cas de mauvaise foi du tiers, annuler le contrat conclu avec ce tiers uniquement s'il est établi que celui-ci a eu « connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ».

378 Ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. N° 4, p. 13 ; BICC, n° 645 ; rapport de M. Bailly et avis de M. Sarcelet ; D. 2006, jur. p. 1681, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; Defrénois 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, p. 1131, obs. F. Collart-Dutilleul ; RLDC 2006, n° 2173, obs. H. Kenfack ; RLDC 2007, n° 35, supplément février 2007, La responsabilité civile en 2006, obs. Ph. Jacques.

379 Cass. Civ. 4 mai 1957, Bull. Civ. I, n° 190, qui énonce que « si les juges du fond appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire du pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui est faite par le promettant ». Dans le même sens : Cass. Com. 27 mars 1986, RTD civ. 1987, p. 88 ; Cass. 3ème civ. 30 avril 1997, Bull. Civ. III, n° 96 ; D. 1997, p. 475, note D. Mazeaud ; Ch. Atias, La substitution judiciaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1997, Chron. p. 203. Cass. 3ème civ. 24 mars 1999, Bull. Civ. III, n° 80 ; RTD civ 1999, p. 616, obs. J. Mestre, p. 627, obs. P. Jourdain, p. 643, obs. P.-Y. Gautier.

380 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 303.

499. Aujourd'hui, le même bénéficiaire est en droit d'obtenir sous conditions, et l'annulation du contrat passé avec le tiers acquéreur, et sa substitution.

500. Depuis, la troisième chambre civile a accusé réception du message par deux arrêts pris à deux semaines d'intervalles.

501. En effet, la jurisprudence a par la suite été confirmée dans un premier arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 31 janvier 2007³⁸¹. Les juges, après avoir rappelé l'attendu de principe de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2006, ont rejeté le pourvoi en estimant « *qu'ayant souverainement retenu qu'il n'existait aucune preuve de ce que la société C ; aurait eu connaissance de l'intention de la société J. de faire usage de son droit de préférence, la cour d'appel a pu en déduire que la violation du droit de préférence ne pouvait être sanctionnée que par l'allocation de dommages-intérêts* ». Malgré le nouveau rejet, cet arrêt confirme le fait que c'est aux juridictions du fond d'établir la validité des deux critères nécessaires à la substitution, à savoir la connaissance par le tiers ayant contracté en méconnaissance des droits du bénéficiaire du pacte de l'existence de ce dernier et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Il renforce aussi le sentiment de difficulté dans l'application de la substitution due aux conditions drastiques imposées par la Cour.

502. Une seconde confirmation est intervenue le 14 février 2007 par un nouvel arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation³⁸². C'est d'ailleurs le premier arrêt autorisant la substitution et validant définitivement le mécanisme sur cet attendu à la barbe des critiques de la doctrine³⁸³ : « *la Cour d'appel, qui en a exactement déduit que le pacte de préférence était opposable à la SCI et qui a souverainement retenu, par motifs adaptés, que les parties à l'apport n'avaient cessé de manifester leur volonté de*

381 Cass. Civ. 3ème, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-21071, note F. COHET-CORDET, AJDI, 2007, p. 772 ; Cass. 3ème civ. 31 janvier 2007, Bull. Civ. III, n° 16 ; RJDA 2007, n° 597.

382 Cass. Civ. 3E, 14 février 2007, pourvoi n° 05-21814, note P.-Y. GAUTIER, RTD civ. 2007, p. 366 ; Cass. 3Ème civ. 14 février 2007, Bull. Civ. III, n° 25 ; RDC 2007, p. 201, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2007, p. 768, n° 1, obs. J. Mestre et B. Fages.

383 Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. Mixte 2006, n° 4, p. 13, pourvoi n° 03-19376, note D. MAINGUY, Recueil D., 2006, p. 1861 : L' auteur évoque un « revirement inachevé » et se demande si cette jurisprudence trouvera un jour à s'appliquer « tant les conditions sont rigoureuses ».

maintenir leurs obligations et droits contenus dans le contrat de bail initial, quand bien même le bail avait été renouvelé et que la SELARL s'était substituée à M. X ..., a légalement justifié sa décision ». La substitution a été admise mais c'est parce que « le tiers acquéreur avait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence tout simplement parce qu'il lui avait été remis un exemplaire du contrat de bail commercial dans lequel celui-ci était contenu. Quant à sa connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, elle résultait de l'acte notarié qui mentionnait qu'il avait été informé d'un litige judiciaire opposant le promettant au bénéficiaire, dont le représentant légal avait, au cours de la procédure, exprimé la volonté d'acquérir l'immeuble »³⁸⁴.

Les confirmations jurisprudentielles³⁸⁵ de l'arrêt du 26 mai 2006 montrent bien que « la preuve par le bénéficiaire du pacte de préférence de la mauvaise foi du tiers constitue certes une mission difficile, mais, pour autant, pas impossible »³⁸⁶.

503. Il s'agit là de la fin du fondement, sur lequel la Cour de cassation s'appuyait depuis des lustres, à savoir sur l'article 1142, dont la lecture rendait impossible la contrainte du débiteur à exécuter son engagement en nature et ne permettait au mieux que d'obtenir l'annulation du contrat frauduleux. Ce fondement empêchait alors la substitution du tiers au profit bénéficiaire le contrat ayant été anéanti³⁸⁷.

504. Ce revirement a été toutefois nuancé par la doctrine³⁸⁸, la formule créée par la Cour de cassation n'étant pas satisfaisante complètement.

505. Beaucoup de critiques ont été dirigées concernant la difficulté qu'auront les bénéficiaires de pacte de préférence à prouver leur intention de se prévaloir du pacte

384 B. FAGES, « Transmissibilité, mise en œuvre et sanction du pacte de préférence », RTD civ. 2007, p. 768.

385 Sur les hypothèses de mauvaise foi caractérisée, voir Civ. 3^{ème}, 9 avril 2014, n° 13-13.949.

386 D. MAZEAUD, « Preuve de la mauvaise foi du tiers en cas de violation du pacte de préférence : c'est possible ! », Revue des contrats, 1^{er} juillet 2007, n° 3, p. 701.

387 D. GRIMAUD, L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 146.

388 Par L. LEVENEUR « la possibilité théorique d'une substitution », P.-Y. GAUTIER une « victoire à la Pyrrhus », D. MAZEAUD « un premier pas dans la restauration de la force obligatoire des avant-contrats », E. SAVAUX un « demi-revirement de jurisprudence », F. COLLART-DUTILLEUL un « entre retour à l'ordre et nouveau désordre » ; notes sous l'arrêt Cass. ch. Mixte 26 mai 2006.

ainsi que de la délicatesse à démontrer que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte. La réponse est venue aussi simplement que les questions ont fleuri à ce sujet, comme le souligne un membre de la doctrine³⁸⁹, la publication du pacte de préférence suffit à mettre les tiers devant le fait accompli, ceux-ci sont alors censés en avoir eu connaissance.

506. Si la simple connaissance qu'a le tiers de l'existence d'un droit concurrent antérieur suffit aujourd'hui à établir sa mauvaise foi et à justifier qu'il soit sanctionné, il n'en a pas toujours été ainsi.

En effet, concernant la sanction de l'inexécution du pacte de préférence, « *la notion de fraude est l'un des concepts souples dont la jurisprudence aime se servir pour garder le moyen d'imposer l'équité* »³⁹⁰. Comme le souligne cet auteur « *la jurisprudence exige un concert frauduleux entre le débiteur de la préférence et le tiers, voire même une volonté bien arrêtée de nuire* »³⁹¹. Les conditions requises afin d'établir un concert frauduleux sont rigoureuses, elles consistent à démontrer « *une véritable machination ourdie avec des manœuvres analogues à celles dans lesquelles l'article 313-1 du Code pénal voit un élément constitutif du délit d'escroquerie* »³⁹².

507. Aujourd'hui la publication du pacte permet de simplifier cette preuve de fraude aux droits du bénéficiaire. Par le passé, les contentieux issus de deux contrats générateurs ou translateurs de droits réels immobiliers étaient tranchés par référence à la règle *prior tempore, potior jure* si aucune d'elles n'avait fait l'objet d'une publication, et par application de l'article 30 du décret du 4 janvier 1955 lorsque l'une au moins avait été régulièrement publiée³⁹³. Cette règle s'appliquera par extension en partie aux pactes de préférences. Le premier qui publiera le pacte emportera le droit d'exiger la substitution dans le contrat passé en fraude de son droit. Il n'en sera cependant pas de même en cas d'oubli de publication par le bénéficiaire qui devra alors prouver avec la

389 Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. Mixte. 2006, n° 4, p. 13, pourvoi n° 03-19376, note F. COLLART-DUTILLEUL, RTD civ. 2006, p. 550.

390 A. BENABENT, Droit civil : les obligations, Montchrestien, 2014, 14ème édition, p. 125.

391 Aix-en-Provence, 20 février 1950, ; Req. 12 janvier 1926, D.H. 1926, 116. In J.-P. DESIDERI, La préférence dans les relations contractuelles, PUAM, 1997, p. 465.

392 Ibid., p. 465.

393 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p.

plus grande difficulté que le tiers avait connaissance du pacte et de son intention de s'en prévaloir.

508. En ce qui concerne la méconnaissance d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence, il est possible d'aller plus loin ou plutôt d'assouplir la condition de la Cour de cassation tenant à la connaissance que doit avoir le tiers de l'intention qu'aurait le bénéficiaire de s'en prévaloir. A partir du moment où le tiers a connaissance de l'existence de la préexistence d'un droit personnel concurrent au sien, il se doit d'aller demander au bénéficiaire si ce dernier souhaite s'en prévaloir sans quoi, le juge pourra considérer que le non accomplissement de cette démarche est en soi constitutive d'une fraude par abstention. Cette analyse est confirmée par un auteur : *« une analyse minutieuse des décisions révèle que derrière le mur des mots le juge se contente de la seule connaissance de l'existence d'un droit personnel antérieur pour caractériser la faute et sanctionner le tiers fautif. En effet, si le second acquéreur apprend l'existence d'un contrat préparatoire, par cela même il lui incombe alors de se renseigner sur l'intention qu'a le bénéficiaire de s'en prévaloir »*³⁹⁴.

509. Des critiques subsistent encore sur la forme de la substitution. Le fait d'installer le bénéficiaire dans le contrat liant le promettant et le tiers de mauvaise foi alors que celui-ci a été annulé sur le plan juridique, semble curieux. En effet, le contrat de vente passé frauduleusement aux droits du bénéficiaire du pacte peut être annulé conformément à la jurisprudence. Cependant, le contrat annulé n'existe plus, comment est-il alors possible de substituer le bénéficiaire au tiers dans un contrat annulé³⁹⁵.

Il aurait été plus juste de considérer que la substitution offerte au bénéficiaire s'entende de la possibilité de se saisir de l'offre émise par le promettant en direction du tiers de mauvaise foi, après que son acceptation lui ait été déclarée inopposable ou annulée. Autrement dit, les juges auraient dû annuler dans le meilleur des cas ou *a minima* rendre inopposable l'acceptation du tiers de mauvaise foi, laisser subsister l'offre objet du pacte de préférence que le promettant a adressé au tiers de mauvaise foi

394 Ibid. p. 216.

395 Comp. R. COLLART-DUTILLEUL, obs. sous Cass. ch. Mixte 26 mai 2006 : RDC 2006/4, p. 1131 et s., qui relève, selon nous à juste titre : « Si le contrat de vente conclu au profit du tiers acquéreur est annulé, comment le bénéficiaire du pacte peut-il être substitué? Comment peut-on substituer une personne à un cocontractant dans un contrat qui a rétroactivement disparu? ».

et permettre au bénéficiaire du pacte d'accepter à son tour cette offre. C'est à ce niveau là que la substitution aurait pris tout son sens, le bénéficiaire du pacte se retrouverait alors destinataire de l'offre émise par le promettant à destination du tiers, il aura alors la possibilité de l'accepter tel que le pacte l'avait prévu à l'origine. « *Techniquement, pareille analyse aurait le mérite de respecter la nature de la notion de substitution de personne qui, ici comme ailleurs, correspondrait fondamentalement à une opération attributive* »³⁹⁶.

510. Les difficultés liées à la substitution sont nombreuses et n'ont pas eu de réponse de la jurisprudence pour l'instant. Sous quelle condition sera conclu le nouveau contrat? Il y a fort à parier que ce sera aux mêmes conditions que celle du tiers évincé. Mais entre la période de la première conclusion frauduleuse et la substitution, il est fort possible que le prix ait évolué. En cas de déflation, il semblerait normal de faire bénéficier le nouveau contractant de la baisse de prix. Durant près de trente ans, le schéma était simple, les prix ne faisaient qu'augmenter, donc le fait de substituer le bénéficiaire du pacte dans la nouvelle vente au même prix qu'il avait été convenu avec le tiers frauduleux n'était pas gênant.

Le temps que les juges prennent une décision définitive et que le contentieux cesse, des années peuvent passer, en cas d'inflation, la perte engendrée est exclusivement supportée par le promettant fautif, ce qui constitue une sorte de sanction pour lui. Cependant, dans le climat actuel, où l'incertitude règne quant aux prix de nombreuses choses, en particulier le prix de l'immobilier, qui décroît doucement sans certitude de ne pas voir les prix chuter plus rapidement, permettre au bénéficiaire lésé de se substituer au contrat conclu à un prix plus élevé que la valeur de la chose au jour de la décision définitive, n'est pas une aubaine. Dans le domaine de la vente, la

396 Sur la substitution de cocontractant, entendue comme opération ayant pour objet d'introduire le cocontractant substitué dans la relation contractuelle initiale et de reporter sur sa personne tous les effets prévus de cette dernière, ce qui inclut, le cas échéant, ses effets translatifs, cf notamment J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Y. FLOUR, Les obligations – Vol. 3 : Le rapport d'obligation, 4ème éd., Sirey, 2006, n° 396. G. PILLET, La substitution de contractant à la formation du contrat, LGDJ, Bilbl. Institut A. Tunc, Tome 1, 2004 E. JEULAND ; Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, LGDJ 1997. Adde, du même auteur, Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne, D. 1998, chron. p. 356 ; I. NAJJAR, Clause de substitution et position contractuelle, D. 2000, chron. 635 ; D.R. Martin, Le changement de cocontractant, D. 2001, chron. p. 3144.

rescision pour lésion³⁹⁷ ne concerne que le vendeur de l'immeuble, l'acheteur pourra-t-il demander la réduction du prix si celui-ci est supérieur à cinq douzième du prix de la vente. Peu de chance de voir le bénéficiaire accepter de conclure un contrat avantageux qui plus est au profit du promettant fraudeur. Il ne lui restera qu'à refuser la conclusion, seule liberté lui restant et se féliciter d'avoir été berné par le promettant qui lui aura ainsi épargné une moins value.

511. Le problème principal de la substitution du pacte de préférence vient du fait qu'elle n'est envisageable que pour le cas précis de la vente d'immeuble qui donne lieu à une publication rendant ainsi l'acte opposable aux tiers. Mais le pacte de préférence peut couvrir de nombreux autres domaines, il peut être conclu dans le cadre d'un bail ou d'un contrat de travail par exemple qui ne seront dès lors pas publiés, tous ceci sans compter sur les contrats à exécution successive.

Lors du prononcé de la substitution, le juge ne précise jamais les modalités de mise en œuvre de celle-ci. Dans le cas d'un bail par exemple, le contrat s'exécute au fur et à mesure du temps, il ne peut y avoir de restitution en cas de violation d'un pacte de préférence relatif à ce bail. Il y aurait alors « *restitution en valeur, le juge devant apprécier librement l'équivalent monétaire des prestations fournies et de l'avantage qui en a découlé* »³⁹⁸.

De la même manière en ce qui concerne un pacte de préférence relatif à un contrat de travail, en faisant le parallèle avec un licenciement injustifié, le juge prononce la réintégration dans l'entreprise mais « *d'une manière générale, les salariés licenciés préfèrent être indemnisés que réintégrés dans leur ancienne entreprise* »³⁹⁹.

512. Les contrats à exécution successive étant nombreux, la substitution poserait de grandes difficultés au point de ne pouvoir fonctionner et de devoir passer par un consensus, qui s'avèrera de prime abord compliqué entre un promettant trompeur et un bénéficiaire lésé ayant perdu toute confiance avec son futur cocontractant. La

397 Article 1674 du Code civil : « si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix de l'immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand bien même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donné la plus value ».

398 A. BENABENT, Droit civil : les obligations, Montchrestien, 2014, 14ème édition, p. 180.

399 V. LONIS-APOKOURASTOS, La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, PUAM, 2003, p. 86.

meilleure solution viendrait une nouvelle de l'intervention des juges qui pourraient imposer une phase préalable de négociation, comme ils l'avaient fait dans l'arrêt Huard de 1992⁴⁰⁰, en veillant à bien déterminer précisément la durée des négociations, afin que les parties puissent tenter de façonner leur nouvel accord de volontés. Nous parions que les désaccords seraient cependant nombreux, le contrat serait alors conclu exactement dans les mêmes termes que celui qui avait été stipulé avec le tiers.

5) L'exécution forcée de la promesse unilatérale

513. L'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente pourrait être spécifique de la catégorie des contrats préparatoires si l'on admet bien évidemment que les promesses, et a fortiori, les promesses unilatérales sont des contrats préparatoires.

514. En ce qui concerne la sanction de la promesse unilatérale de vente, il est inévitable d'évoquer l'arrêt tant contesté du 15 décembre 1993, le célèbre arrêt « *consorts Cruz* » rendu par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation⁴⁰¹ avait défrayé (et effrayé) la doctrine à juste titre : « *il consacrait la révocabilité de la promesse de vente avant la levée de l'option du bénéficiaire* »⁴⁰².

En l'espèce, la Cour de cassation a validé la décision d'une Cour d'appel ayant débouté le bénéficiaire de sa demande de réalisation forcée d'une vente. Elle a jugé, premièrement, que tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquiescer, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire, et deuxièmement, que la levée de l'option, postérieurement à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer.

Le raisonnement de la Cour de cassation est simple, jusqu'à la levée de l'option, le promettant n'est débiteur que d'une obligation de faire c'est-à-dire celle consistant à

400 Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. Civ. IV, 1992, n° 338, p. 241, pourvoi n° 90-18547.

401 Cass. 37me civ. 15 décembre 1993, Bull. Cic. III, n° 174 ; D. 1994, somm., p. 507, obs. F. Benac-Schmidt ; D. 1995, somm., p. 87, obs. L. Aynès et p. 230, obs. O. Tournafond ; Defrénois 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1995, II, 22366, note D. Mazeaud . RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. Mestre ; JCP N 1995, I, p. 194, note A. Terrasson de Fougères. Dans le même sens : Cass. 3Ème civ. 26 juin 1996, D. 1997, somm., p. 169, obs. D. Mazeaud. Pour une interprétation sensiblement plus nuancée et moins critique de ces arrêts : I. Najjar, La rétractation d'une promesse unilatérale, D. 1997, chron., p. 119.

402 D. GRIMAUD, L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 144.

maintenir son offre pendant le délai convenu, afin de permettre au bénéficiaire d'exercer son droit d'option. Autrement dit, une promesse unilatérale de contrat est considérée comme n'emportant qu'une obligation de ne pas retirer son offre pendant le délai de l'option, à la charge du créancier de la promesse de lever l'option dans le délai imparti.

Or, 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* », la solution n'apparaît pas choquante de ce point de vue là. Néanmoins comme l'a justement remarqué un auteur de la doctrine, « *les obligations de faire sont susceptibles d'exécution forcée chaque fois, du moins, qu'elles ne se heurtent pas à une impossibilité matérielle, morale ou juridique. Or, en l'espèce, une telle impossibilité ne se rencontre pas* »⁴⁰³. En cas de promesse à durée déterminée, le promettant peut « échapper à la vente en se rétractant avant le terme convenu alors que (...) dans celui d'une promesse à durée indéterminée, le promettant ne peut se rétracter qu'après avoir accordé au bénéficiaire un délai raisonnable pour lever l'option »⁴⁰⁴. Ce sont les ruptures de promesses à durée déterminée qui devraient être sanctionnées plus sévèrement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

515. Cette solution est critiquable à de nombreux égards, le promettant a déjà donné son consentement à la vente lors de la formation de la promesse unilatérale et il ne peut reprendre son consentement. « *Mettre à sa charge « une obligation contractuelle de maintenir son offre de vendre » est vide de sens, car une telle obligation est impossible. En effet, un élément générateur du contrat ne peut pas être érigé en objet de l'obligation d'une des parties, pour la raison décisive que les parties sont tenues d'obligations par l'effet du contrat. Dès lors, il ne devrait pas y avoir lieu de s'interroger sur la sanction d'une obligation impossible. La rétractation du promettant n'étant pas la violation d'une obligation de faire, elle ne peut être que la tentative de*

403 V. LONIS-APOKOURASTOS, La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, PUAM, 2003, p. 196.

404 Cass. Civ. 3^{me}, 15 décembre 1993, Bull.civ. III, 1993, n° 174, p. 115, pourvoi n° 91-10199, note J. MESTRE ; RTD civ. 1994, p. 589. Civ. 3^{eme} 25 mars 2009, Bull. civ. III, n°69 ; D. 2010, Pan. 224, obs. Amrani-Mekki ; JCP 2009, n°87, p. 23, obs. Labarthe. Cass. Civ. 3^{eme}, 11 mai 2011, D. 2011. 1457, note D. Mazeaud ; ibid. 2011. 1460, note Mainguy (impossibilité d'ordonner la réalisation forcée).

revenir sur son consentement en méconnaissance du principe de la force obligatoire du contrat »⁴⁰⁵.

516. Cette jurisprudence a été par la suite confirmée dans des arrêts du 5 avril 1995⁴⁰⁶ et du 26 juin 1996⁴⁰⁷.

517. Cette jurisprudence a conduit à faire perdre l'efficacité de la promesse unilatérale de vente face à l'offre dont la rétractation n'est pas possible lors de la stipulation d'une offre avec délai⁴⁰⁸. Celle-ci a plusieurs fois admis la validité de la convention malgré la révocation de l'offre⁴⁰⁹. La promesse unilatérale de vente conservait tout de même quelques avantages sur l'offre classique notamment le fait que *« la promesse est transmise aux héritiers du promettant s'il décède avant la levée d'option et n'est pas rendue caduque en cas d'incapacité »*⁴¹⁰ alors que l'offre sera caduque dans ces deux cas. Mais cela restait une bien maigre consolation pour les bénéficiaires de promesses unilatérales.

518. Relativement à un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 30 avril 1997⁴¹¹, un auteur considérait que *« si on permet au débiteur de revenir en arrière, de faire comme s'il n'avait jamais décidé de vendre, on récompense sa malice et celle de son complice et l'on ruine la sécurité contractuelle »*⁴¹². Cet arrêt rappelait l'attendu de principe applicable aux fraudes aux droits du bénéficiaires d'un

405 Semaine Juridique Edition Générale, n°25, 20 juin 2011, 736, obs. Y. Paclot et E. Moreau.

406 Cass. Civ. 3^{ème}, Bull. Civ. III, 1995, n° 101, p. 68, pourvoi n° 93-15572, note Ph. DELEBECQUE, Répertoire du notariat Defrénois, 15 septembre 1995, n° 17, p. 1041 ; note J.-C. GROSLIERE, Rev. Dr. Immob. 1995, p. 561

407 Cass. Civ. 3^{ème}, 26 juin 1996, Bull. Civ. III, 1996, n° 165, p. 105, pourvoi n° 94-16326, note B. BEVIERE, P.A. 30 mai 1997, n° 65, p. 25.

408 L'offre sans délai peut à tout moment être révoquée par son auteur tant qu'elle n'a pas été acceptée lorsqu'elle est faite au public, en cas de faute, la responsabilité civile délictuelle de l'offrant pourra être recherchée. Elle devra être maintenue pendant un délai raisonnable lorsqu'elle est faite à destination d'une personne déterminée.

409 Cass. Civ. 3^{ème}, 10 mai 1968, Bull. civ. III, n° 209 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1958 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 10 décembre 1997. Sur l'offre avec délai : Civ. 3^{ème}, 7 mai 2008, Bull. civ. III, n° 79 ; RDC 2008. 1239, obs. Collart. Dutilleul : « il n'est pas possible de rétracter une offre d'achat ou de vente lorsque celui de qui elle émane s'est dégagé à ne pas la retirer avant une certaine époque ».

410 D. STAPYLTON-SMITH, « La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir? », AJDI, 1996, p. 568.

411 Cass. Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, D. 1997.475.

412 Cass. Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, Bull. Civ. III, n° 96, p. 63, pourvoi n° 95- 17598, note P.-Y. GAUTIER, RTD civ. 1997, p. 685.

pacte de préférence que celui-ci ne peut espérer mieux que la réparation de son préjudice par l'allocation de dommages-intérêts : « *la sanction de la violation d'un pacte de préférence, consiste simplement en l'allocation de dommages et intérêts au créancier de préférence* »⁴¹³.

519. Le premier pas vers une sanction en nature d'une promesse unilatérale est venu de la Cour d'appel de Paris le 21 décembre 2001⁴¹⁴ relativement à une promesse de cession d'actions dans laquelle le promettant s'était engagé « *irrévocablement* » à exécuter son obligation. Cette clause d'engagement irrévocable empêchait le promettant de rétracter et suite à sa rétractation, les magistrats ont statué sur l'exécution en nature du contrat, en l'occurrence une exécution forcée.

520. Un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 octobre 2006⁴¹⁵ relatif à une promesse unilatérale de vente a confirmé la jurisprudence précédente. La promesse unilatérale de vente stipulait « *une promesse ferme* » et « *un engagement ferme et définitif de vendre* » de la part du promettant. La Cour rappelle que la promesse créée « *une obligation de faire dont l'inexécution se résout en dommages-intérêts* » puis confirme que « *les parties à une promesse unilatérale de vente sont libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre peut se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente* ». En l'espèce, la Cour a refusé de prononcer l'exécution en nature au motif que les stipulations des parties ne suffisaient pas à démontrer leur volonté d'échapper à l'application de l'article 1142 du Code civil.

Ces arrêts montrent que les parties sont les plus à même d'assurer la force obligatoire de leur promesse unilatérale de vente. La réparation par équivalent restant de principe pour les promesses unilatérales au nom de l'article 1142 du Code civil et la réparation en nature l'exécution d'une clause claire et non équivoque du contrat de promesse.

521. L'arrêt rendu, entre temps, par la troisième chambre civile de la Cour de

413 Cass. Civ. 3ème, 30 avril 1997, D. 1997.475.

414 CA Paris, 25e chambre, sect. A, 21 décembre 2001, arrêt n° 2001/09384.

415 CA Paris, 2ème chambre, sect. B, 26 octobre 2006, arrêt n° 2006/314982.

cassation, le 4 mai 2006⁴¹⁶, est un pas en avant supplémentaire vers l'admission généralisée de l'exécution en nature.

La solution est la suivante : « *le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation* ». Relativement à cette solution un auteur commentait que cet « *arrêt n'en est pas moins novateur dans la mesure où il semble faire céder l'une des limites traditionnellement apportées au droit de l'exécution en nature, à savoir le respect des droits acquis par les tiers de bonne foi* ». Elle continue : « *pour défendre l'arrêt, on soulignera qu'en l'occurrence le colocataire de bonne foi n'est nullement privé de son droit. S'il doit en effet, à la demande de son bailleur, cesser son exploitation ou en modifier l'objet, il disposera d'une action en responsabilité contre celui-ci. Il pourra ainsi se faire indemniser de l'intégralité de son préjudice* »⁴¹⁷.

522. Malgré cela, les promesses unilatérales ont la vie dure face à la possibilité de demander leurs exécutions forcées en cas de retrait de l'option par le promettant ou de fraude à la promesse par le promettant, la compensation en nature dans les promesses n'est pas encore acquise de plein droit, seule une clause explicite en ce sens pourra orienter les juges dans leurs décisions suite à un arrêt de la troisième chambre civile en date du 27 mars 2008⁴¹⁸. Cette clause devra être très explicite et ne pourra se contenter de préciser que « *le promettant souscrit à un engagement ferme et définitif* », la clause précisera exactement la nature de la sanction de l'engagement du promettant à savoir l'exécution forcée, et pour finir la clause stipulera la renonciation du promettant aux stipulations de l'article 1142 du Code civil, qui prévoit que la violation d'une obligation de faire se résout par des dommages-intérêts. Cette clause permettait efficacement de limiter contre les effets de l'arrêt de 1993 et était pour la première fois validée par la Cour de cassation.

416 Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, Bull. Mixt. 2006, n° 4, p. 13, pourvoi n° 04-61051.

417 G. VINEY, « Le conflit entre le droit du créancier à l'exécution en nature et l'obligation contractuelle et le respect des droits acquis par les tiers de bonne foi », Revue des contrats, 1er avril 2007, n° 2, p. 295.

418 Cass. Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008 : les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que « le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente ».

523. Elle pourra être rédigée de la sorte :

« Les engagements énoncés au présent contrat constituent des obligations dont les parties conviennent expressément qu'elles pourront faire l'objet d'une exécution forcée en nature en cas de manquement de la partie qui s'est engagée.

En tant que de besoin, le créancier renonce expressément au bénéfice de l'article 1142 du Code civil, lequel dispose que "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts de la part du débiteur" ».

Une variante pour la promesse unilatérale de vente :

« Par la présente promesse, le promettant a définitivement consenti à vendre le bien désigné.

Sa rétractation unilatérale avant l'expiration du délai accordé au bénéficiaire pour lever l'option sera de plein droit inefficace.

En cas de refus du promettant de réaliser la vente par acte authentique, le bénéficiaire pourra poursuivre l'exécution forcée de la promesse aux fins d'obtenir le constat judiciaire de la vente.

En tant que de besoin, le promettant renonce expressément au bénéfice de l'article 1142 du Code civil, lequel dispose que "toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts de la part du débiteur" »⁴¹⁹.

524. Cette même chambre a jugé relativement à une promesse à durée indéterminée le 25 mars 2009, que le promettant pouvait se rétracter sans mettre préalablement le bénéficiaire en demeure d'accepter ou de refuser la promesse. Le promettant n'a ainsi pas à effectuer une mise en demeure préalable au bénéficiaire de la promesse, il lui suffit de formaliser son retrait par une déclaration de volonté, portée à la connaissance du bénéficiaire avant que celui-ci ne lève l'option. Cette position de la Cour reste logique, si l'on peut dire, avec son arrêt de 1993.

525. Ensuite un arrêt de cette même chambre rendu le 8 septembre 2010 a mis le doute sur un éventuel revirement. En espèce, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente avait levé l'option, après la mort du promettant. L'héritier du promettant était un mineur, placé sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire. La

419 RRCA n°5, Lexisnexis, mai 2013, form. 5, A. Lucas-Puget.

Cour d'appel avait jugé que le mineur ne pouvait consentir à la vente sans l'autorisation du juge des tutelles. Elle a considéré que le promettant était tenu d'une obligation de faire tant que le bénéficiaire n'avait pas déclaré acquérir conformément à la jurisprudence de 1993. Cette arrêt fut cassée sur le fondement de l'article 1589 du Code civil au motif que « *le promettant avait définitivement consenti à la vente* » et que « *l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y eût lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles* ».

Ainsi le droit potestatif tiré de l'article 1142 du Code civil était transformé en droit de créance⁴²⁰ pour la première fois depuis l'arrêt de 1993, le promettant ayant « *définitivement consenti à la vente* » celui-ci ne peut se rétracter sans faute.

526. Ce revirement à demi-mot n'a pas reçu de confirmation, la troisième chambre civile s'étant de nouveau prononcé conformément à sa jurisprudence de 1993 dans un arrêt du 11 mai 2011⁴²¹.

6) Une extension possible à d'autres contrats ?

527. Le régime juridique de la sanction de l'inexécution du pacte de préférence prend une tournure suffisamment originale et unique pour être le premier vers la catégorisation des contrats préparatoires, à la condition que le pacte de préférence ne soit pas seul dans cette catégorie.

Le pacte est souvent rapproché de la promesse unilatérale de contrat ou plus précisément de la promesse unilatérale de vente car il faut bien avouer que la très grande majorité des pactes de préférence ou des promesses unilatérales de contrat concernent une vente.

420 Ses héritiers étaient tenus de la « dette contractée par leur auteur ».

421 La Cour de cassation a cassée l'arrêt de la Cour d'appel ayant constaté la perfection de la vente au motif que « la levée de l'option par le bénéficiaire postérieurement à la rétractation excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ». Cette décision peut être nuancée comme le rapporteur l'a relevé, les parties ayant déposé leurs mémoires avant que l'arrêt du 8 septembre 2010 ne fût connu ; il n'en reste pas moins que la troisième chambre civile en a fait abstraction, préférant réaffirmer la formule contenue dans son arrêt de 1993.

528. Espérer que l'arrêt du 26 mai 2006 emporte des conséquences sur les promesses unilatérales de vente signifierait qu'il y ait des similitudes entre les deux contrats en regard de leur inexécution par le promettant.

529. L'arrêt du 26 mai 2006 s'attache uniquement à répondre à la question de la sanction encourue en cas de vente à un tiers du bien objet du pacte de préférence. Cet arrêt ne peut ainsi pas être assimilé à la jurisprudence « *consorts Cruz* » qui ne concerne que la rétractation pure et simple de la promesse de vente avant la levée de l'option. L'une ne peut influencer l'autre, les problématiques étant différentes. Il ne peut y avoir substitution du bénéficiaire de la promesse unilatérale lorsque le débiteur de la promesse a tout simplement retiré sa promesse⁴²².

*« Dans les pactes de préférence, on s'oblige à faire quelque chose en relation avec la vente à venir ; dans les promesses de vente, on consent d'ores et déjà à vendre. Dans les premières, la question posée est celle de l'exécution forcée d'une obligation de faire ; dans les secondes, la question est celle de la rétractation d'un consentement. La promesse unilatérale de vente est un véritable contrat. Il faudrait en tirer les conséquences »*⁴²³. Considéré que l'inexécution constituée par la vente à un tiers peut être traité de façon identique pour la promesse unilatérale et pour le pacte de préférence est une erreur.

530. Etant donné que la réalisation forcée a été admise pour le pacte de préférence, elle devrait l'être aussi, a fortiori, lorsque ce débiteur a véritablement promis de vendre au bénéficiaire si celui-ci lève l'option⁴²⁴. En effet, la substitution ne peut pas être accordée à une personne ne disposant que d'une priorité contractuelle et la refuser, lorsque le débiteur de la promesse a d'ores et déjà consenti au contrat définitif.

Cependant, les deux bénéficiaires ne sont pas tout à fait dans des positions identiques, il dispose d'une option de conclure le contrat définitif mais à des niveaux différents. Dans le pacte de préférence, le bénéficiaire doit attendre que le promettant

422 D. GRIMAUD, *L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 151.

423 L. COLLART-DUTILLEUL, « Le pacte de préférence : entre retour à l'ordre et nouveau désordre », *Revue des contrats*, 1er octobre 2006, n° 4, p. 1131.

424 L. LEVENEUR, « Violation du pacte : la substitution se profile en théorie... », *Revue Contrats, concurrence et consommation*, août 2006, n° 8, p. 153.

émette une offre en sa direction afin de conclure le contrat escompté, dans la promesse unilatérale, le bénéficiaire de la promesse bénéficie déjà d'une offre de conclure le contrat, tant que le promettant ne retire pas son offre, le bénéficiaire de l'option est en mesure de sceller le contrat, la faute dont il pourrait estimer avoir été la victime est celle de ne pas avoir saisie sa chance au moment voulu. Ce n'est pas la même chose que de voir sa chance se concrétiser avec un tiers alors que l'on était prioritaire dans la conclusion du contrat à venir.

531. La jurisprudence relative à la promesse unilatérale de vente ne peut que difficilement être transposée à l'ensemble des promesses unilatérales de contrat qui plus est. En effet, la jurisprudence reconnaît l'efficacité de la violation d'une promesse unilatérale de vente⁴²⁵ mais ne reconnaît pas celle d'une promesse de bail⁴²⁶. La Cour de cassation tire les plus larges conséquences de ce que ce contrat n'a pas d'effet translatif de droits, « *les juges s'efforcent en conséquence de priver le bénéficiaire de toute emprise sur le bien* »⁴²⁷. Ainsi, seules les promesses unilatérales de contrat emportant un effet translatif de droits pourront être sujettes à la jurisprudence « *consorts Cruz* ».

C. L'exclusion de la sanction par exécution forcée du régime de la catégorie des contrats préparatoires

532. Pratiquer l'exécution forcée d'un contrat préparatoire et non l'exécution forcée du contrat définitif qui en découlerait est contestable dans la mesure où la continuation forcée de la préparation du contrat envisagée revient en pratique à mettre à la charge du négociateur une obligation d'aboutir. Une partie mécontente de la tournure des négociations pourrait toujours aller voir le juge et demander à obtenir l'exécution forcée de son contrat préparatoire, espérant arriver ainsi à créer une obligation de conclure le contrat définitif. Certains contrats préparatoires ne contiennent qu'une obligation de négocier comme nous avons pu le constater. Demander l'exécution forcée d'un contrat de négociation semble contraire à l'objet même de ce contrat, les parties

425 Cass. 3ème civ. 15 décembre 1993, Bull. Civ. III, n° 174, p. 115.

426 Cass. 3ème civ. 6 avril 2004, RDC 2004, p. 969, obs. F. Collart-Dutilleul.

427 G. PILLET, *L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 179.

doivent négocier, si l'une d'elle stoppe les négociations, c'est certainement qu'elle n'y trouve plus son compte et ira chercher ailleurs. Seule la manière de rompre est potentiellement fautive dans ce cas à notre avis, ce qui sera par ailleurs indemnisée en justice par l'allocation de dommages-intérêts, sanction logique et proportionnée.

L'absence de poursuite ou reprise de la négociation, obligation principale d'un contrat de négociation, contrat préparatoire, quant à elle, pourrait en effet mériter conformément à l'arrêt « *Huard* », une exécution forcée afin de contraindre la partie défaillante à reprendre les négociations. L'ennui de ce genre de décision reste à considérer son efficacité, qui nous semble complexe, la partie contrainte reprendra la négociation un temps, de mauvaise foi certainement, mais qui sera difficile à prouver et cessera par la suite les négociations quelques temps plus tard...

Nous estimons que consacrer l'exécution forcée à des obligations nées de contrats préparatoires, ce serait démarquer la catégorie des contrats préparatoires d'une façon des plus intelligentes qui soit, assurant une sécurisation des relations contractuelles durant les pourparlers. Un auteur estime que c'est infliger une sanction disproportionnée au manquement commis⁴²⁸. Au contraire, faute d'une protection légale, les contrats préparatoires recevraient ainsi une protection judiciaire adéquate améliorant la force obligatoire de ces contrats.

533. On ne peut cependant que constater que pour le moment l'ensemble des contrats préparatoires de ladite catégorie prise dans sa globalité à la lecture des différents auteurs n'aboutit pas non plus à une unicité du régime de la sanction de l'inexécution des contrats préparatoires et réduit un peu plus la pertinence de cette catégorie.

534. La substitution est une forme d'exécution en nature, celle-ci ne peut être l'élément de rattachement à la catégorie des contrats préparatoires. Par le jeu de la substitution de personne, le juge complète le contrat et il substitue ainsi la volonté du bénéficiaire à celle du tiers. Cette faculté est aujourd'hui offerte uniquement dans le cadre du pacte de préférence, il ne serait pas envisageable de limiter la catégorie des contrats préparatoires à un seul type de contrat. Autant nommer la catégorie du nom de

428 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 235.

ce contrat dans ce cas là.

535. D'un autre côté, l'article 1142 du Code civil ne limite pas à lui seul l'exécution forcée des contrats préparatoires, si nous excluons de la catégorie des contrats préparatoires l'ensemble des contrats préparant le contrat définitif et comportant une obligation de contracter⁴²⁹. En effet, l'exécution en nature est interdite pour les obligations de faire ayant un caractère personnel, c'est-à-dire, celles « *dont l'exécution forcée risque de porter atteinte à une liberté jugée essentielle* »⁴³⁰. L'obligation de contracter est une « *obligation de faire, il serait alors, par principe impossible d'en ordonner l'exécution forcée* »⁴³¹. Il s'agit d'une obligation personnelle rendant par principe impossible son exécution forcée du fait de l'objet de l'obligation de contracter⁴³².

536. C'est l'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation du 20 janvier 1953⁴³³ qui a conduit à minimiser l'application de l'article 1142 du Code civil. En effet, il a été jugé que « *l'article 1142 du Code civil ne peut trouver application qu'en cas d'inexécution d'une obligation personnelle de faire ou de ne pas faire* ». Par la suite, la jurisprudence a défini cette notion « *d'obligation personnelle* » comme celle « *dont l'exécution en nature risquerait de porter atteinte à une liberté jugée essentielle du débiteur* »⁴³⁴.

537. Cette jurisprudence avait créé une véritable séparation entre les contrats et les avant-contrats. En effet, alors que les contrats préparatoires avaient, par exemple, les mêmes conditions de formation que n'importe quel contrat, ils avaient cependant un régime de sanction différent. Cela remettait partiellement en cause la force obligatoire de ces contrats préparatoires. On pouvait dès lors s'interroger sur la valeur et l'intérêt de

429 Soit les contrats de promesse et le contrat-cadre *a minima*

430 J.-L. RESPAUD, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier 2000, p. 129.

431 Ibid. p. 129.

432 L'impossibilité de recourir à l'exécution forcée de l'obligation de contracter est liée à son objet ; elle « tient au critère même de cette obligation »

433 Cass. Civ. 20 janvier 1953, Bull. Civ. II, n° 27 in G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil : les effets de la responsabilité, LGDJ, 2001, 2ème édition, p. 36.

434 G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil : les effets de la responsabilité, LGDJ, 2001, 2ème édition, p. 37.

conclure l'un de ces engagements puisque qu'une rupture brutale des pourparlers était sanctionnée par des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle et l'inexécution d'un contrat préparatoire était sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle d'une manière équivalente, à savoir par l'allocation de dommages-intérêts. L'intérêt de conclure un tel contrat est d'obtenir une meilleure protection, si la sanction de l'inexécution fautive aboutit au même résultat, le formalisme y perd son sens.

538. Ainsi dans tout contrat comportant une obligation de contracter induite par l'option offerte⁴³⁵ ou la nécessité d'un second consentement⁴³⁶, l'exécution forcée sera prohibée.

539. L'arrêt de la chambre de mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006⁴³⁷ conduit à une application bien moins stricte de l'article 1142 du Code civil, qui auparavant conduisait à une sanction unique des contrats préparatoires à la différence des autres contrats, c'est-à-dire par des dommages-intérêts.

540. La Cour a déjà sanctionné une inexécution contractuelle par une sanction en nature malgré que le tiers ait été de bonne foi⁴³⁸. Cette sanction pourrait être de même appliquée aux contrats préparatoires. Le tiers de bonne foi pourrait alors engager la responsabilité contractuelle du promettant afin d'obtenir réparation et surtout le cocontractant lésé ou le bénéficiaire du contrat pourrait obtenir la substitution en lieu et place de ce tiers, quand bien même il soit de bonne foi.

541. Ces évolutions jurisprudentielles sont les premiers signes tendant vers une uniformisation de la sanction des contrats préparatoires, l'obstacle posé par l'article 1142 du Code civil étant interprété de plus en plus ouvertement par les juridictions. Les obligations de contracter seront peut-être un jour soumises à des exécutions en nature

435 Dans les contrats de promesses unilatérales.

436 Comme dans le contrat-cadre.

437 Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. Mixte, n° 4, p. 13, pourvoi n° 03-19376, note J.-F. BARBIERI, *Revue des sociétés*, 2006, p. 808 ; note F. COLLART-DUTILLEUL, *RTD civ.*, 2006, p. 550 ; note D. MAINGUY, *Recueil D.*, 2006, p. 1861.

438 Cass. Civ. 3ème, 4 mai 2006, Bull. Mixte, n°4, p. 13, pourvoi n° 04-61051.

régulière et un régime unique se dégagera au sein de la catégorie.

CONCLUSION DU CHAPITRE

542. L'absence de régime juridique commun à la catégorie des contrats préparatoires ne fait pas le moindre doute à ce stade de nos développements. Peu importe la conception empruntée par la doctrine, aucune ne permet la mise en évidence d'une catégorie pertinente.

543. Seule la division des contrats en une catégorie très réduite nous permettrait de mettre en évidence un régime commun en empruntant la conception classique de Demogue par exemple qui ne se limitait qu'aux promesses de contrat, mais celle-ci resterait limitée de notre point de vue par nos objections précédentes⁴³⁹.

544. La sanction de l'inexécution des contrats préparatoires pourrait être une piste sérieuse vers la création d'un régime de la sanction commun à la catégorie. Peut-être que les projets de réforme y répondent.

⁴³⁹ Voir supra n° 315 et s.

CHAPITRE 2 – L’ABSENCE D’UNITE EN DROIT PROSPECTIF

545. Le droit positif n’a su nous donner satisfaction dans notre recherche d’un régime juridique commun à l’ensemble de la catégorie des contrats préparatoires afin de rendre celle-ci pertinente.

546. Depuis plusieurs années, des projets aussi bien nationaux, qu’européens, ont vu le jour afin de réformer le droit des contrats. C’est à l’occasion du bicentenaire du Code civil que s’est posé la question d’une réforme du droit des contrats. En un peu plus d’une dizaine d’années, pas moins de trois projets ont vu le jour, le projet Catala⁴⁴⁰, le projet Terre⁴⁴¹ et le projet de la Chancellerie⁴⁴².

547. L’analyse succincte de ces projets nous amènera à déterminer si ceux-ci permettant la mise en place d’un régime propre à la catégorie des contrats préparatoires (Section I).

Un des projets va probablement voir le jour au sein du droit positif étant donné la publication d’un projet d’ordonnance par le Ministère de la Justice durant cette année, celui-ci méritera à cet égard notre attention (Section II).

Section I - La catégorie des contrats préparatoires : un futur régime créateur issu des projets de réforme

548. Les différents projets ont en commun de faire disparaître la distinction

440 Publié le 22 septembre 2005, ce projet réformait l’ensemble du droit des obligations et de la prescription.

441 Rédigé dans le cadre des travaux de l’Académie des Sciences morales et politiques dirigé par le Professeur F. TERRE, le projet fût publié en 2008.

442 Publié dans le journal *Les Echos* en octobre 2013.

entre les avant-contrats et les contrats. Certains contrats préparatoires aux yeux de la doctrine⁴⁴³ sont détaillés dans les projets et prennent une éventuelle future assise légale, ce sont les deux avant-contrats les plus répandus, également considérés comme des contrats préparatoires, que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale. La différence entre les avant-contrats et les contrats s'établissait en particulier au stade de la sanction, les avant-contrats bénéficiant d'une protection moindre. Les avant-contrats se fondant au profit d'une grande catégorie des contrats, les contrats préparatoires trouveront peut-être à jouer un rôle.

549. Le projet Catala visant à réformer le droit des obligations et de la prescription dispose que « *l'obligation de faire s'exécute si possible en nature* ». Selon les rapporteurs du projet, cette réforme vise « à tenir compte du fait que les exceptions et tempéraments apportés à la règle formulée par l'actuel article 1142 sont devenus si importants que le principe peut désormais être présenté d'une façon inversée, plus conforme à la réalité »⁴⁴⁴.

L'exécution forcée des contrats deviendrait la règle et la réparation en dommages-intérêts serait l'exception. C'est ce que nous avons mis en avant dans le chapitre précédent, l'article 1142 est régulièrement interprété flexiblement par les juridictions sans pour autant qu'il n'y ait un consensus déterminant ne nous permettant d'y voir un régime applicable à l'ensemble de la catégorie de notre notion. Cependant, l'application de cette règle à l'ensemble des contrats conduirait le régime des contrats préparatoires à s'aligner sur celui des contrats « *ordinaires* » et ne nous permettrait pas d'y voir un élément de régime justifiant la catégorie spécifique.

550. Au sein du paragraphe 3, les articles 1106 et 1106-1 de l'avant projet de réforme traitent successivement de la promesse unilatérale de contrat et du pacte de préférence. Il s'agissait d'ores et déjà des deux contrats les plus tendanciels au regard de la jurisprudence contemporaine, en particulier concernant les promesses unilatérales de vente dont la rétractation laisse le bénéficiaire peut satisfait eu égard à la jurisprudence,

443 Partiellement, nous correspondant, étant donné notre penchant pour l'exclusion du contrat de promesse de la catégorie. Les projets seront peut-être nous convaincre de leur bienfondé au sein de la catégorie.

444 L. LEVENEUR et H. LECUYER, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, rapport P. Catala du 22 septembre 2005, exposé des motifs, p. 38.

jurisprudence que les professionnels ont bien du mal à valider compte tenu de la dévalorisation opérée face à l'offre. Tout le monde attend depuis une réponse ferme de la loi sur ce point⁴⁴⁵.

551. L'article 1106 définit la promesse unilatérale de contrat et dispose en son alinéa 2 que « *la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis* ».

552. Et l'alinéa 3 dispose quant à lui que « *le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi* ». Cet alinéa est applicable lorsque la rétractation du promettant a eu lieu par la conclusion du contrat promis avec un tiers. Dans cette hypothèse, la convention conclue sera inopposable au bénéficiaire si celui-ci arrive à prouver que le tiers était de mauvaise foi. Il s'agirait d'un regain de la force obligatoire de la promesse unilatérale de contrat face à l'offre. Néanmoins, prouver la mauvaise foi d'un tiers restera une tâche peu aisée pour le bénéficiaire n'ayant pas pris la peine de publier la promesse.

553. L'article 1106-1 du projet Catala dispose relativement au pacte de préférence que « *le promettant est tenu de porter à la connaissance du bénéficiaire toute offre relative au contrat soumis à préférence. Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi* ».

« *La sanction qu'est l'exécution forcée paraît inhérente à l'obligation et permettre au débiteur de s'en libérer, fût-ce au prix d'une indemnisation, recèle une contradiction fondamentale. La liberté contractuelle doit être défendue ; elle a cependant des limites tenant à l'essence même de l'obligation* »⁴⁴⁶. Ainsi, pour cet auteur, il ne devrait pas être possible pour les parties de déroger à l'exécution en nature, ni même de stipuler une clause pénale dans un contrat préparatoire sauf dans le cas où

445 C. PISANI, « Introduction », Colloque sur le droit des contrats : « Perspectives européennes et réformes internes », 4 juin 2008.

446 Ph. DELEBECQUE, « L'exécution forcée, in La réforme du droit des contrats : projets et perspectives », Revue des contrats, 1er janvier 2006, p. 99.

l'inexécution se concrétiserait par la conclusion de la convention envisagée avec un tiers. Cependant, pour un autre auteur de la doctrine, il serait étonnant de ne pas pouvoir écarter les dispositions des articles 1106 et 1106-1 du projet Catala alors qu'il était possible de le faire avec l'article 1142 du Code civil, « *cette analyse, plus respectueuse du principe de liberté contractuelle, permet une meilleure souplesse dans les rapports contractuels et laisse au juge une certaine marge de manœuvre* »⁴⁴⁷.

554. Parmi les détracteurs et pas des moindres, le Conseil Supérieur du Notariat n'apprécie guère le projet, entre l'oubli du compromis de vente, chère à cette ordre et l'instauration d'une sanction en nature en cas d'inexécution d'un pacte de préférence, celui-ci n'y voit pas vraiment de progrès. Il considère que la mise en œuvre de la substitution dans le pacte de préférence sera difficile tout en tempérant leur propos : « *en effet, bien que la substitution du bénéficiaire lésé au sein d'un contrat de vente présente des difficultés, celles-ci ne semblent pas insurmontables. La sanction en nature pourrait donc constituer le principe pour ce type d'avant-contrat. En revanche, la substitution est presque impossible à mettre en œuvre lorsqu'un contrat à exécution successive a partiellement été exécuté. Dans cette hypothèse, les sanctions en nature devraient être prononcées que dans des situations exceptionnelles. Bien évidemment, personne ne peut prévoir si ces dispositions entreront en vigueur un jour, quand cela arrivera et sous quelle forme* »⁴⁴⁸. Il est finalement possible que cela arrive un jour, plus tôt que certains l'auraient prévu ou surtout voulu. Il est vrai que les contrats à exécution poseront problème de la même façon qu'ils peuvent déjà problème lors de l'application de la jurisprudence actuelle sur le pacte de préférence. La solution la plus simple restera peut-être à imposer un dédommagement proportionnel à l'inexécution des premiers contrats successifs et à substituer pour la suite du contrat le bénéficiaire de la clause. Une application distributive de la sanction afin de donner la plus juste des compensations⁴⁴⁹.

447 S. MESSAÏ-BAHRI, « La sanction de l'inexécution des avant-contrats au lendemain de l'avant projet de réforme du droit des obligations », L.P.A, 24 juillet 2006, n° 146, p. 12.

448 J. ZIELINSKI, La détermination des sanctions de l'inexécution d'un avant-contrat, Mémoire Lille 2, 2008, p. 71 et 72

449 M. LAMOUREUX, L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, PUAM, 2006, p. 353 : c'est en effet tout à fait possible, le juge « peut également cumuler deux types de condamnation dès lors qu'il précise la destination de chacune ».

555. « *L'avant-projet de réforme du droit des obligations ne précise pas non plus quelle sanction devrait être prononcée à l'encontre du promettant qui a inexécuté son avant-contrat en concluant le contrat envisagé avec un tiers de bonne foi* »⁴⁵⁰, sûrement des dommages-intérêts. L'article 1371 de l'avant-projet offre au juge une nouvelle possibilité « *l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor Public* ». Le résultat serait simple, plus de punitions pour que les promettants soient durement sanctionnés, en particulier lorsqu'ils auront contracté avec un tiers de bonne foi, étant donné que dans ce cas là, le bénéficiaire ne pourra obtenir sa substitution.

556. L'avant-projet de réforme du droit des contrats présente des avantages et des inconvénients comme souvent. Le projet dispose des articles précis sur deux types de contrats préparatoires⁴⁵¹ que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale, l'absence de disposition jusqu'à aujourd'hui est critiquée par la doctrine, le fait de pallier à cette absence est une bonne chose, peu importe le fond, il s'agit d'un départ que l'on retrouve dans la plupart des projets.

Cependant, il est difficile de ne pas se rendre compte des limites portées par le projet qui ne décrit que deux avant-contrats malheureusement laissant pour compte « *notamment la promesse synallagmatique de contracter et, plus précisément, le compromis de vente en matière immobilière* »⁴⁵². Le projet de réforme laisse de côté certains avant-contrats, il est difficile de juger de la quantité puisque chaque auteur y verra une typologie différente. Nous pouvons cependant qu'acquiescer au fait qu'il manque un certain nombre d'avant-contrats ou de contrats préparatoires dans notre dénomination, puisque nous ne considérons pas qu'il n'en existe que deux au vue de nos lectures sur le sujet, nous ne pouvons toutefois inclure les promesses synallagmatiques de contrat au sein de la catégorie des contrats préparatoires, en effet, la promesse

450 J. ZIELINSKI, La détermination des sanctions de l'inexécution d'un avant-contrat, Mémoire Lille 2, 2008, p. 69.

451 Dénommés dans les écrits sur les projets de réforme « avant-contrats » plutôt que contrats préparatoires.

452 L. LESAGE, « La formation du contrat et le recueil des consentements », Colloque sur le droit des contrats : « Perspectives européennes et réformes internes », 4 juin 2008.

synallagmatique de vente n'est plus un contrat préparatoire, ou un avant-contrat, elle est déjà la vente réunissant la chose et le prix sur lesquelles les parties se sont d'ores et déjà entendues comme le fait justement remarquer l'un des rédacteurs de l'avant-projet : « *la promesse synallagmatique ne peut être considérée comme un avant-contrat puisqu'il ne s'agit plus d'un contrat préparatoire à la vente, mais de la vente elle-même* »⁴⁵³.

557. Le projet Terré⁴⁵⁴ est celui qui a le plus influencé l'avant-projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie. Son examen individuel n'apportera que peu d'écarts nous concernant avec le projet de Chancellerie, c'est pourquoi nous passerons à la suite des projets européens.

558. Concernant les projets européens, que ce soit les Principes européens du droit des contrats élaborés, suite à l'initiative de M. Landö, ou les principes UNIDROIT, aucun de ces projets ne contient de dispositions spécifiques concernant les contrats préparatoires.

Ces projets consacrent une tendance selon laquelle l'exécution en nature doit être prononcée pour sanctionner une inexécution contractuelle dès que cela est possible tout comme pour le projet français Catala.

559. Selon l'article 9.102 des principes du droit européen des contrats « *le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse* ». Ceci signifie qu'un contrat promis à une personne ne pourra plus être contracté avec un tiers sans que le bénéficiaire de la promesse ne puisse recouvrer sa place de droit. Il s'agit là d'un renforcement de l'effet des contrats très profitables à la sécurité juridique attendu d'un tel engagement.

L'article 7.2.2 des principes UNIDROIT dispose qu' « *à défaut pour le débiteur d'exiger de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut*

453 Ph. MALINVAUD, Droit des obligations, Litec, 10ème édition, p. 85.

454 Trois ouvrages concernent ce projet : F. TERRE, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009 ; Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011 ; Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013.

en exiger l'exécution » rejoignant les principes du droit européen des contrats sur ce point.

560. Certains auteurs rappellent cependant que l'exécution en nature ne concerne pas toute espèce d'obligation : « *les deux principales tentatives qui ont été faites jusqu'à présent pour harmoniser les principes généraux du droit du contrat entre pays européens (...) ont toutes les deux entérinés l'idée selon laquelle certaines obligations devaient échapper à l'exécution en nature en raison de leur caractère personnel et de l'atteinte que cette exécution pourrait porter à la liberté individuelle du débiteur* »⁴⁵⁵.

561. L'article 7.2.2 des principes UNIDROIT dispose que l'exécution en nature ne peut être prononcée lorsque « *l'exécution est impossible en fait ou en droit, l'exécution ou les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables...* ». Les juges pourraient alors considérer que la conclusion du contrat envisagé avec un tiers de bonne foi constitue une impossibilité de prononcer la sanction de principe qui est l'exécution en nature.

562. Le projet Catala ne différencie pas la sanction selon l'objet du pacte de préférence ce qui peut être critiquable en soi. Les projets européens et internationaux vont encore plus loin et n'opèrent même pas de distinction selon la nature du contrat préparatoire, il n'est pas fait référence au pacte de préférence ou à la promesse unilatérale de contrat, les projets européens envisagent du même œil l'ensemble des contrats.

563. La catégorie des contrats préparatoires, de même que celle des avant-contrats, perd une grande partie de son intérêt. Le régime de la sanction de l'inexécution devient le même pour tous les contrats sans différenciation.

455 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil : les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2001, 2^{ème} édition, p. 41.

Section II - La catégorie des contrats préparatoires : un futur régime créateur issu du projet d'ordonnance de 2015

564. L'avant-projet⁴⁵⁶ de la Chancellerie est le fruit des dix ans de réflexion concernant la réforme du droit des contrats, inspiré des projets européens et nationaux. Sur le fond, le projet prend acte d'un certain nombre de décisions jurisprudentielles bien établies. Il a été déposé au Sénat le 27 novembre 2013, autorisant le Gouvernement à procéder à la réforme par le biais d'ordonnance, ce qui a suscité les premières critiques à son encontre laissant de côté le Parlement⁴⁵⁷ pour une réforme jugée importante tant elle était attendue. Par la loi du 16 février 2015⁴⁵⁸, le Gouvernement a obtenu jusqu'au 17 février 2016 pour mener à bien la réforme définitive. Une période de concertation préalable a pris fin le 30 avril dernier.

565. L'avant-projet contient une section entière relative à la conclusion du contrat, au sein de laquelle ont été regroupées des règles relatives à la négociation (Sous-section 1), l'offre et l'acceptation (Sous-section 2), la promesse unilatérale et le pacte de préférence (Sous-section 3). Le Code civil ne prévoyait pas le processus de formation de contrat laissant la porte ouverte à une jurisprudence pléthorique et tumultueuse sur la matière, les contrats préparatoires auront ainsi quelques réponses fermes à des questions suspendues aux lèvres des juges jusqu'à présent.

566. C'est la sous-section 3 qui nous intéresse particulièrement, détachant deux contrats préparatoires de la jurisprudence et les définissant légalement. La promesse unilatérale de contrat sera ainsi envisagée et non plus seulement la promesse unilatérale de vente⁴⁵⁹.

456 Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats consultable en ligne sur le site du Ministère de la Justice.

457 L'Assemblée nationale avait accepté de confier au Gouvernement le soin de réformer par ordonnance le droit des contrats et eut le dernier mot face à l'opposition du Sénat.

458 Loi n°2015-177 du 16 février 2015 portant modernisation et simplification du droit.

459 La promesse synallagmatique de contrat fera peut-être son apparition dans cette section du projet si le Gouvernement tant à écouter la doctrine sur le sujet, qui entend compléter l'article 1589 du Code civil, qui se limite actuellement à la promesse synallagmatique de vente. Elle souhaite obtenir la définition de la notion de promesse synallagmatique de contrat mais aussi de son régime. Celle-ci viendrait à la suite de la promesse unilatérale de contracter respectant une gradation des engagements précédant le contrat définitif. Si cette modification était effectuée, cela entraînerait une complète réévaluation de nos critères d'identification des contrats préparatoires étant donné l'obligation de

567. L'article 1125 du projet d'ordonnance définit le pacte de préférence classiquement : « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ». Cette définition devrait laisser le droit actuel et les précisions jurisprudentiels en l'état, l'absence de nécessité de fixer une durée ou un prix⁴⁶⁰ lors de la conclusion du pacte devrait être maintenue.

568. L'article dispose dans l'alinéa suivant : « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi* ». Ainsi, la seule connaissance de l'existence d'un pacte de préférence par un tiers sera nécessaire afin d'obtenir la nullité de ce pacte ou la substitution du bénéficiaire en lieu et place de la preuve de sa connaissance de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce qui allège nécessairement la difficulté.

569. Afin de faciliter les démarches du tiers souhaitant conclure un pacte de préférence, et également prouver sa bonne foi, celui-ci disposera d'une action interrogatoire sur le fondement de l'article 1125 alinéas 3 et 4 du projet d'ordonnance : « *Lorsque le tiers présume l'existence d'un pacte de préférence, il peut en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable.* »
« *Cet écrit mentionne en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité.* »

Ceci lui permettra de mettre en demeure le bénéficiaire supposé du pacte afin de savoir s'il est bien le titulaire d'une priorité afin que le tiers puisse ou non conclure le contrat envisagé. Une fois cette démarche effectuée, le tiers aura prouvé sa bonne foi et le bénéficiaire de la clause négligeant s'étant abstenu de répondre ne pourra plus

conclure le contrat définitif que cette promesse engendre et notre rejet actuel d'une obligation de conclure le contrat définitif au sein des contrats préparatoires.

460 Civ. 3^{ème}, 15 janvier 2003, n° 01-03.700.

réclamer la substitution ou la nullité du contrat conclu par le tiers avec le promettant du pacte de préférence.

570. L'article 1124 du projet d'ordonnance définit également la promesse unilatérale en ces termes :

« La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. » La définition fait de la promesse un contrat par lequel le promettant consent un droit d'option au bénéficiaire de la promesse unilatérale, celui-ci disposant d'un certain délai pour manifester son consentement.

571. Il prévoit, par deux alinéas dénués d'ambiguïté, le sort des deux contentieux les plus courants au sein des contrats préparatoires, concernant la promesse unilatérale de vente, la révocation par le promettant au cours du délai laissé au bénéficiaire de l'option n'empêchera plus formation du contrat promis, et le contrat conclut en violation de la promesse avec un tiers de mauvaise foi ayant connaissance de la promesse sera réputé nul et non opposable comme auparavant.

En effet, ces alinéas disposent :

« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. »

« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

Certaines difficultés vont apparaître pour la mise en application de l'alinéa 3 de l'article car comment prouver que le tiers connaissait l'existence de la promesse si celle-ci n'est pas publiée. Seul le promettant pourrait très éventuellement informer le tiers de l'existence de la promesse unilatérale. Dans le cas contraire, en cas d'abstention de sa part, le contrat conclut avec le tiers de bonne foi ne pourra être annulé par les juridictions suite à une action du bénéficiaire lésé.

572. Seules ces dispositions ont un réel impact sur notre conception de la catégorie des contrats préparatoires. Celle-ci se limiterait alors à deux contrats

uniquement, la jurisprudence future aurait par la suite l'occasion de rattacher d'autres contrats que nous avons considéré comme des contrats préparatoires dans nos développements précédents.

Le régime de l'inexécution de ces deux contrats préparatoires aboutit à une solution commune qui est la réparation en nature. Des conditions spécifiques à chacun des contrats sont nécessaires mais le principe de sécurisation de ces contrats est le même, tourné vers la conclusion du contrat définitif et la protection du bénéficiaire d'une promesse.

573. La seule limite qui nous freinerait et qui nous freine depuis le début de nos travaux est l'acceptation de la promesse unilatérale dans la catégorie des contrats préparatoires, celle-ci étant déjà le contrat définitif négocié, le consentement du promettant étant acquis au contrat définitif dès la promesse et aucune réitération de consentement n'aura lieu par la suite, l'option levée, le consentement faisant défaut clos le contrat définitif.

574. Si l'on s'en tient à ce nouveau régime que créerait le projet d'ordonnance, il faudrait alors considérer que la catégorie des contrats préparatoires se définit par des contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif et dont l'inexécution entraînera une réparation en nature. L'exécution forcée d'un contrat ayant pour objet la préparation du contrat définitif seront les deux critères d'identification de la catégorie des contrats préparatoires. Nous pourrions maintenir l'obligation de conclure le contrat préparatoire entre des parties identiques à celles qui concluront le contrat définitif. L'absence d'obligation de conclure le contrat définitif se limitera à l'une des parties au contrat préparatoire, l'autre ayant pu d'ores et déjà manifester sa volonté de conclure le contrat définitif.

CONCLUSION DU CHAPITRE

575. L'approche prospective de la notion de contrat préparatoire a permis de mettre en lumière les différentes approches de ce que pourraient devenir les contrats préparatoires en fonction des différents projets.

576. Le projet d'ordonnance de la Chancellerie présente le plus d'intérêt d'un point de vue des probabilités qu'il a de rentrer en application dans un futur proche⁴⁶¹ alors que les autres projets vivent depuis une dizaine d'années sans être parvenu à un dénouement aussi proche⁴⁶². Cela nous porte à croire que la catégorie des contrats préparatoires disposerait d'un futur régime propre rendant la catégorie un peu plus pertinente d'un point de vue juridique, grâce à la sanction de son exécution en particulier.

577. La catégorie des contrats préparatoires seraient alors constituée de deux contrats pour l'heure, avec le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. Cette nouvelle catégorie nécessiterait la reprise des nos critères d'identification étant donné notre penchant à l'exclusion des contrats stipulant une obligation de conclure le contrat définitif. Il est vrai que ce critère peut être aisément tempéré en considérant qu'il n'y a pas d'obligation de conclure bilatérale mais uniquement une obligation unilatérale pour l'auteur de la promesse, le créancier de cette promesse n'étant en rien obligé de conclure le contrat.

578. La catégorie des contrats préparatoires se définirait alors par des contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif et dont l'inexécution entraînerait une réparation en nature.

461 Au plus tard le 17 février 2016.

462 Ils ont tout de même le mérite d'avoir inspiré ce dernier.

CONCLUSION DU TITRE

579. La catégorie des contrats préparatoires ne nous paraît qu'être éventuelle à l'heure actuelle.

580. Le droit positif n'aboutit pas à la création d'un régime propre et spécifique aux contrats préparatoires, peu importe l'approche doctrinale envisagée ou la modulation de notre approche. La limitation du régime commun à la sanction au sein de la catégorie ne nous permet d'aboutir à une solution homogène. La catégorie des contrats préparatoires semble dès lors n'exister que dans les citations de la doctrine à moins que l'on ne se satisfasse d'une catégorie dont le seul trait commun serait d'avoir pour objet la préparation du contrat définitif. Dans ce cas là, la catégorie serait très large et d'une pertinence limitée à la pratique.

581. Le droit prospectif n'aboutit à une solution intéressante que dans notre droit français, les projets de réforme européens assimilant le contrat et le contrat préparatoire, ce dernier n'a plus de légitimité à exister. Le projet d'ordonnance de la Chancellerie est le plus intéressant car il aboutit à la légitimation de la catégorie des contrats préparatoires, en incluant deux contrats pour le moment, que sont la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence. Un régime unique de la sanction de l'inexécution apparaît au profit d'une exécution forcée du contrat, solution stimulant la force obligatoire de ces contrats. La catégorie gagnerait alors en pertinence lors de la mise en place définitive du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats.

582. L'absence de régime juridique commun complet, c'est-à-dire concernant aussi bien la formation et les effets que la sanction, nuance cependant l'affirmation de la création d'une catégorie juridique pertinente.

583. Tant que le projet de la Chancellerie n'est pas adopté, au sein du droit positif, nous n'avons toujours pas réussi à démontrer la pertinence de la catégorie des contrats préparatoires ce qui nous amène à la remise en cause de la notion de contrat préparatoire.

TITRE SECOND

LA REMISE EN CAUSE

DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

584. La notion de contrat préparatoire existe en tant que telle, elle est utilisée par la doctrine parcimonieusement sans pour autant être un sujet d'étude très convoité. Son absence de définition légale et sa quasi inexistence législative nous conduisent à devoir interpréter dans une grande portion ce qu'elle est. Son identification n'est pas aisée ce qui rend sa typologie multiple, fonction des différents courants de pensées.

585. La doctrine envisage la notion comme une catégorie juridique regroupant différents contrats. N'ayant pu parvenir à déceler un régime juridique commun à cette catégorie des contrats préparatoires, du moins au sein de notre droit positif, une remise en cause de la notion nous semble logique. La notion n'est peut-être pas une catégorie mais une erreur de qualification (Chapitre 1), le contrat préparatoire, contrat unique peut-être, serait une mauvaise qualification.

586. La notion de contrat préparatoire est très souvent liée la notion d'avant-contrat dans la doctrine, l'une étant parfois utilisé pour l'autre, la notion de contrat préparatoire a ainsi du mal à se différencier d'autres notions qui sont des catégories pour la doctrine, une distinction, si elle possible, s'impose (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA QUALIFICATION DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE

587. Un auteur⁴⁶³ considère que la notion de contrat préparatoire ne regroupe que les promesses unilatérales de contrat. La qualification de promesse unilatérale de contrat est aisée puisqu'elle est législative, la promesse et le contrat unilatéral étant explicités par les textes. La qualification de contrat préparatoire devient ainsi une seconde qualification à une qualification légale existante. Elle perd tout intérêt n'étant pas juridiquement défini à son tour, il n'est point utile pour la pratique d'avoir un synonyme de promesse synallagmatique de contrat.

588. La qualification de la notion est nécessaire, notre première qualification est peut-être erronée. Pour valider cette idée, nous partirons d'une réflexion *a contrario* en étudiant succinctement la qualification des contrats inclus au sein de la notion de contrat préparatoire (Section I) afin de voir si une autre qualification ne serait pas envisageable en regroupant ces contrats (Section II).

Section I - Les qualifications envisagées

589. L'opération de qualification (Paragraphe 1) est un nécessaire dans le

⁴⁶³ Professeur BENAC-SCHMIDT, in *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, éd. LGDI, 1983, préf. J. GHESTIN.

domaine contractuel afin de déterminer le régime applicable, n'ayant pu dégager un régime commun à la catégorie des contrats préparatoires, la qualification des contrats de cette catégorie nous précisera peut-être la qualification à retenir (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - L'opération de qualification

590. La qualification consiste en une « *opération de l'intelligence consistant à rattacher un acte, un fait, une situation juridique à un groupe déjà existant (concept juridique, catégorie, institution)* »⁴⁶⁴. Le contrat préparatoire est un acte juridique, une manifestation intentionnelle de volonté ayant pour but de réaliser des effets juridiques précis. La qualification est une difficulté que soulève tout contrat. Le droit constitue un ensemble limité de règles, tandis que la vie des affaires suscite l'infinie variété des actes. Pour appliquer le droit à l'acte, il est nécessaire de qualifier cet acte, c'est-à-dire déterminer la catégorie juridique dans laquelle il entre.

591. Lorsque les parties qualifient elles-mêmes leur convention, elles lui donnent un titre. Ce n'est pas le titre qui fait la qualification mais c'est ce que pense bon nombre de personnes. Celui-ci n'est pas toujours correcte juridiquement, c'est pourquoi le juge n'est pas lié par la qualification des parties conformément à l'article 12 du Code de Procédure Civile qui dispose que :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. »
« 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. »

592. L'ignorance des parties pourra les conduire à qualifier leur contrat par une autre qualification que la qualification juste, le contrat d'échange ou de vente sera un contrat de prestation de service, le contrat préparatoire sera le contrat définitif, la lettre d'intention sera un contrat préparatoire, etc. Les parties imagineront une dénomination qui aura souvent pour unique but de satisfaire les deux parties.

La qualification déterminée par un professionnel du droit n'est pas exempte de

464 Lexique des termes juridiques, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, p. 471

toute erreur ou inexactitude également. La qualification doit traduire la volonté réelle des contractants.

Les tribunaux peuvent aussi accidentellement ou même délibérément choisir une qualification inexacte au contrat. Lorsque ce sera accidentel, l'intérêt de cette inexactitude sera nul, comme pour le contrat de coffre-fort qualifié de contrat de location pendant de nombreuses années à tort. La qualification inexacte d'un contrat par les juridictions pourra avoir pour but d'astreindre le contrat à un certain régime, le régime du contrat devient indépendant de sa réelle qualification. Souvent ce sera par simplicité, les deux qualifications entraînant les mêmes responsabilités⁴⁶⁵.

593. Qualifier le contrat préparatoire est très utile, cela permet d'appliquer le régime juridique correct à l'acte. Le régime juridique conditionne les effets du contrat. Il faut le classer dans une catégorie afin de déterminer son régime juridique. Le classement des contrats préparatoires dans une catégorie semble être une tâche particulièrement compliquée au regard de la diversité de conception entourant la notion.

En effet, les différentes conceptions de la notion de contrat préparatoire regroupent différents contrats. Chacun de ces contrats devraient pouvoir être classé dans la même catégorie afin de prouver que les contrats préparatoires sont similaires et ont ainsi tous le même régime juridique.

A l'inverse, s'il n'entre dans aucune catégorie, mais présente des liens communs avec d'autres, on pourra lui appliquer tout ou partie de leur statut, par analogie. C'est une méthode nécessaire, qui présente les inconvénients de toutes les méthodes rigides, en multipliant les conflits de qualification ; par exemple, pour le dépôt-vente, la différence entre la vente et l'entreprise, la location-vente, etc.

594. Le contrat préparatoire est un contrat complexe, il mélange parfois plusieurs contrats spéciaux tels que le contrat unilatéral, le contrat synallagmatique, la promesse, la vente, etc. Le contrat préparatoire n'est pas seulement constitué de contrats spéciaux, il est constitué d'autres contrats nés de la pratique tels que l'accord de

465 Exemples : Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mai 1978, Bull. civ. I, n° 210 : le contrat d'agence de voyage était qualifié par les juridictions de contrat d'entreprise, ou de mandat : Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1961, aff. du taxi de Rio, Bull. civ. I, n° 7 ; ou de transport : Paris, 12 décembre 1952, JCP G 1953.II.7650, note Juglart.

principe ou la lettre d'intention (dans le sens anglo-saxon du terme).

595. Le contrat préparatoire peut être pris comme un groupe de contrat, dans l'ensemble contractuel qu'il représente avec le définitif. Le groupe de contrat est constitué de plusieurs contrats sans en faire un contrat unique, c'est le cas du contrat préparatoire et du contrat définitif. Les deux contrats ne sont cependant pas une « *combinaison* »⁴⁶⁶, l'un et l'autre n'ont pas vocation à intervenir en même temps, l'opération contractuelle se décompose en deux contrats successifs, l'un arrivant à la suite de l'autre, le premier s'éteignant à la formation de l'autre. Les deux contrats sont indépendants, divisible. Le contrat préparatoire n'a pas besoin du contrat définitif pour exister, il existe pour le contrat définitif mais une fois que ce dernier est formé, le contrat préparatoire n'a plus d'intérêt dans l'opération.

596. Le contrat préparatoire et le contrat définitif peuvent être une chaîne de contrat, ayant un objet commun, ce sera le cas du contrat-cadre et des contrats d'application par exemple.

597. Le contrat préparatoire existe pour le contrat définitif mais sans le contrat définitif. Il doit donc être qualifié seul, hors de l'opération contractuelle, ses effets devant être réglés dès sa conclusion. Quelle sera alors la qualification des contrats préparatoires au sens de la doctrine ?

Paragraphe 2 - La qualification des contrats préparatoires

598. Le contrat préparatoire est-il :

- un contrat partiel ? (A)
- ou un contrat conditionnel ? (B)
- ou un contrat définitif ? (C)
- ou encore, un contrat *sui generis* ? (D)

466 P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, Droit civil, 4ème éd., 2009, p. 9.

A. Le contrat préparatoire : un contrat partiel ?

599. Le contrat partiel est l'accord par lequel deux parties tendent à immobiliser leur négociation à un stade intermédiaire de celle-ci sur les points sur lesquelles elles sont parvenues à un accord. C'est une manière de ne pas revenir et rediscuter certains points délicats des pourparlers⁴⁶⁷.

600. De nombreux auteurs considèrent que les contrats préparatoires sont des accords partiels⁴⁶⁸, des contrats partiels ou des accords partiels de volonté⁴⁶⁹. Ces expressions sont tous synonymes. L'accord, le contrat ou la convention désigne le même rapport obligataire dans le langage courant, quant aux accords partiels de volontés, tout contrat est un accord de volontés, c'est la définition même du contrat disposé par l'article 1101 du Code civil.

Nous préférons cependant éviter d'employer l'expression « *accord partiel de volontés* » qui nous semble porter à confusion. En effet, un tel accord ne nous semble pas valide juridiquement, l'accord partiel de volontés s'entend comme un échange partiel de volontés, ce fragment de consentement peut aussi bien s'appliquer à une partie

467 A. RIEG, La ponctuation : contribution à l'étude de la formation successive du contrat, p. 593.

468 A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, Précis Dalloz, 1980 : Messieurs Alex Weill et François Terré définissent le contrat préparatoire comme un accord partiel parce que les parties « remettent à plus tard le règlement des questions complémentaires ». Cet accord partiel pourrait être le contrat définitif puisque les parties se sont entendues sur les questions principales, les questions complémentaires ne sont pas fondamentales pour que le contrat soit valable. J. GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, p. 188 et 190 : J. Ghestin déclare que les contrats préparatoires « sont souvent constitués en pratique par un échange de lettres que l'on qualifie parfois de lettres d'intention », il distingue deux types de contrats préparatoires : les accords de principe et les accords partiels.

469 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 13e éd., Sirey, 2008, p. 117 : « La négociation contractuelle peut aussi être l'occasion d'accords partiels de volonté qui préparent la conclusion du contrat recherché ; ce pourquoi on les dénomme souvent contrats préparatoires – formule qui doit être préférée à celle d'avant-contrat, parfois utilisée ». En effet, pour ces auteurs, les contrats préparatoires, synonymes de l'expression avant-contrat, sont des accords partiels de volonté. J.L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, Le contrat, Droit des obligations, 4eme éd., Dalloz, 2010, p. 42 : « Il est en pratique très fréquent que la négociation contractuelle soit l'occasion d'accords de volontés partiels qui préparent la conclusion finale d'un contrat déterminé, étant seulement observé que nombre de ces « contrats préparatoires » peuvent aussi bien être conclus directement, sur la base d'une simple offre, et hors de toute négociation contractuelle proprement dite ». Que ce soit l'accord partiel de volonté ou l'accord de volonté partiel, les auteurs s'intéressent à la même chose car si nous devions y voir une différence, ce serait sur l'accord de volonté partiel qui pourrait signifier qu'un contrat n'a pas reçu l'accord total des parties, il ne serait donc pas conclu. Ce faisant l'avocat du diable, nous pourrions ainsi le différencier d'un accord partiel de volonté qui serait un accord partiel trouvé sur un contrat, les deux ayant donné leur volonté en ce sens.

de contrat, ce qui est la définition retenue par la doctrine en l'espèce, qu'au consentement d'un seule des parties, il y aura alors bien eu échange partiel de consentement venant de l'un des contractants, dans ce cas, aucun accord n'existe, tout au plus une promesse unilatérale de contrat mais point d'accord partiel au sens d'un contrat incomplet stipulant les points sur lesquelles les parties se sont déjà accordées.

601. Le contrat préparatoire peut être qualifié de contrat partiel, il se différencie d'un contrat final de la même manière que le contrat partiel. L'un et l'autre préparent le contrat projeté. Le contrat préparatoire peut contenir certains points déjà négociés par les parties, ainsi les parties ne pourront plus revenir sur leur parole donnée. Ce contrat prépare le contrat définitif en scellant l'accord à un stade primaire pour gagner en sécurité et en efficacité. L'objet de ce contrat est de figer une avancée de la négociation, il s'agit donc de préparer. La cause reste la conclusion du contrat définitif. Le contrat partiel répond aux éléments en notre disposition pour distinguer les contrats préparatoires.

602. Le problème que nous pouvons dès à présent mettre en avant concerne le contenu des contrats préparatoires, tous les contrats préparatoires ne sont pas des contrats partiels.

603. Un contrat de négociation, constituant un contrat préparatoire pour Monsieur Seraglini, ne pourra être qualifié de contrat partiel de par sa teneur. Comme nous l'avons vu précédemment, le contrat de négociation diffère du contrat partiel, il règle les modalités de la négociation et ne contient généralement pas d'élément propre au contrat projeté. En considérant que le contrat préparatoire est qualifié de contrat partiel, nous devrions rejeter le contrat de négociation de la notion. Monsieur Seraglini inclut les accords partiels et les contrats de négociation au sein de la notion de contrat préparatoire⁴⁷⁰, pour lui, il est évident que le contrat préparatoire ne peut être qualifié de contrat partiel.

604. La lettre d'intention, sous toutes ses formes, malgré l'absence de volonté

470 C SERAGLINI, L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 83.

imaginaire des parties, peut être qualifiée par les juridictions de contrat, ce sera cependant un contrat définitif puisque les juges lui feront produire un effet, un contrat définitif partiel, ne s'appuyant que sur les éléments en la possession des juges. En effet, la lettre d'intention contient souvent des précisions sur les éléments du contrat définitif, si tous les éléments sont réunis afin qu'un contrat soit conclu, les juges peuvent lui donner force obligatoire. Il s'agira cependant d'un accord définitif, les parties n'ayant pas besoin de discuter le contrat par la suite. Ces lettres seront développées par la suite au sein des contrats définitifs partiels.

605. L'accord de principe est un accord proche voire similaire de la lettre d'intention. Les parties fixent les points sur lesquels leur consentement est acquis et s'engagent à poursuivre les discussions sur les points en suspens. Il n'y en réalité pas d'accord pour les parties, elle rédige ce genre d'accord ne souhaitant pas lui donner de valeur définitive. Elles s'accordent sur les suites à donner à l'affaire. Elles acceptent de conclure un contrat futur ensemble mais continue de le discuter dans les détails. L'accord de principe pourra ainsi être qualifié de contrat partiel, en particulier lorsque les juges interviennent, ce faux accord devient finalement un accord juridique susceptible de dommages-intérêts⁴⁷¹.

606. Les promesses unilatérales de contrat peuvent être qualifiées de contrat partiel dans le sens où une des parties a consenti au contrat de promesse sans l'autre partie. Les éléments du contrat final sont tous réunis à ce stade, il ne manque que la levée d'option du bénéficiaire de la promesse pour que le contrat définitif soit conclu. L'absence de consentement de l'une des parties au contrat de promesse rend l'accord de volonté partiel sur la promesse. Mais il nous semble cependant plus juste de considérer que la promesse de contrat est un contrat définitif partiel, il ne s'agit en réalité que d'une offre contractuelle, la promesse prépare le contrat définitif en laissant l'opportunité au bénéficiaire du pacte de conclure le contrat. Ces promesses seront développées par la suite au sein des contrats définitifs partiels, de même que les lettres d'intention.

⁴⁷¹ Cass. Soc., 24 mars 1958, Régie Renault, Bull. civ. IV, n°452 ; JCP G, 1958.II.10868, note Carbonnier.

607. Les promesses synallagmatiques de contrat diffèrent des promesses unilatérales par la réciprocité de l'engagement des parties, l'une promet à l'autre de conclure le contrat déterminé dans la promesse. Ce genre de contrat n'est préparatoire qu'à la seule condition que les parties soient dans l'attente de la survenue d'un évènement. L'évènement est ainsi érigé en élément essentiel à la validité du contrat définitif. Tout autre promesse synallagmatique ne pourra être considérée comme un contrat préparatoire et ne concernera plus notre propos. Les promesses synallagmatiques de contrat peuvent être qualifiées à leur tour de contrat partiel. Elles sont presque le contrat final mais un détail significatif pour les parties fait défaut, en ce sens, elles sont qualifiables de contrats partiels.

608. Le contrat-cadre est le contrat préparatoire au contrat d'application futur. Il ne semble pas pouvoir être qualifié de contrat partiel. Il n'y a que peu de ressemblance entre le contrat-cadre et son contrat d'application. Le contrat-cadre n'est pas le contrat partiel du contrat d'application. C'est le contrat qui conduit au contrat d'application.

609. Le pacte de préférence est le contrat par lequel une personne promet d'offrir la conclusion d'un contrat à une personne déterminée au moment où il souhaitera conclure un tel contrat. C'est un contrat préparatoire d'un contrat futur, cela ne semble pas faire de doute. Il est parfois rapproché de la promesse unilatérale de contrat⁴⁷² mais nous ne prendrons pas ce parti. Le pacte de préférence ne peut pas être qualifié de contrat partiel en permanence, cela dépendra de son contenu. Si le pacte stipule la teneur définitive du contrat sur lequel porte le pacte alors il pourra être qualifié de contrat partiel. Dans le cas contraire, le cas le plus courant, le pacte de préférence ne stipule qu'une priorité, le promettant proposera en priorité son offre au bénéficiaire du pacte. La nature seule du contrat est prévue dans le pacte ainsi que son objet. Le reste peut être à déterminer selon les circonstances qui auront déclenché l'exécution du pacte. Ainsi le pacte de préférence ne sera pas qualifié de contrat partiel dans notre étude.

472 P. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, 5ème éd., 2011, n° 144.

610. Le contrat conditionnel ou contrat sous condition est un contrat dont l'exécution est conditionnée à la survenue d'un événement. Ce contrat est déjà le contrat définitif, il n'est pas un contrat partiel, il est le contrat « *entier* » qui attend la réalisation d'un événement pour devenir exigible. Il sera étudié plus en détail dans le développement suivant.

B. Le contrat préparatoire : un contrat conditionnel ?

611. « *Technique d'anticipation, la condition marque le caractère inachevé et, partant, préparatoire du contrat dans lequel elle s'insère* »⁴⁷³.

612. La condition a été définie en ces termes, elle « *est une relation de dépendance, établie par la loi ou la volonté des parties, entre l'efficacité d'une convention et un événement qui porte l'espoir de la satisfaction ou de la permanence d'un motif relatif à l'environnement contractuel en l'absence duquel le contrat, ou un de ses effets, n'aurait pas ou plus d'intérêt pour les parties ou, au moins, pour l'une d'elles* »⁴⁷⁴. L'auteur explicite cette relation de dépendance : « *La relation de dépendance conditionnelle a un caractère fondamentalement accessoire, c'est-à-dire non essentiel à l'existence du lien contractuel. La limitation dans le choix de l'évènement conditionnel, et plus précisément son incompatibilité avec les éléments constitutifs requis par l'article 1108 du Code civil, procède donc directement de ce caractère qui forme la matrice de la notion de condition* »⁴⁷⁵.

En effet, le contrat est le contrat, la condition n'empêche pas la création du lien contractuel entre les parties. Malgré la stipulation de la condition le contrat est né⁴⁷⁶. La condition est un élément accessoire du contrat⁴⁷⁷. C'est pourquoi elle ne peut être l'un

473 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 86

474 M. LATINA, Essai sur la condition en droit des contrats, thèse Paris II, LGDJ, 2009, p. 309.

475 Ibid., p. 83.

476 Cass. Civ. 1^{re}, 18 oct. 1955, D. 1956, som. Com., p. 40 : « C'est à bon droit qu'après avoir relevé que la vente d'un immeuble sous condition suspensive était parfaite au moment où elle a été conclue, par l'effet de l'accord des parties sur la chose et le prix... ». Voir aussi : Cass. Com., 10 juillet 1984, Bull. Civ. IV, n° 226 : « Mais attendu que si la vente ne pouvait être exécutée aussi longtemps que ne serait pas satisfaite la condition suspensive, cette vente n'en était pas moins parfaite dès sa conclusion... ».

477 M. LATINA, Essai sur la condition en droit des contrats, thèse Paris II, LGDJ, 2009, p. 20 :

des éléments de validité du contrat au sens de l'article 1108 du Code civil sans quoi le contrat serait encore à l'étape de sa formation. Pour que le contrat soit valide, la condition ne peut pas porter sur le consentement des parties, ou sur la capacité de l'une des parties, ou encore sur l'objet du contrat, ou pour finir sur sa cause. La condition doit porter sur un élément accessoire du contrat que les parties, ou en général qu'une partie, considèrent comme un élément essentiel à leur consentement au contrat. Le contrat est né mais les effets du contrat sont suspendus jusqu'à la réalisation de la condition.

613. Seule la condition suspensive peut être constitutive d'un contrat préparatoire, la condition résolutoire n'entre pas au sein de la notion car elle produit immédiatement ses effets⁴⁷⁸.

614. Le contrat préparatoire contient un ensemble de disposition conduisant à la conclusion éventuelle du contrat définitif. Ces dispositions peuvent être des conditions, « *je contracte à condition que le devis soit inférieur à un certain prix* ». Un contrat préparatoire peut ainsi être envisagé, celui-ci serait une liste des conditions dans lesquelles chaque partie accepterait de s'engager au contrat projeté. Mais ce contrat préparatoire ne serait pas un contrat conditionnel. Il serait un contrat en construction, un contrat de négociation, mais pas un contrat conditionnel au sens strict de la définition sus visée.

Le contrat conditionnel n'a pas vocation à stipuler plusieurs conditions, le contrat conditionnel stipule une seule condition qui affecte l'ensemble du contrat et seulement une partie de ce dernier⁴⁷⁹. Ce contrat préparatoire ne peut être qualifié de contrat conditionnel.

615. Tous les auteurs ne partage le point de vue de cette approche du contrat

« l'existence du lien contractuelle n'est en rien affectée par l'insertion d'une condition. Cette dernière a ainsi un caractère fondamentalement accessoire... »

478 Il s'agit bien du mécanisme de la condition suspensive (v. vol. 3 – Le rapport d'obligation- n° 227 et s. par J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations, 13e éd., Sirey, 2008) : « On a justement observé que celui de la condition résolutoire est inconciliable avec la notion de contrat préparatoire, puisque le contrat sous une telle condition produit immédiatement ses effets » (Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey, 1988, n° 156 et s.).

479 M. LATINA, Essai sur la condition en droit des contrats, thèse Paris II, LGDJ, 2009, p. 19 : « En réalité, l'expression « contrat conditionnel » est une ellipse, « une abréviation de langage » permettant de désigner un contrat dont « toutes les obligations » sont affectées par une même condition ».

conditionnel. Madame Izorche considère que la condition affecte la formation du contrat et non seulement ses effets⁴⁸⁰. Le contrat né lors de la réalisation de la condition.

Mais il est vrai que le débat reste entier en grande partie la faute au Code civil qui en son article 1185 dispose : « *Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* »⁴⁸¹. L'engagement évoqué par le Code peut aussi bien concerner le consentement des parties que l'obligation née du contrat, selon l'interprétation choisie, la condition jouera sur l'existence du contrat ou sur son efficacité. Nous analysons l'article 1179 du Code civil comme un supplément au débat, celui-ci dispose : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* ». La rétroactivité emporte déplacement du moment de formation du contrat au jour de la naissance des obligations du contrat ou au jour où les consentements ont été échangés selon l'interprétation du terme d'engagement. Mais « *il est unanimement admis que les parties peuvent renoncer à l'effet rétroactif de la condition accomplie* »⁴⁸².

Nous partageons le point de vue de Madame Izorche.

616. C'est en acceptant ce point de vue que nous pouvons nous interroger sur le contrat préparatoire affecté d'une condition suspensive car c'est avec celui-ci que le contrat définitif peut être confondu. La réalisation de la condition qui affecte les effets du contrat préparatoire n'emporte pas la conclusion automatique du contrat définitif, elle rend seulement exigible, dans les termes et dans les délais prévus par le contrat préparatoire, l'obligation de conclure le contrat définitif. Chaque partie peut décider de forcer l'autre à exécuter son obligation de faire qui sera de conclure le contrat définitif, cette obligation de faire peut être la condition en préparation. Ainsi le contrat préparatoire se distingue du contrat définitif. Cela nécessite au moins un élément : la stipulation d'une condition dans le contrat préparatoire qui pourra être une obligation de

480 M.-L. IZORCHE, « Contrats conditionnels et définitifs », RTD com. 1998, p. 522 s., spé. N° 10, p. 523 : « L'expression (contrat conditionnel) désignerait alors un contrat dont la formation, entendue comme processus de construction mais aussi comme résultat de cette construction, serait fragilisée par un mécanisme étranger, un mécanisme qui n'est pas normalement nécessaire à la formation du contrat, mais qui a été ajouté, comme élément déterminant de la formation et de la stabilité de la convention ».

481 M. LATINA, Essai sur la condition en droit des contrats, thèse Paris II, LGDJ, 2009, p. 21 : Le Code civil en son article 1185 « a entretenu la confusion entre la convention et l'obligation, il est difficile de savoir, a priori, si le terme d' « engagement » désigne le fait d'être lié par le contrat, et donc son existence, ou vise, plus spécifiquement, le lien d'obligation susceptible d'être créé par le contrat, c'est-à-dire son efficacité ».

482 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 81

réitération du contrat préparatoire, une fois la condition réalisée, le contrat deviendra définitif.

617. Certains auteurs donnent au contrat conditionnel toute sa force obligatoire dès la conclusion de ce contrat. Il ne considère pas que ceci crée de confusion entre le contrat préparatoire et le contrat définitif préparé. Bien au contraire, le contrat conditionnel est « *le plus achevé des contrats préparatoires* »⁴⁸³. D'un côté, nous comprenons la démarche de ce point de vue. En effet, le contrat préparatoire doit préparer le contrat définitif, en soumettant le contrat à une condition, celui-ci ne produit pas d'effet jusqu'à la réalisation de la condition, la mise en place de la condition prépare le contrat définitif à son exécution. Le contrat préparatoire est le contrat conditionnel non réalisé et le contrat définitif est le contrat conditionnel réalisé.

618. Le premier point déterminant pour valider cette conception est celui de savoir quel sera le sort du contrat conditionnel non réalisé. La condition non réalisée entraîne la caducité du contrat. Le contrat était valable au moment de sa conclusion et c'est la disparition de la condition qui conduit le contrat à devenir caduc. La caducité n'a pas d'effet rétroactif, le contrat s'éteint au moment où la condition échoue. Or, le contrat conditionnel peut être qualifié de contrat définitif dans le sens où il est conclu, mais il n'a jamais été exécuté, son exécution était retardée par la présence de la condition. La réalisation de la condition transforme le contrat conditionnel en contrat définitif, la condition réalisée devenant rétroactive au jour de la conclusion du contrat conditionnel⁴⁸⁴. Le contrat préparatoire se transforme en contrat définitif. Le contrat préparatoire a bien préparé le contrat définitif et il s'efface face à son succès au profit du contrat définitif conditionnel réalisé. Sans cette réalisation, le contrat préparatoire prend fin, comme un échec de la négociation, au moment de la déchéance de la condition. En ce sens, le contrat conditionnel peut être parfait, il accompagne le processus de négociation jusqu'à l'exécution du contrat définitif.

483 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 13e éd., Sirey, 2008, p. 120 : « Dans ce cas, le contrat projeté est conclu, les parties ayant accordé leurs volontés sur les éléments qui le constituent, mais il l'est sous la condition que survienne tel événement précisément défini ».

484 Article 1179 du Code civil.

619. Le second point déterminant correspond au but recherché par la conclusion d'un contrat préparatoire. Les parties souhaitent pour le moins conclure le contrat définitif mais elles souhaitent avant toute chose que ce contrat définitif soit exécuté. Ce n'est pas réellement la formation du contrat définitif qui est intéressante mais son exécution, tant qu'il n'y a pas eu d'exécution, les parties restent dans l'insécurité, une insécurité relative mais une insécurité tout de même car demander en justice la réparation de la non exécution fautive du contrat définitif ne serait pas une fin satisfaisante pour les parties. Cette vision du contrat préparatoire préparant le contrat définitif se déplace d'une préparation de la formation du contrat définitif à une préparation de l'exécution de ce contrat projeté. Il s'agit d'une approche qui se défend dans une acceptation large de la définition de la notion de contrat préparatoire mais de là à dire que le contrat préparatoire peut être qualifié de contrat conditionnel, il semble que cela serait par contre trop réducteur. Peu de contrat prépare ainsi l'exécution du contrat définitif⁴⁸⁵.

620. Cette approche a cependant un autre avantage, elle permet d'inclure relativement facilement les contrats de promesses synallagmatiques exclus par certains auteurs au sein de la notion. En effet, les contrats de promesses contiennent dès leur conclusion le contrat définitif, il ne manque que la survenue de l'évènement attendu dans la promesse synallagmatique pour que le contrat définitif devienne exigible. Cet évènement est assimilable à une quasi condition selon sa tournure. Sa réalisation entraîne la transformation du contrat de promesse en contrat définitif. Bien entendu, lorsque l'évènement attendu est la réitération de l'acte, il ne nous semble pas la réalisation de la condition entraîne la transformation automatique du contrat de promesse en contrat définitif, c'est le contrat réitéré qui sera le contrat définitif. De plus, si l'on considérait que cette promesse synallagmatique de contrat est soumise à une telle condition de réitération, sans autre condition, celle-ci serait pour le moins une condition potestative au sens de l'article 1170 du Code civil. Celui-ci dispose que : « *La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou*

485 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 149 : « Quelques-uns parmi les contrats préparatoires...aménagent une situation qui permet d'attendre l'accomplissement d'un évènement incertain, nécessaire à la réalisation du contrat définitif »

d'empêcher ». Exiger la réitération de l'acte sans autre évènement réellement conditionnel, c'est-à-dire sans évènement futur et incertain⁴⁸⁶, c'est bien faire dépendre la réalisation de la condition du bon vouloir des parties. Cette condition est réputée nulle alors que la double condition de réitération et de survenue préalable d'un autre évènement est mixte donc valable eu égard à l'article 1171 du Code civil⁴⁸⁷.

621. Pour finir, l'analyse peut être transposée à la promesse unilatérale conditionnelle de contrat, celle-ci diffère en théorie de la promesse unilatérale de contrat conditionnel.

Dans la première, c'est la promesse unilatérale qui est affectée par la condition, c'est-à-dire qu'une personne promet sous une certaine condition un contrat à une autre, l'option ne pourra être levée par le bénéficiaire de la promesse qu'une fois la condition réalisée. Le droit d'option n'est pas encore né dans ce cas. C'est l'obligation, constituée par le droit d'option, qui est conditionnelle, sa naissance est subordonnée à un évènement futur.

Alors que dans la seconde, c'est le contrat définitif qui est conditionnel⁴⁸⁸. Une personne promet un contrat à une autre et c'est lorsque le bénéficiaire de l'option exercera son droit que le contrat promis sera astreint par la condition. Ce n'est pas la promesse qui est conditionnelle mais le contrat promis. Le bénéficiaire de l'option peut

486 L'article 1168 du Code civil envisage la condition de l'obligation mais aucun article n'envisage la condition du contrat, les caractères de la condition restent les mêmes : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évènement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'évènement arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas ».

487 « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers ». La volonté d'un tiers peut être remplacée par la survenance d'un évènement quelconque.

488 Un exemple concret de promesse unilatérale de contrat conditionnel provient d'une obligation légale, en effet, la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 a systématisé le recours au mécanisme de la condition suspensive lorsque le bénéficiaire de cette condition souhaite financer son achat par le biais d'un emprunt. Le contrat de prêt immobilier est ainsi obligatoirement conclu sous la condition résolutoire de la non-réalisation de la vente et le contrat de vente est lui-même subordonné à la condition suspensive de l'obtention du crédit immobilier. La doctrine attache cette condition suspensive au contrat de promesse et non au contrat de vente. Le Professeur F. COLLART-DUTILLEUL dans *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, (thèse, 1988, p. 45) considère justement qu'il est « donc nécessaire, fût-ce au prix d'une sollicitation des textes, de limiter l'efficacité de la condition suspensive, qui doit être stipulée dans la promesse, au contrat de vente futur. En soumettant le contrat préparatoire aux exigences légales formalistes..., l'information et la sécurité du promettant sont assurées. En décidant que la condition suspensive ne subordonnera que la vente future et éventuelle, les intérêts du bénéficiaire sont sauvegardés ». En effet, « on imagine mal une condition qui affecterait le seul contrat de vente à un moment où il n'est pas encore formé, faute de la levée de l'option (...) C'est donc bien la promesse unilatérale de vente que la condition affecte ».

demander à tout moment la conclusion du contrat promis alors que c'est impossible dans la promesse unilatérale conditionnelle de contrat.

L'avancée des négociations et la conclusion du contrat sont donc nettement plus proches dans la promesse unilatérale de contrat conditionnel que dans la promesse unilatérale conditionnelle de contrat, la condition affectant les obligations du contrat définitif dans la première citée et les obligations du contrat préparatoire dans le second. Optant pour une vision plus large, nous pourrions même considérer que la promesse unilatérale conditionnelle de contrat affecte aussi bien le contrat préparatoire que le contrat définitif d'une certaine manière, celui-ci étant également suspendu à la réalisation de la condition, permettant ensuite la levée de l'option.

622. Le contrat conditionnel est bien un contrat préparatoire⁴⁸⁹ mais le contrat préparatoire ne se limite aux contrats conditionnels, il prend d'autres formes telles que celle de contrat partiel vu précédemment. Il prend également la forme du contrat définitif parfois, ce qui pose quelques problèmes de qualification.

C. Le contrat préparatoire : un contrat définitif ?

623. Le contrat préparatoire contient souvent une ébauche du contrat final, il est le contrat définitif amputé d'un élément essentiel ou accessoire⁴⁹⁰. C'est pourquoi il est légitime de penser que le contrat préparatoire peut être le contrat définitif, un contrat définitif partiel (1), un contrat définitif conditionnel (2) ou un contrat définitif éventuel (3).

489 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 3 : « Les contrats préparatoires à la vente apparaissent comme des conventions qui ont pour but de préparer la réalisation de la vente, et pour effet d'engendrer des droits et obligations spécifiques, différents de ceux qui naîtront plus tard si les contractants conduisent à son terme le processus contractuel qu'ils ont engagé. (...) En effet, ce critère trouve sa justification véritable dans une analyse du but recherché. Ce qui importe aux contractants, sans aucun doute, c'est la réalisation du contrat final. Or, précisément, on atteint ce but non lors de la formation de la vente, mais lorsque cette dernière produit effet. C'est pourquoi la vente sous condition suspensive a bien sa place parmi les contrats préparatoires ». Ceci nous fait dire que la vente sous condition suspensive, et par analogie, tous les contrats sous condition suspensive sont des contrats préparatoires.

490 Ibid., p. 116 : « Une réalisation progressive d'un autre contrat ». En effet, Monsieur Collart-Dutilleul considère que le contrat préparatoire est un contrat auquel un élément essentiel ou accessoire fait défaut.

1) Un contrat définitif partiel ?

624. Le contrat préparatoire peut-il être qualifié de contrat définitif partiel ? Le contrat préparatoire est-il un contrat définitif mais partiel ? Avant toute chose, il faut déterminer s'il existe une différence entre le contrat définitif partiel et le contrat partiel.

625. Un contrat préparatoire peut contenir un contrat partiel, cela ne fait pas de doute. Nous l'avons démontré précédemment. Mais ce contrat partiel est-il un contrat définitif. La question reste la même. Le raisonnement également. Nous poussons juste plus loin les choses afin d'étudier toutes les possibilités offertes et leurs répercussions.

626. Saleilles écrivait que la notion de contrat préparatoire était « *une situation incomplète, en voie d'achèvement comme l'est le contrat principal partiel sous la promesse de contrat* ». La promesse de contrat comprend effectivement un contrat principal partiel, c'est dans ce sens que nous analysons cette phrase. La promesse contient le contrat définitif, il est partiel car il manque le consentement de l'une des parties en cas de promesses unilatérales ou la réalisation d'un événement en cas de promesses synallagmatiques. Ce contrat de promesse est quasi similaire sur le fond au contrat définitif, en particulier pour la promesse unilatérale de contrat dont la levée de l'option suffit à créer le contrat définitif. Ainsi, le contrat de promesse unilatérale, contrat préparatoire peut être qualifié de contrat définitif partiel, de même que le contrat synallagmatique qui attendra la survenue de l'évènement pour apparaître, sous un nouveau jour sans réécriture, par le jeu des clauses du contrat, comme le contrat définitif.

Le contrat conditionnel étant un contrat préparatoire à part entière, pouvant prendre la forme d'une promesse de contrat également, pourra lui aussi être qualifié de contrat partiel. Il attend la réalisation de la condition, il est alors un contrat définitif partiel qui deviendra définitif au moment de cette réalisation, entraînant la possible exécution des obligations de ce contrat définitif.

627. Un autre auteur soutient que le contrat définitif partiel n'est pas un contrat préparatoire⁴⁹¹. Il est vrai que ce n'est pas le propos ici, le contrat préparatoire qualifié de contrat définitif partiel ou le contrat définitif partiel qualifié de contrat préparatoire sont deux problématiques distinctes. Il est concevable de comprendre l'auteur, répondant à la définition du contrat préparatoire au contrat définitif, le contrat définitif partiel ne peut en effet être le contrat préparatoire au contrat définitif étant donné qu'il s'agit déjà du contrat définitif. Cependant, l'auteur considère que ce n'est pas le cas de la promesse de contrat qui est un contrat préparatoire au contrat définitif. Mais il est évident que la promesse de contrat peut être analysée en un contrat définitif partiel comme nous venons de le voir.

628. Une fois de plus, les différentes conceptions des contrats préparatoires et les nombreux contrats issus de la pratique conduisent à inclure et rejeter, dans le même développement, une qualification.

629. Voilà des auteurs qui considèrent que le contrat préparatoire est préparatoire en raison de son caractère de contrat définitif partiel, il serait à la fois l'engagement de conclure le contrat principal ou de le considérer comme conclu par simple levée de l'option et ce même contrat principal partiel, et pour d'autres, en raison du but qu'il poursuit : la conclusion du contrat principal. Ces deux visions littéralement opposées s'affrontent en permanence tendant la qualification du contrat préparatoire en tant que contrat définitif partiel délicate voire impossible.

2) Un contrat définitif conditionnel ?

630. Il faut se demander si le contrat préparatoire n'est pas un contrat définitif conditionnel?

631. Le Code civil ne connaît pas la notion de contrat conditionnel mais

⁴⁹¹ Pour M. GENINET : « le contrat définitif partiel n'est pas un contrat préparatoire au contrat principal, mais un morcellement de ce dernier. C'est la promesse de contracter qui fait de l'avant-contrat un contrat préparatoire ».

seulement d'obligation conditionnelle. Un contrat conditionnel est un accord de volontés qui a engendré une ou plusieurs obligations dont la perfection est subordonnée à la réalisation d'une condition choisie ou acceptée par les parties⁴⁹². La condition suspensive reste un événement extérieur aux conditions de formation du contrat⁴⁹³, le contrat est formé, la condition suspend l'exécution du contrat jusqu'à l'accomplissement de la condition. La condition ne retarde pas la formation du contrat.

632. La condition n'affecte pas l'existence du contrat, le contrat est formé pour la majorité de la doctrine. La condition est analysée comme un élément accessoire au contrat n'ayant pas d'influence sur la validité du contrat qui ne repose que sur les éléments essentiels⁴⁹⁴. C'est pour cela que le contrat conditionnel a un effet rétroactif. La condition affecte en réalité l'efficacité du contrat dans le sens où elle retarde la création d'obligations. Nous ne sommes plus dans la formation du contrat mais nous ne sommes pas encore dans l'exécution de celui-ci, les obligations sont en suspens jusqu'à l'accomplissement de la condition.

633. La condition résolutoire, quant à elle, n'empêche également pas la formation du contrat définitif, le contrat est exécuté dès sa formation. Il peut cependant prendre fin en cas de réalisation de la condition et les parties devront se retrouver dans leur état précédent la formation du contrat. L'exécution a bien eu lieu car les obligations pesant sur le contrat ont pu subir un commencement d'exécution avant que la condition survienne⁴⁹⁵. Le contrat est bien un contrat définitif conditionnel mais il ne prépare plus rien, ce contrat est exécuté, c'est pourquoi le contrat définitif conditionnel assorti d'une condition résolutoire n'est pas un contrat préparatoire au sens classique du terme.

634. L'événement séparant le contrat préparatoire du contrat définitif est un acte de volonté susceptible de dépendre exclusivement du débiteur du contrat préparatoire, tout en étant également un élément de la formation du contrat définitif,

492 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 46.

493 J.J. TAISNE, « La notion de condition dans les actes juridiques », thèse Lille, 1977, p. 477.

494 Le consentement, la chose et le prix pour la vente par exemple.

495 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 86 : Concernant la vente d'immeuble, « la condition résolutoire, en effet, n'empêche ni la formation du contrat, ni le transfert immédiat de la propriété et des risques ».

c'est pourquoi le contrat préparatoire ne se confond pas avec le contrat définitif conditionnel pas plus que ce dernier ne se confond avec le contrat préparatoire conditionnel.

635. Le contrat définitif conditionnel est le contrat définitif à moins de pouvoir l'en distinguer. Il n'est pas certain qu'il sera exécuté tant que la condition n'aura pas été réalisée mais le contrat définitif est formé. Le contrat définitif assorti d'une condition suspensive affectera uniquement l'efficacité de la convention. La condition reste un accessoire au contrat, elle ne retient pas la formation du contrat à moins d'une stipulation contractuelle en ce sens abandonnant le caractère rétroactif de la condition réalisée. Nous concevons que ce contrat puisse être rejeté de la notion de contrat préparatoire en tant que contrat définitif mais il est vrai que tant que le contrat définitif n'a pas été exécuté, le contrat reste en préparation, en attente de sa prise d'effets. Dans la logique des parties, ce contrat définitif conditionnel sera la dernière étape de la préparation du contrat définitif, il n'y a aucun doute.

636. Ainsi il est aisé de distinguer une promesse synallagmatique de contrat assortie d'une condition suspensive du contrat définitif puisque celui-ci n'est pas exécuté. Dans le langage commun, elle prend souvent le nom de compromis de contrat et plus particulièrement de compromis de vente en matière de vente immobilière⁴⁹⁶. La condition est parfois choisie par les parties, parfois imposée par le législateur. La promesse synallagmatique de contrat tend à préparer le contrat définitif en assortissant la promesse de conditions que les parties jugent essentielles pour la formation du contrat final. Les parties sont débitrices d'une obligation de faire leur permettant d'obtenir de l'autre l'exécution de cette obligation qui conditionne la formation du contrat définitif, elles ont ainsi chacune la possibilité de pousser l'autre à conclure le contrat projeté au moment où elles le souhaiteront. Si la condition est assortie d'un délai, une absence

496 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 13e éd., Sirey, 2008, p. 120 : « Dans ce cas, les contractants se trouvent l'un et l'autre liés, mais leurs obligations restent suspendues à la survenance de l'évènement considéré : elles s'établiront définitivement si la condition se réalise (le prêt bancaire est accordé) ; au contraire, elles seront censées n'avoir jamais existé si elle défaille (le prêt n'est pas obtenu : les parties sont libres, comme s'il n'y avait eu aucun accord de volonté). Ce procédé contractuel, qui retire à l'acceptation son effet normalement décisif, est très usité en pratique. On le rencontre -par exemple- dans la négociation immobilière sous l'appellation -malencontreuse- de compromise de vente ».

d'exécution de leur obligation de faire entraînera la caducité de la promesse synallagmatique conditionnelle de contrat, le contrat définitif n'aura jamais été formé.

637. La promesse synallagmatique de contrat autonome -dans le sens où les parties auront posé un élément non essentiel à la validité d'un contrat en élément essentiel à leur consentement au contrat définitif⁴⁹⁷ diffère la formation du contrat définitif⁴⁹⁸. Elle se rapproche d'une promesse synallagmatique sous condition car l'élément essentiel supplémentaire pourra être stipulé sous la forme d'une condition si les parties stipulent d'un commun accord leur volonté de rendre incertain l'obligation sujette de la condition, sans oublier que cette condition ne pourra qu'être accessoire au contrat et non un élément réellement essentiel, au sens légal, à la validité du contrat.

638. La promesse synallagmatique de contrat se distingue de ce fait du contrat définitif conditionnel qui aura le même résultat mais qui se situera à un stade plus avancé de l'opération contractuelle. Dans le premier le contrat, il s'agit d'un contrat préparatoire, dans le second cas, il s'agit déjà du contrat définitif formé mais dont l'exécution est retardée. En pratique, cela revient strictement au même mais dans un cas, les parties peuvent ne pas accomplir la condition de la promesse si celle-ci dépend de leur volonté et le contrat définitif ne sera pas conclu, dans l'autre cas, les parties peuvent également ne pas accomplir la condition (si elle est mixte et non purement potestative sans quoi elle sera nulle) et le contrat définitif sera caduc. C'est en termes de responsabilité de la chose objet du contrat que la première figure contractuelle s'avère moins dangereuse.

639. La promesse synallagmatique de contrat possède l'avantage de pouvoir

497 Par analogie, F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 69 : L'auteur distingue entre la promesse synallagmatique de vente et l'avant-contrat synallagmatique de vente. « Le premier comporte tous les éléments essentiels de la vente. Elle n'est qu'une vente mal qualifiée et vaut vente, conformément à l'article 1589 du code civil. Le second vaudra vente lorsque tous les éléments constitutifs du contrat définitif, y compris celui que les parties ont pu s'imposer en sus des éléments légaux, seront réunis ». « C'est que, à l'égard de la vente, l'article 1108 doit être interprété à la lumière de l'article 1583 qui exige, pour la formation de ce contrat, que les parties aient « convenu de la chose et du prix » ».

498 L. BOYER, « Les promesses synallagmatique de vente – contribution à la théorie des avant-contrats », RTD civ., 1949.I, n°18, p. 15 : « c'est seulement l'exécution du contrat qui est affecté d'un terme ou d'une condition. Or c'est la formation même du contrat que les parties peuvent vouloir différer pendant une certaine période ».

engager les parties dans une relation contractuelle plus tôt que la loi ne le prévoit. Il est dans cas où une disposition législative disposera l'obligation de réunir un élément essentiel supplémentaire afin de pouvoir former le contrat⁴⁹⁹, c'est particulièrement dans ces cas là que les promesses synallagmatiques de contrat deviennent très intéressantes. Cette disposition législative aura une répercussion sur l'efficacité du contrat définitif, celui-ci peut être conclu mais ne sera qu'un contrat définitif conditionnel, la condition se résumera à l'accomplissement de l'obligation législative. Les parties, en contractant une promesse synallagmatique de contrat, peuvent décider que cette condition affectera la formation du contrat définitif plutôt que l'efficacité du contrat définitif déjà conclu⁵⁰⁰. Elles montrent merveilleusement bien leur caractère préparatoire dans ce genre de situation.

640. L'avantage de la promesse synallagmatique ne se situe pas sur le terrain de la responsabilité, elle est contractuelle de même que celle du contrat définitif conditionnel. Le contrat définitif conditionnel ne crée qu'une responsabilité délictuelle pour une partie de la doctrine⁵⁰¹ car tant que la condition n'est pas accomplie, la condition est censée être défaillie, le contrat est pour ainsi dire caduc par principe jusqu'à la réalisation de la condition. Il ne peut y avoir de responsabilité contractuelle.

C'est une erreur d'appréciation de l'article 1178 du Code civil qui dispose que : *« La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement »*. La condition ne doit pas être empêchée par les parties, c'est une sorte d'obligation de ne pas faire entrave à l'accomplissement de la condition que dispose cet article, ou *a contrario*, une obligation de faire ce qui est en son pouvoir pour que la condition se réalise. Une responsabilité contractuelle du fait de cette disposition selon nous. Qui plus est, l'article 1179 du Code civil⁵⁰² ne crée pas de rétroactivité pour une condition résolutoire en attente ou non

499 Ainsi, le contrat de vente nécessite la détermination de la chose et du prix alors que le contrat d'entreprise ne nécessite pas la détermination préalable du prix.

500 Sauf si le texte de loi interdit ce genre de contrat et oblige les parties à conclure un contrat définitif sous condition. Cela arrive notamment avec certaines autorisations administratives qui soumettent la validité du contrat explicitement à la délivrance de cette autorisation administrative.

501 Baudry-Lacantinerie et Barde, t.2 , art. 1178, n° 803 et 804 ; Demolombe, t. 25, n° 349 ; Larombière, t. 2, n° 7 ; Laurent, t. 17, n° 76 ; Planiol et Ripert, t. 11, n° 388 bis.

502 Pour rappel de l'article 1179 du Code civil: *« La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier »*.

accomplie. Cette rétroactivité ne concerne que la condition réalisée, c'est elle seule qui permet aux obligations du contrat de prendre effet au moment de la formation du contrat.

641. Pour conclure sur le contrat conditionnel, celui peut prendre de nombreuses formes mais la condition implique la constitution d'une obligation mise à la charge des parties qui sera soit un *facere*, c'est-à-dire faire leur possible pour que la condition se réalise, soit un *non facere*, c'est-à-dire ne pas faire quoi que ce soit pouvant empêcher l'accomplissement de la condition. Ce contrat préparatoire, à défaut d'être une qualification de la notion, crée au bénéfice des parties au contrat préparatoire une obligation actuelle présente dès ce stade des négociations contractuelles. Chacune peut exiger de l'autre le respect de son droit à l'accomplissement de la condition. Le contrat conditionnel non réalisé crée donc des obligations implicites spécifiques à ce stade du contrat définitif. Le contrat définitif est formé mais il ne produit pas les effets des obligations décrites dans le contrat, ces obligations ne sont pas nées. Autrement dit, le contrat définitif conditionnel est formé dès sa conclusion mais la naissance des obligations stipulées dans ce contrat est repoussée dans un futur incertain. Ce droit ne se confond pas avec ceux qui naissent du contrat définitif, en ce sens, cela distingue le contrat conditionnel du contrat définitif.

642. Le contrat conditionnel permet cependant selon son objet l'exécution d'acte juridique relativement à l'objet du contrat lorsque l'objet portera sur un transfert de propriété car le contrat est formé. Le transfert de propriété interviendra dès la formation du contrat, la condition ne pouvant l'en empêcher. Le nouveau propriétaire disposera d'un droit unique par rapport aux autres contrats préparatoires, il bénéficiera de la possibilité de réaliser des actes conservatoires par exemple alors que les autres contrats préparatoires ne permettent aucun acte de tout type⁵⁰³.

503 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 147 : L'auteur détaille ce mécanisme spécifiquement aux contrats de vente sous condition suspensive, qui sont, suivant notre développement, des contrats définitifs conditionnels, donc des contrats préparatoires. « La situation juridique de l'acquéreur sous condition suspensive présente ainsi une différence notable d'avec celle des bénéficiaires d'autres contrats préparatoires. Le créancier d'une préférence ne dispose d'aucune prérogative sur l'immeuble. Le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente ne peut pas, à l'égal de l'acquéreur conditionnel, constituer au profit d'un tiers une hypothèque sur l'immeuble promis avant d'avoir levé l'option ; on ne peut hypothéquer un droit réel purement éventuel : ce serait en effet une

643. Le contrat définitif conditionnel reste ainsi un contrat préparatoire car le contrat définitif non conditionnel ou conditionnel accompli n'est en rien certain, il est futur et éventuel.

3) Un contrat définitif éventuel ?

644. Le contrat préparatoire peut-il être qualifié de contrat définitif éventuel ? Cette idée a été développée par quelques auteurs⁵⁰⁴ suite aux travaux d'un auteur qui avait réduit la portée de la notion d'avant-contrat⁵⁰⁵, l'avant-contrat que nous qualifierons sans plus de justification⁵⁰⁶ de contrat préparatoire pour le bien de notre réflexion présente. La notion de contrat préparatoire regroupe traditionnellement les contrats de promesse, cet auteur⁵⁰⁷ avait réduit cela à la promesse unilatérale de contrat, ce qui ne laisse plus beaucoup de matière à la notion. Ces autres auteurs ont proposé alors de qualifier les contrats préparatoires de contrat définitif éventuel de manière à pouvoir intégrer dans leur conception de la notion un plus grand nombre de contrat.

645. L'éventualité est un acte de consentement intrinsèque à la privation du contrat définitif, qui dépend exclusivement soit de la volonté du débiteur du contrat préparatoire, soit de celle du bénéficiaire du contrat préparatoire, soit d'une autre partie au contrat définitif qui n'a pas participé à la conclusion du contrat préparatoire mais dont le consentement est indispensable à la validité du contrat principal.

Le contrat préparatoire pourrait être qualifié selon cette idée là de contrat

hypothèque de la chose d'autrui, nulle de nullité absolue et insusceptible d'être validée par l'acquisition ultérieure de l'immeuble...La vente sous condition suspensive a une place à part parmi les contrats préparatoires : la stipulation d'une condition, élément accessoire du contrat, n'empêche pas la formation de la vente dont elle bloque seulement l'efficacité. Cela suffit à justifier que la loi accorde des prérogatives particulières au seul acquéreur sous condition suspensive (dérogation de l'article 2125 du code civil justifié par la rétroactivité attachée à la survenance de l'évènement attendu). Plus on se rapproche du contrat définitif, plus le lien qui s'établit progressivement entre le candidat acquéreur et l'immeuble se renforce. Or, dans le processus qui conduit à la réalisation du contrat définitif, la vente conditionnelle – absence d'un élément accessoire – constitue une étape plus avancée que la vente éventuelle – absence d'un élément essentiel ».

504 M. GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse Paris II, 1986 ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse, 1988, p. 6.

505 En ce sens, J. SCHMIDT, *la sanction de la faute précontractuelle*, RTD.civ. 1974.48.

506 Voir infra n° 706 et s.

507 J. SCHMIDT, *la sanction de la faute précontractuelle*, RTD.civ. 1974.48.

principal non pas conditionnel au sens des articles 1168 et suivants du Code civil mais éventuel c'est-à-dire subordonné à une éventualité qui est essentiellement un acte de consentement émanant d'un ou plusieurs contractants du contrat définitif lesquels sont généralement parties au contrat préparatoire.

646. Demogue a mis au point cette notion d'éventualité en 1905⁵⁰⁸. D'après cet auteur : « *De l'ensemble des textes du Code civil résulte très nettement cette idée que les droits peuvent être ou des droits purs et simples, ou des droits à terme, ou des droits conditionnels. Cette classification nous paraît incomplète, et il nous semble qu'une autre modalité devrait être étudiée à côté de celle-ci. Un droit, si on l'examine par rapport au temps où il va produire ses effets, ce qui est la base de la classification précédente, peut être non simplement pur et simple, à terme ou conditionnel, il peut encore être un droit éventuel* ». En matière contractuelle, le droit éventuel est un droit dont l'existence future est incertaine, il se distingue du droit conditionnel car « *tout événement futur et incertain n'est pas susceptible de jouer le rôle de condition. Il faut encore que cet éventualité ne soit pas un des éléments essentiels de l'existence du contrat, il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention* »⁵⁰⁹. L'auteur reprend l'idée traditionnelle selon laquelle la condition ne peut porter que sur un élément accessoire du contrat et non sur un élément essentiel. C'est ce qui restreint la portée de la notion de condition. L'éventualité manque au contrat préparatoire pour être le contrat définitif mais permettra la formation du contrat définitif. Ceci différencie l'éventualité de la condition, avec la condition, nous nous situons déjà dans le contrat définitif, avec l'éventualité, nous nous situons toujours dans le contrat préparatoire. Le contrat définitif ne peut pas être formé puisque l'éventualité porte justement sur un élément essentiel à la formation de ce dernier.

647. Pour certains auteurs⁵¹⁰, l'éventualité se distingue de la condition car elle repose exclusivement sur un acte de volonté d'une des parties au contrat définitif et il

508 R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », RTDC 1905, p. 724.

509 R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », RTDC 1905, p. 724.

510 M. GENINET et F. COLLART-DUTILLEUL.

peut s'agir aussi bien du débiteur que du créancier du contrat préparatoire. Pour nous, l'éventualité peut concerner toutes les conditions essentielles à la validité d'un contrat, l'éventualité ne peut se restreindre au consentement des parties. Ce serait trop réducteur. C'est pourquoi, nous ne pouvons pas agréer à la théorie des auteurs cités au départ de ce développement⁵¹¹, le contrat préparatoire ne peut être qualifié de contrat principal éventuel, le contrat principal n'est pas encore formé car l'éventualité porte sur un élément essentiel à cette formation. Cependant, le contrat préparatoire peut être qualifié de contrat éventuel.

648. La promesse de contrat serait ainsi un contrat éventuel dans un certain nombre de cas. La promesse unilatérale de contrat deviendra le contrat définitif qu'une fois l'éventualité de l'acceptation de l'option effacée. Elle peut être qualifiée de contrat éventuel raisonnablement. La promesse synallagmatique tournera en contrat définitif une fois l'éventualité réalisée, cependant, ce contrat de promesse ne sera qualifié de contrat éventuel qu'à la condition que l'élément futur et incertain soit un élément essentiel à la validité du contrat. Dans le cas contraire, le contrat ne sera qu'un contrat conditionnel, l'élément en souffrance étant seulement accessoire à la validité du contrat définitif. Nous pourrions également considérer que dans le cas de la promesse synallagmatique, les parties ayant décidé de rendre un élément accessoire à la validité du contrat définitif essentiel par le jeu de leur accord de volonté commun –ce qui est souvent le cas- la promesse synallagmatique devienne éventuel. L'élément accessoire s'étant transformé grâce au principe de l'autonomie de la volonté en élément essentiel à leur consentement, un élément manque pour pouvoir considérer le contrat définitif conclu. Le contrat de promesse synallagmatique peut, suivant ce raisonnement, être qualifié de contrat éventuel sans exception. En effet, un contrat synallagmatique qui ne rendra pas un élément accessoire essentiel au consentement au contrat définitif sera qualifié de contrat définitif d'ores et déjà par les juridictions, les deux parties ayant déjà consenti aux conditions de validité du contrat.

511 M. GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse Paris II, 1986 ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, thèse, 1988.

D. La qualification de contrat sui generis

649. Qualifier le contrat préparatoire de contrat sui generis semble être une bonne option de prime abord. Aucune qualification jusqu'ici n'a réuni l'ensemble des contrats supposés préparatoires par les différentes approches de la notion de la doctrine. Chaque qualification est susceptible de trouver un contrat à prendre sous son aile mais aucune ne souhaite jusqu'ici prendre la notion de contrat préparatoire au complet. Certaines qualifications recueillent la totalité des contrats d'une conception mais cela n'apporte pas de grande avancée à notre étude. Au mieux cela pourra mettre en avant un courant de pensée vis-à-vis des autres, mais d'autres considérations sont nécessaires pour affirmer dès à présent la prévalence d'une théorie sur les autres.

650. Le contrat sui generis est le contrat qui n'entre dans aucune qualification des contrats nommés. Il se soustrait à toutes les qualifications possibles, que ce soit par choix des parties ou par obligation faite de pouvoir être qualifié. La notion de contrat préparatoire ressemble à s'y méprendre à ce type de contrat pour le moment.

Le contrat sui generis est tout de même considéré presque comme un contrat nommé par un auteur⁵¹². D'autres l'appellent contrat innommé⁵¹³. Un autre nomme le contrat sui generis, contrat innommé typique⁵¹⁴.

Le contrat sui generis peut toutefois emprunter les caractères d'un contrat nommé pour partie. Ainsi un contrat préparatoire pourra être en partie nommé et innommé. Ce sera le cas de la promesse unilatérale de vente ou de la promesse synallagmatique de vente autonome⁵¹⁵ par exemple.

651. Le contrat préparatoire est bien un contrat innommé répondant aux exigences légales de la théorie générale des contrats. Les contrats de la notion obéissent

512 G. CORNU, RTD civ. 1976.160 ; ex. : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 269. 4 : Sur les conditions de résiliation d'un contrat d'exclusivité conclu entre une clinique et un médecin, celle-ci peut avoir lieu librement en respectant un délai de préavis car ce contrat n'est ni un mandat ni un contrat d'intérêt commun ; TGI Paris, 25 février 1977, Gaz. Pal. 1977.11.478 ; RTD av. 1977.789, obs. G. Cornu sur un contrat de travail requalifié en contrat sui generis ; ou encore : Douai, 30 mai 1984, JCPG 1986.11.20628, n. Th. Revêt maintenu par Cass. Soc, 20 novembre 1986 ; JCP G 1987.II.20798, n. Th. Revêt ; RTD civ 1987.569, obs. Ph. Rémy.

513 J-F. OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux, LGDJ, 1969 ; X. HENRY, La technique des qualifications contractuelles, th. Nancy II, 1992.

514 D. GRILLET-PONTON, Essai sur le contrat innommé, th. Lyon, 1982.

515 Si l'on admet son existence bien entendu.

aux conditions de capacité, de consentement, d'objet et de cause en grande partie. En grande partie car il existe des éléments perturbateurs - en partie dû à l'objet du contrat préparatoire, la conclusion du contrat définitif - des exceptions qui rendent la notion sui generis plus qu'innommé. Prenons le cas de la promesse unilatérale de vente, le promettant consent d'ores et déjà à vendre, le promettant doit avoir de ce fait, dès la signature de la promesse unilatérale de vente, la capacité d'aliéner. Celui-ci peut perdre la tête par la suite avant que l'option ne soit levée par le bénéficiaire, le contrat de promesse reste valide et la levée de l'option le transformera en contrat définitif malgré son incapacité⁵¹⁶. Par contre, la capacité du bénéficiaire de la promesse ne sera appréciée qu'au moment de la levée de l'option⁵¹⁷. Pour le pacte de préférence, malgré l'objet du pacte, qui consiste le plus souvent en un contrat translatif de droit, la capacité de disposer n'est exigée qu'au moment de l'exercice du droit de préférence et non au moment de la conclusion du pacte⁵¹⁸. Ainsi des différences notables existent, l'absence de régime commun à l'ensemble des contrats préparatoires exclu la qualification de contrat sui generis, des contrats préparatoires pour la doctrine sont des contrats sui generis mais l'addition de contrat sui generis différent les uns des autres n'aboutit pas à la création d'une grande catégorie de contrats préparatoires sui generis.

652. La situation de contrat préparatoire est une situation sui generis par son objet, elle n'est pas prise en compte par les textes légaux, se situant durant la période précontractuelle mais étant un contrat à part entière.

Le projet d'ordonnance de la Chancellerie transformerait, s'il était adopté, deux contrats préparatoires sui generis, que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat, en contrat nommé, de la catégorie des contrats préparatoires par le biais d'un régime commun de la sanction de leurs inexécutions.

653. Nous ne pensons pas cependant que le contrat préparatoire puisse être qualifié de contrat préparatoire, pour une seule raison, le contrat préparatoire n'existe pas en tant que tel, il est la projection d'un ensemble de contrat. La notion recoupe un

516 Marty et Raynaud, t. 2, vol. 1, n° 114 ; Civ. 3ème, 7 janvier 1982, RTD.civ. 1982.600, obs. Chabas.

517 Civ., 24 octobre 1950, JCP 1951, IV.174.

518 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, p. 300.

certain nombre de contrat en nombre plus ou moins important, ces contrats peuvent éventuellement être qualifiés individuellement mais ils n'auront pas tous la même qualification. Il n'est pas possible de créer de textes spécifiques qui s'adaptent à l'ensemble de la notion de contrat préparatoire. Une uniformisation des conceptions s'avère très délicate voire impossible malheureusement. Certains contrats restent très différents sous de nombreux aspects. La notion regroupe de ce fait des contrats susceptibles de qualifications différentes.

654. La pratique a organisé et développé les contrats préparatoires, ils sont devenus pour certains auteurs une catégorie qui s'est construite progressivement.

Section II - La qualification retenue

655. Le contrat préparatoire a pour finalité la préparation du contrat définitif. Il s'agit d'un contrat donc un accord de volonté des parties peut être constaté, il y a accord sur quelque chose, *a minima* sur l'existence d'une négociation entre les parties. La présence de l'acte de volonté permet d'exclure les contrats préparatoires de simples négociations ou pourparlers ou documents contractuels. En effet, la règle du consensualisme impose la conclusion du contrat par la simple rencontre des volontés.

656. La notion de contrat préparatoire comprend le terme de contrat, le contrat préparatoire est un contrat, il peut être qualifié de contrat. En effet, il est « *la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* » conformément à la définition de l'article 1101 du Code civil. En d'autres termes, c'est un accord de volontés destiné à créer des obligations. La définition ainsi acceptée, l'offre est exclue de la notion, celle-ci ne peut constituer un contrat préparatoire⁵¹⁹ puisqu'il n'y a pas d'accord de volontés, une seule personne s'oblige envers n'importe qui, sans destinataire précis à la différence du contrat.

519 Voir supra n°189 et s.

657. Le contrat préparatoire prépare un autre contrat, il n'est pas le contrat préparé⁵²⁰, il s'en distingue, c'est en ce sens que nous pouvons dire qu'il s'agit d'un contrat autonome, il possède une autonomie relative au contrat définitif.

658. Le contrat préparatoire est un contrat consensuel. Il correspond à la volonté des parties de s'obliger au sein du contrat. Le contenu du contrat préparatoire dépendra des discussions préalables des parties, c'est pourquoi il sera généralement différent à chaque fois. Le contrat préparatoire peut être rattaché à la catégorie des contrats mais cette catégorie reste encore très vaste. Il peut être qualifié sans plus de précision de contrat mais cela n'apporte rien de plus à l'étude. La qualification de contrat préparatoire n'est pas évidente à préciser.

659. Pour la notion de contrat préparatoire, c'est le caractère contractuel d'une part et préparatoire d'autre part qui constitue la notion. C'est pourquoi la notion de contrat préparatoire peut être qualifiée de contrat car elle se rattache à la catégorie des contrats. Mais cela ne suffit pas à nous renseigner suffisamment sur la nature juridique de la notion. Etre un contrat ne permet de distinguer la notion que de l'offre et des documents précontractuels sans valeur juridique aucune. Le caractère préparatoire à son tour, ne permet précisément de rattacher la notion à un concept juridique, une catégorie ou une institution. Le pacte de préférence, la promesse unilatérale de contrat, le contrat-cadre, le contrat de négociation, la lettre d'intention pratique, ces contrats ne peuvent être réunis au sein d'une qualification unique justifiant la notion de contrat préparatoire. Il n'est nul besoin de revenir sur les particularités de chacun de ces contrats, ceux-ci ayant fait l'objet de nombreux développements dans la littérature.

660. Il nous semble que cette impasse puisse trouver sa réponse dans le fait que la notion ne peut être rattachée à une sous-qualification plus précise que celle de contrat car il s'agit peut-être là d'un concept juridique, d'une catégorie. L'application de la théorie générale des contrats au contrat préparatoire est une indication utile pour

520 G. MAITRE, *L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 124 : « Les contrats préparatoires représentent un stade plus avancé de la négociation précontractuelle, puisqu'ils constituent des contrats à part entière, qui créent des obligations à la charge d'au moins l'une des parties, et qui ont pour objectif de « sécuriser », plus ou moins, la conclusion d'un autre contrat, qui représente la finalité des parties ».

maitriser les effets de ce contrat mais peut-on préciser un peu plus ce régime. La notion de contrat préparatoire recoupant de nombreux contrats n'a pas trouvé d'une unité au sein d'une qualification plus précise par l'analyse des contrats dits préparatoires.

661. Quelle est la nature de la notion de contrat préparatoire ? La nature d'une notion détermine son régime juridique⁵²¹. Or nous avons constaté l'absence d'unité de régime entre les différents contrats pouvant être considérés comme des contrats préparatoires à notre sens et à celui de la doctrine. La notion de contrat préparatoire n'a pas de régime propre, elle est divisée en de nombreux régimes spécifiques aux contrats qui la composent. La doctrine qualifie la notion de contrat de préparatoire de catégorie juridique. Le principe même de la catégorie est de fournir un régime propre à l'ensemble des contrats la constituant, ce qui n'est pas le cas ici. La notion de contrat préparatoire est au mieux astreinte au régime des contrats avec des particularités liées à sa typologie éparse. Il semble difficile donc de déduire de la nature juridique de la notion de contrat préparatoire qui est d'être une catégorie son régime juridique. Cela va à l'encontre de la réflexion de Monsieur Bergel⁵²². Inversement, nous déduisons plutôt l'absence de catégorisation de la notion de contrat préparatoire de l'absence de régime juridique commun à cette éventuelle catégorie.

662. Une définition de la catégorie apportera un éclairage aux dires de la doctrine. La catégorie est « *dans un ensemble (une classification), un groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables* »⁵²³ mais elle « *désigne aussi les notions fondamentales qui, apparaissant dans l'ordre juridique ou la pensée juridique comme une ordonnance rationnelle et systématique, se définissent relativement les unes aux autres, par une série de caractères génériques et spécifiques* »⁵²⁴ et « *plus vaguement, tout concept, toute notion juridique* »⁵²⁵. La définition de la catégorie s'avère être multiple, toute notion juridique est catégorie nous dit le dictionnaire de vocabulaire juridique.

521 J.-L. BERGEL, « Différence de nature égale différence de régime », RTD civ. 1984, p. 255, n° 10. L'auteur affirme que « Dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit ».

522 Ibid.

523 G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème éd., PUF, 2005, p. 135

524 Ibid., p. 135

525 Ibid., p. 135

663. La notion de contrat préparatoire peut ainsi être considérée comme une catégorie à l'image de la qualification qu'en donne la doctrine, puisque toute notion juridique est une catégorie. Cependant, cette définition ne nous satisfait point. Elle est trop simpliste et ne nourrit pas le sujet.

664. La notion de contrat préparatoire ne serait être une « *notion fondamentale* » à notre sens étant donné son manque d'utilisation au sein de la doctrine, mais également au sein de la jurisprudence et son absence complète législative. Elle n'est pas la notion systématiquement citée pour décrire la catégorie que formerait les contrats suscités, ce n'est pas une « *ordonnance rationnelle et systématique* » à l'heure actuelle. Les contrats de la catégorie ne se définissent les uns par rapports aux autres. Ces contrats se rapprochent temporellement lors de leur usage, précédant la conclusion du contrat projeté, dans leur objet, tourné vers la conclusion du contrat définitif, mais cela ne va au-delà. C'est justement cet élément qui fédère ces contrats ensembles en tant que catégorie, ce sont des « *éléments présentant des caractères semblables* » tels que dégagés dans nos développements. Ces critères d'identification ont été dégagés difficilement ce qui montre à quel point la qualification de la notion en tant que catégorie n'est pas évidente si ce n'est de considérer que toute juridique peut être une catégorie comme indiquée dans la définition suscitée.

665. Mais si toute notion peut être une catégorie, alors peut-être que certaines notions juridiques synonymes représentent la même catégorie. La catégorie des contrats préparatoires doit être distinguée d'autres catégories existantes.

CONCLUSION DU CHAPITRE

666. La qualification de la notion de contrat préparatoire n'est pas aisée. L'opération de qualification était censée nous conforter concernant la nature juridique de la notion, ce n'est pas chose faite. Des doutes subsistent.

667. La notion de contrat préparatoire ne peut être qualifiée de contrat partiel lorsque l'on analyse les contrats dits préparatoires. Ces contrats ne peuvent tous porter cette qualification. Il en est de même pour les autres qualifications envisagées, que ce soit celle de contrat conditionnel, celle de contrat définitif : contrat définitif partiel, contrat définitif conditionnel, contrat définitif éventuel, ou pour finir, la notion de contrat préparatoire n'a pu être qualifiée de contrat *sui generis* malgré une attraction évidente de prime abord.

668. La notion de contrat préparatoire est une nature juridique, cette qualification fait de la notion la qualification des contrats qui la composent. Par exemple, le pacte de préférence peut être qualifié de contrat préparatoire. Cette catégorie n'est pas exempte de vices, le plus important à notre sens est qu'elle ne possède pas de régime juridique commun propre, ce qui est pourtant l'objectif premier recherché lors de la catégorisation. Elle n'est donc qu'une catégorie d'objet, les contrats préparatoires ayant tous pour objet la préparation de la conclusion du contrat définitif. De ce fait, elle doit être distinguée d'autres catégories voisines.

CHAPITRE 2 – LA DISTINCTION DES CONTRATS PREPARATOIRES DES AUTRES CATEGORIES EXISTANTES

669. La notion de contrat préparatoire est assimilable au titre d'une catégorie, œuvre de la doctrine, qui n'a pas réellement impacté la catégorie qu'elle a créée d'un régime juridique commun à l'ensemble de la catégorie. Il s'agit d'une catégorie basée sur l'objet des contrats, plus que d'une catégorie juridique à proprement parlé.

670. Cette catégorie souffre, de ce fait, d'un manque de pertinence dans notre droit actuel. Son manque de pertinence est à rattacher à son emploi, il vient très souvent en complément à celui d'autres notions, laissant croire parfois que la notion est différente d'une autre ou au contraire, que celle-ci est un synonyme. Une distinction de la catégorie des contrats préparatoires des autres catégories proches ayant une existence légale (Section I) nous apportera un premier élément de réponse. Cette distinction n'est cependant pas si aisée (Section II) et mettra en avant l'absence de pertinence de cette notion et sa nécessaire remise en cause, établissant l'existence d'une catégorie pratique, à défaut d'être une catégorie juridique (Section III).

Section I - Distinction des catégories proches existantes :

671. La notion de contrat préparatoire a parfois été assimilée à d'autres notions mais elle doit être distinguée de deux autres notions, qui sont des catégories pour la majorité de la doctrine voire son ensemble, les avant-contrats (Paragraphe 1) et les

contrats préliminaires (Paragraphe 2), afin de se démarquer et d'exister individuellement.

Paragraphe 1 - Les contrats préparatoires et les avant-contrats :

672. Avant d'envisager une distinction entre les deux notions que voici, il est utile de rappeler ce que sont les avant-contrats (A) afin de comprendre les difficultés existantes à chercher à comparer deux notions (B).

A. Les différentes conceptions des avant-contrats :

673. L'avant-contrat est «*une expression doctrinale désignant soit de véritables contrats (de base) – promesse pure et simple de contrat (ex. promesse de vente, de bail), contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire (loi du 3 janvier 1967) -, soit plus généralement et plus vaguement toute espèce d'accord préliminaire passé lors de pourparlers, de façon souvent informelle (ainsi par téléphone) en vue de la conclusion ultérieure d'une convention en général plus formaliste, mais faisant déjà naître à titre provisoire, un engagement (accord de principe, note de couverture en matière d'assurance) »*⁵²⁶. Selon cette définition, l'avant-contrat est bien un contrat tout comme peut l'être le contrat préparatoire. L'avant-contrat peut être soit une promesse de contrat, tout comme le contrat préparatoire au sein du courant de pensée classique⁵²⁷, soit tout contrat intervenant durant les négociations en vue de la conclusion d'un contrat final ultérieur. L'avant-contrat et le contrat préparatoire ne se démarque pas l'un de l'autre par cette définition, au contraire, chacune de ces conceptions peut servir de synonyme à l'autre.

674. L'avant-contrat est également défini plus simplement comme un «*accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes décident de réaliser dans l'avenir un*

526 G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., PUF, 2005, p. 97.

527 Initié par DEMOGUE, voir supra n° 35.

contrat (par ex. : promesse de vente, promesse de prêt) »⁵²⁸. Cette définition marque le pas sur l'autre, les exemples étant exclusivement des promesses de contrat, ce qui n'est pas étonnant outre mesure, les auteurs de cette définition ayant certainement pris le parti de la doctrine classique sans pour autant limiter volontairement leur définition aux uniques promesses puisqu'ils incluent tout contrat ayant pour objectif de parvenir à un contrat dans le futur.

A la différence d'une définition de la notion de contrat préparatoire, la référence à la préparation du contrat définitif ne figure pas dans ces définitions. Pourtant un contrat qui aurait pour objectif de prévoir la réalisation future d'un contrat peut être préparatoire, une promesse contient dès sa rédaction le contrat définitif, elle n'attend que la réalisation d'un évènement (comme la levée de l'option d'un des bénéficiaires de la promesse) pour devenir ce contrat final.

675. Le contrat préparatoire et l'avant-contrat restent synonymes dans les lexiques juridiques les plus courants. Les auteurs ne citent pourtant pas le contrat préparatoire en tant que tel. Ils ne citent point la notion de contrat préparatoire. L'avant-contrat est une notion plus ancienne, admise par la doctrine depuis longtemps en tant que notion juridique. La doctrine l'a érigé en catégorie juridique. Elle concentre tous les accords précédant le contrat final projeté ayant pris la forme d'accord de volontés ayant force obligatoire.

Cette catégorie a donné naissance à toute une théorie générale de l'avant-contrat que la doctrine a essayé de mettre en place au fil des années. Le problème est que les théories se sont succédées à son sujet⁵²⁹ et qu'aucune n'a fait l'unanimité, nous rappelant sa similitude avec la notion de contrat préparatoire.

676. Demogue considérait que les avant-contrats étaient des contrats auxquels ils manquaient un élément essentiel pour qu'ils soient des contrats définitifs⁵³⁰.

528 Lexique des termes juridiques, 14e éd., Dalloz, p. 63.

529 De la thèse de E. Leduc en 1909, Des avant-contrats, thèse Paris, à la thèse de S. RINGLER, Existe-t-il une théorie générale de l'avant-contrat ?, thèse, Toulouse, 2010.

530 DEMOGUE, Des contrats provisoires, Mélanges Capitant, 1939, p. 160 : « il y a avant-contrat lorsque des personnes ont déjà réalisé un premier accord mais qu'un élément essentiel pour qu'il y ait un contrat définitif fait encore défaut ».

677. Un auteur considère que le nom donné à cette catégorie importe peu, que seul compte le contrat, son utilité, que l'avant-contrat ne doit pas être analysé sous l'aspect de la théorie juridique mais sous l'aspect de la pratique. Il cite le contrat préparatoire et l'avant-contrat en tant que synonymes, de même que les termes de promesse ou de compromis⁵³¹. Ce n'est pas le premier auteur à le faire, en effet, Demogue considérait que les contrats préparatoires étaient des promesses de contrat, ce qui sous entend que les deux notions sont synonymes⁵³².

Ces notions ne sont certainement pas synonymes juridiquement parlant de la notion de compromis qui est le plus souvent mésusée par certains professionnels. Le terme de « *compromis* » désigne juridiquement l'acte par lequel des personnes donnent pouvoir à des arbitres afin de trancher un différend. Autrement dit, le compromis est le contrat par lequel deux parties décident qu'un différend, déjà établi, sera tranché par des arbitres et non par les tribunaux. L'expression « *compromis de vente* » nous semble alors à éviter et de ce fait le rapprochement opéré par l'auteur est à éviter également, même si nous comprenons qu'il s'agissait plus de termes usés par la pratique juridique que par la théorie et c'est dans ce sens là qu'il convenait de les lire.

678. Un auteur considère que les avant-contrats ne se limitent pas aux promesses de contrat en général mais uniquement aux promesses unilatérales de contrat réduisant la portée de la notion considérablement. Les avant-contrats ne seraient plus qu'un seul type précis de contrat de promesse⁵³³. Une partie de la doctrine réduisait la notion d'avant-contrat à ce seul type de promesse car les promesses synallagmatiques étaient analysées comme des contrats définitifs⁵³⁴ par le biais d'un raisonnement analogique sur le fondement de l'article 1589 du Code civil.

679. Pour le Professeur Collart-Dutilleul, « *est un avant-contrat, tout accord contractuel conclu avant le contrat définitif et qui a pour but directement ou indirectement, de permettre la formation de ce dernier* ».

531 J. VANDEBUSSCHE dans l'avant-propos dans F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, avant-propos, p. XI : « quel que soit le nom que l'on donne à l'avant-contrat : compromis, promesse, contrat préparatoire, nous connaissons l'importance primordiale de ce document ».

532 DEMOGUE, De la nature et des effets du droit éventuel, RTDC 1906, p. 259.

533 En ce sens, J. SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ. 1974.48.

534 Essentiellement car les promesses les plus courantes sont les promesses de vente.

La Cour d'appel de Rennes distingue « *l'avant-contrat autonome sur lequel un contrat ultérieur viendrait s'articuler* » reprenant la formule du Doyen Carbonnier et « *un avant-contrat, en forme d'accord préliminaire de principe, intervenu seulement sur l'accessoire au cours des pourparlers* ». L'auteur cité précédemment a commenté les deux décisions de la Cour de Rennes pour en extrapoler trois conceptions de l'avant-contrat. La première est celle retenue par la Cour. La deuxième « *élimine de la catégorie les contrats de pourparlers. L'avant-contrat est alors la convention par laquelle une des parties ou les deux s'engagent à conclure, à des conditions prédéterminées, un contrat définitif* »⁵³⁵. La troisième conception est réduite « *aux seules promesses de contrat* », tout comme le soutient une partie de la doctrine, où l'expression « *avant-contrat* » et « *promesse de contrat* » sont synonymes.

Le Professeur Collart-Dutilleul a pour sa part, une vision restreinte des contrats qu'ils dénomment réellement des avant-contrats dans la suite de son développement. Les autres avant-contrats sont dénommés par l'auteur « *contrat préparatoire* ». Il inclut avec les promesses unilatérales les avant-contrats synallagmatiques de vente. En effet, il estime qu'il y a la place pour un avant-contrat synallagmatique de vente, qualification à préférer de celle de promesse synallagmatique de vente afin de se dégager du débat relatif à l'application de l'article 1589 du Code civil⁵³⁶. Cet avant-contrat synallagmatique devient un contrat autonome car le contrat qu'il prépare ne peut exister faute de l'absence actuelle d'un élément essentiel à sa formation. Nous estimons que la catégorie des avant-contrats de cet auteur peut être élargie aux promesses synallagmatiques de contrat qui peuvent être autonome tant qu'un élément essentiel à la formation du contrat définitif fera défaut. Il voit cependant dans le contrat préparatoire, deux sous-catégories se dégager⁵³⁷.

680. Pour Madame Geninet, il ne faut distinguer que deux catégories d'avant-contrats et « *non pas trois comme le fait Monsieur Collart-Dutilleul : la première vise tout engagement synallagmatique d'organiser la perfection du contrat principal lorsque seront réunies les conditions d'existence, de validité ou de perfection du contrat*

535 F. COLLART-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble », thèse Tours, 1983, p. 289.

536 Ibid., n° 126 et suivants.

537 Voir supra n° 68.

définitif, conditions imposées par la loi ou voulues par les parties aux termes de l'avant-contrat, étant bien entendu que le contrat principal doit respecter les clauses déjà arrêtées dans l'avant-contrat; la seconde désigne tout engagement conférant à son bénéficiaire un droit d'option relatif à la conclusion du contrat définitif : engagement de considérer comme conclu le contrat principal et donc de l'exécuter; lorsque le bénéficiaire lève l'option et que l'avant-contrat contenait un accord entre les parties sur le principe et la consommation de la perfection du contrat définitif sinon la levée de l'option n'entraîne pas la conclusion automatique du contrat principal, elle transforme seulement le pacte d'option en promesse de contrat⁵³⁸. Cette dernière catégorie est celle des pactes d'option traditionnellement appelés à tort promesses unilatérales de contrat »⁵³⁹. Elle définit l'avant-contrat comme étant « un accord sur certains éléments du contrat principal accompagné d'un pacte d'option ou d'une promesse de contrat, c'est-à-dire d'un engagement obligatoire de considérer le contrat définitif comme conclu, donc de l'exécuter en cas de levée de l'option par le bénéficiaire, ou d'un engagement obligatoire de conclure le contrat principal lorsque les conditions prévues dans l'avant-contrat sont réunies »⁵⁴⁰.

Madame Geninet considère que « l'avant-contrat est donc un contrat qui prépare la formation d'un contrat principal soit par le mécanisme du droit d'option soit par l'obligation d'organiser la perfection du contrat définitif. C'est pourquoi l'avant-contrat se distingue des autres techniques préalables à la conclusion d'un contrat, lesquelles n'ont pas cet effet obligatoire portant sur la formation du contrat définitif. »⁵⁴¹ Autrement dit, l'avant-contrat se distingue par une obligation de contracter traduite par le consentement manquant de l'une des parties.

681. Pour Monsieur Boyer, les avant-contrats sont des « accords préliminaires dont l'objet est d'engager d'ores et déjà les parties en vue d'un contrat dont le contenu est dès maintenant prédéfini. Ces accords peuvent être très divers, les uns ont pour effet de permettre à l'une des parties d'obtenir de l'autre le contrat définitif lorsqu'elle le désirera : ce sont les promesses de contrat dont la promesse de vente est l'exemple le

538 Cass., 3eme civ., 17 avril 1984, D. 1985, p. 234.

539 M. GENINET, «Théorie générale des avant-contrats en droit privé », thèse Paris II, 1985, T I, p. 117.

540 Ibid., p. 252.

541 Ibid., p. 402.

plus connu ». L'auteur continue « *d'autres tendent seulement à restreindre la liberté de choix des parties, notamment quant à la personne du contractant : ainsi, le pacte de préférence ou les clauses d'exclusivité, mais on notera que ceux-ci ne diffèrent pas fondamentalement de ceux-là ; tous mériteraient l'appellation de « promesses » puisque restreignant la liberté contractuelle en assujettissant pour l'avenir...c'est par habitude que cette appellation est réservée aux avant-contrats de la première catégorie.* »⁵⁴². Cet auteur scinde également la catégorie des avant-contrats en deux catégories, celle dont le contenu du contrat est déjà bloqué, les promesses et celle qui restreigne le choix des parties pour le contrat futur.

Il rajoute qu'en « *dépit de son appellation, l'avant-contrat est avant tout un contrat qui suppose un échange de consentement d'où il résulte une situation juridique commune* ». C'est cette situation commune qui fait de l'avant-contrat une catégorie pour les auteurs, cette situation juridique commune.

682. Pour Monsieur Rieg, « *l'avant-contrat est déjà un contrat parfait, et suppose notamment que toutes les conditions, que tous les éléments du contrat principal, soient dès maintenant arrêtés avec précision ; il faut donc l'accord des parties non seulement sur les éléments essentiels du contrat, mais de manière plus générale sur toutes les modalités qui, pour les parties, étaient subjectivement déterminantes* », l'avant-contrat est déjà le contrat définitif, il ne lui manque plus que l'accord de l'une des parties pour devenir cet accord final, l'auteur envisage finalement les avant-contrats comme des promesses de contrat⁵⁴³.

683. Un auteur voyait dans l'avant-contrat un contrat principal éventuel⁵⁴⁴.

684. Pour d'autres auteurs, l'avant-contrat correspond à une période et non plus un contrat⁵⁴⁵. Et c'est dans cette période que nous retrouvons les avant-contrats.

542 L. BOYER, Encyclopédie Dalloz, V° contrats et conventions, p. 13.

543 A. RIEG, La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p. 602

544 M. GENINET, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, thèse Paris II, 1986.

545 J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001 ; O. DESHAYES, L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 8.

685. Bref, les avant-contrats ne font pas l'unanimité outre leur dénomination. Le contenu de la catégorie reste imprécis et les synonymes nombreux, fonction de ce même contenu.

B. La comparaison de deux notions sans consensus :

686. Les avant-contrats, tout comme les contrats préparatoires sont deux notions aux prises d'une lutte doctrinale sans fin, nourrissant l'intérêt de nombreux travaux de ce fait.

687. Les contrats préparatoires ont été distingués des avant-contrats par leur étendue. Les avant-contrats ne regrouperaient que les promesses de contrat alors que les contrats préparatoires seraient une catégorie plus large d'accord précédant le contrat définitif englobant la catégorie des avant-contrats ainsi que divers autres contrats permettant la préparation du contrat projeté tel que les pactes de préférence⁵⁴⁶.

688. Certains auteurs considèrent que les avant-contrats sont des contrats préparatoires, les deux notions sont synonymes mais celle de contrat préparatoire doit être préférée à celle d'avant-contrat⁵⁴⁷ pour des raisons de clarté.

L'avant-contrat peut très bien n'être qu'un temps, un temps d'avant le contrat, donc la période précédent la phase contractuelle et exclure les contrats préparatoires qui restent des contrats à part entière de cette période.

Les avant-contrats peuvent englober tous les documents existants avant que ne s'établisse une relation contractuelle. Ce serait le document publicitaire ayant permis à une personne de conclure un contrat d'entreprise ensuite par exemple. Le terme d'avant-contrat est trompeur puisqu'il peut faire penser que ces contrats n'en sont pas⁵⁴⁸.

546 En ce sens, F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 1 : « Les contrats préparatoires forment une catégorie juridique différenciée qui ne se réduit pas aux seules promesses de contrat ».

547 J. FLOUR, J.L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 13e éd., Sirey, 2008, p. 117 : « La négociation contractuelle peut aussi être l'occasion d'accords partiels de volonté qui préparent la conclusion du contrat recherché ; ce pourquoi on les dénomme souvent contrats préparatoires – formule qui doit être préférée à celle d'avant-contrat, parfois utilisée ».

548 A. BENABENT, Les obligations, Montchrestien, 14e édition, p. 50 : « ces actes sont eux-mêmes

689. Nous pouvons aussi entendre les avant-contrats comme les contrats avant d'autres contrats, des contrats précédant d'autres contrats, bref des contrats préparatoires, de simples synonymes.

D'autres pensent que le terme d'avant-contrat est le terme juste, la notion de contrat préparatoire n'étant usée que pour qualifier la première notion⁵⁴⁹.

690. En réalité, il y a rarement débat sur ce sujet dans ce sens là, soit la notion d'avant-contrat est utilisée seule, soit celle de contrat préparatoire est préférée à celle d'avant-contrat, mais dans ce cas l'avant-contrat reste évoqué au moins pour justifier l'appellation de contrat préparatoire, soit les deux notions sont employées comme synonymes, l'une pour l'autre et l'autre pour l'une.

691. Un autre auteur qualifiait ces contrats d'avant-contrats car ces contrats n'avaient d'intérêt autre que de préparer un autre contrat, ils n'étaient pas rédigés pour exister en tant que tel et gouverner une relation entre des parties mais uniquement pour les aider précisément jusqu'à la survenue de l'autre contrat. Les avant-contrats étaient alors des contrats qui ne méritaient d'être des contrats à moins qu'un autre contrat suive ensuite⁵⁵⁰. C'est en ce sens que l'avant-contrat était préparatoire, un contrat préparatoire dont le terme préparatoire n'était qu'un adjectif qualificatif sans volonté d'y voir autre chose qu'un avant-contrat terminologiquement.

692. L'avant-contrat pourrait se distinguer du contrat préparatoire par un objet plus élargi. L'avant-contrat serait l'ensemble des contrats précédant la conclusion du contrat définitif alors que le contrat préparatoire ne serait que les contrats précédant et

constitutifs d'un contrat, puisqu'il y a accord de volonté sur cette faculté ouverte : on parle souvent « d'avant-contrats ». Il s'agit en réalité de contrats proprement dits dont la seule particularité concerne la nature de l'obligation qu'ils font naître : c'est une créance qui consiste en une simple faculté d'exiger la formalisation du contrat définitif, si bon semble à son bénéficiaire. C'est en fin de compte une variété d'obligation de faire ». Le fait que l'auteur doive préciser qu'il s'agit de contrat « proprement dit » montre bien l'étrangeté de l'appellation. C'est pourquoi il choisit de les appeler contrats préparatoires plutôt que avant-contrats.

549 En faveur de cette idée. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, Cujas 2000, p. 83 : « la promesse unilatérale de vente est l'archétype des promesses de vente, archétypes des promesses de contrat, elles-mêmes archétypes des avant-contrats ».

550 E. LEDUC, « Des avant-contrats », thèse Paris, 1909, p. 29 : « la conclusion du contrat définitif n'est pas une fin en soi ; c'est son exécution qui intéresse les parties, c'est pour se ménager la possibilité de l'exiger que le stipulant de l'avant-contrat a conclu ce dernier (...) L'avant-contrat a donc bien un caractère essentiellement préparatoire d'un contrat futur ; il n'a pas de raison d'être en lui-même »

préparant la conclusion de ce contrat définitif. L'obligation principale du contrat déterminerait la qualification du contrat. La catégorie des contrats préparatoires serait une sous-catégorie de celle des avant-contrats⁵⁵¹.

693. Une autre conception de l'avant-contrat permet de le distinguer du contrat préparatoire par un objet plus restreint, plus précis. Monsieur Rieg a une vision des avant-contrats synonymes de celle des contrats de promesse, l'avant-contrat étant déjà le contrat final défini sous tous ses aspects, seul un élément de volonté faisant défaut. « *Au contraire, la punctuation est un accord incomplet ; les parties font le point en attendant de s'accorder sur les éléments encore discutés. Il n'existe pas, dans cette hypothèse, la précision qui permet de transformer par une simple manifestation de volonté l'avant-contrat en contrat principal* »⁵⁵². Il est possible d'analyser cette conception de deux manières.

La punctuation serait un contrat préparatoire⁵⁵³, celle-ci correspondant à la vision de la notion de contrat préparatoire de certains auteurs.

La punctuation et l'avant-contrat de Monsieur Rieg sont des contrats préparatoires, les deux catégories devenant des sous-catégories de la notion large des contrats préparatoires.

Il est vrai cependant que le code allemand considère que cet accord n'a pas de force obligatoire à la différence du code suisse et du code autrichien alors que le code français est silencieux à ce sujet, le raisonnement par déduction précité nécessite l'acceptation de la force obligatoire de la punctuation dans notre droit⁵⁵⁴.

551 G. MAITRE, *L'avant-contrat: actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 123 : « Le droit des avant-contrats regrouperait donc les règles relatives à la responsabilité précontractuelle, et celles applicables aux contrats dits « préparatoires », tels que le pacte de préférence ou la promesse unilatérale de contrat ». Pour cet auteur, les avant-contrats seraient une catégorie dont la période précontractuelle et les contrats préparatoires ne sont que des sous-catégories.

552 A. RIEG, *La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat*, Mélanges Jauffret, 1974, p. 602.

553 En ce sens chez l'auteur : A. RIEG, *La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat*, Mélanges Jauffret, 1974, p. 603 : « Elle se présente comme un contrat innomé, ne rentrant pas dans les classifications traditionnelles. C'est un contrat préalable comme l'avant-contrat, mais c'est surtout un contrat de pourparlers, préparatoire d'une entente plus complète ». Ou encore p. 605 : La punctuation est une « pause » dans l'élaboration du contrat projeté, les parties doivent loyalement reprendre les discussions sur les éléments restant à négocier. Il s'agit d'un accord partiel, d'un accord de principe. « Cela se justifie aisément par la nature même de la punctuation, qui est un accord préparatoire à la formation du contrat proprement dit, et suppose que les parties continuent à bénéficier d'une certaine liberté d'actions ».

554 A. RIEG, *La punctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat*, Mélanges Jauffret, 1974, p. 593 : « On désigne parfois par le mot « punctuation » la formation du contrat par couches

694. Le contrat préparatoire n'est pas comparé qu'à la notion d'avant-contrat, elle est aussi comparée à celle de contrat préliminaire.

Paragraphe 2 - Les contrats préparatoires et les contrats préliminaires

695. Il n'est point besoin de redonner une définition du terme contrat mais l'on peut tout de même définir « préliminaire » comme « *qui précède et prépare un acte grave soit afin d'en présenter le projet (discours préliminaire au vote d'une loi), soit en vue de le mettre au point (négociations préliminaires à la signature d'un traité), soit afin de ménager une période d'essai et de réflexion (convention préliminaire à la conclusion d'un accord définitif)* »⁵⁵⁵.

696. La dénomination allemande de « *vorvertrag* », « avant-contrat » est traduite par les italiens par la notion de contrat préliminaire⁵⁵⁶. Sont-ils synonymes pour le droit français ou tout du moins pour la doctrine française ?

697. Un auteur considère que les contrats préparatoires sont des contrats préliminaires. Cette doctrine minoritaire mérite tout de même notre attention.

En effet, la catégorie des contrats préparatoires serait une sous-catégorie des contrats préliminaires⁵⁵⁷. Les contrats préliminaires correspondraient à tous les contrats

successives, ou encore la conclusion du contrat point par point. Mais le plus souvent, le terme de « punctuation » est pris dans un sens plus étroit et plus technique : il désigne alors l'écrit que les parties ont rédigé pour fixer les points des négociations sur lesquelles elles sont, dès à présent, d'accords ». Ces accords sont qualifiés dans notre droit de contrat partiel. Ceux-ci ont une force obligatoire, c'est pourquoi il nous est possible de considérer que le mécanisme de la punctuation est inclus dans la notion de contrat préparatoire. Ce sera une conception où le contrat préparatoire ne comporte aucune obligation de conclure le contrat définitif, bien au contraire, p. 603 : « S'agissant de la punctuation, aucune des parties n'a de droit à la conclusion du contrat projeté ». « L'obligation générale résultant de la punctuation est la reprise des pourparlers ».

555 G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., PUF, 2005, p. 694.

556 E. LEDUC, « Des avant-contrats », thèse Paris, 1909, p. 3.

557 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 82 : « Défini comme des contrats ayant pour seul et unique objet de préparer une opération future souvent de grande envergure, les contrats préparatoires forment un sous-ensemble d'une catégorie juridique plus vaste appelée contrats préliminaires ».

précédant un contrat définitif. Les contrats préparatoires seraient aussi des contrats précédant la conclusion du contrat final mais ils auraient pour unique objet d'être préparatoires de contrat futur alors que l'objet des contrats préliminaires ne serait qu'une conclusion future éventuelle d'un autre contrat⁵⁵⁸. Si un contrat préliminaire a pour objet la préparation du contrat définitif, il sera un contrat préliminaire préparatoire, un contrat préparatoire pour faire plus simple, une sous-catégorie du contrat préliminaire.

L'auteur limite le contenu de la catégorie des contrats préparatoires en excluant les contrats de promesses de la catégorie mais sans pour autant les exclure des contrats préliminaires. Le contrat de promesse ne préparant pas le contrat définitif pour l'auteur puisque les parties ont déjà consenti au contrat final, l'objet préparatoire du contrat est absent, il ne peut y avoir de négociation, ce ne sera qu'un contrat préliminaire. Tout contrat comportant une obligation de contracter le contrat projeté sera un contrat préliminaire au contrat final mais ne sera pas un contrat préparatoire⁵⁵⁹.

Ainsi le contrat préparatoire peut être une sous-catégorie du contrat préliminaire.

698. Le contrat préliminaire a été consacré par le législateur au sein de l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation qui dispose : « *La vente prévue à l'article L. 261-10 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*

558 A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987, p. 8 : « les contrats préparatoires constituent indiscutablement une partie intégrante des contrats préliminaires sans pour autant se confondre avec eux. Car, les contrats préparatoires sont des contrats préliminaires par leur conclusion mais préparatoires par leur objet. Ils sont préliminaires en ce sens qu'ils se nouent avant le contrat définitif projeté. Ils le préfigurent. Ils sont préparatoires en ce sens qu'ils ont pour seul et unique objet de préparer le contrat escompté ».

559 Ibid., p. 146 : « Le contrat préparatoire est tout d'abord un accord de volontés qui préfigure un contrat futur plus important. Il est donc un contrat préliminaire ; il peut prendre plusieurs formes selon qu'il se présente de façon autonome ou sous forme d'une clause insérée dans un contrat global. Mais bien que préliminaire il se distingue des autres figures juridiques voisines par la destination exclusivement préparatoire de son objet. Il vise principalement à préparer le contrat définitif, en mettant à la charge des contractants une obligation de négocier ou des obligations spéciales portant aménagement de certains aspects de la négociation de l'opération envisagée. Cependant, même créateur d'obligations le contrat préparatoire ne peut, au moment de sa conclusion, entraîner les contractants à conclure nécessairement le contrat projeté. N'ayant pas consenti à tous les éléments du contrat en genèse, chaque candidat-contractant dispose toujours et encore de la faculté de ne pas s'engager dans une relation contractuelle définitive ».

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. Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente. Ils sont restitués, dans le délai de trois mois, au déposant si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur, si la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 du code de la consommation n'est pas réalisée ou si le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire. Est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente. ». Ce contrat préliminaire possède un domaine spécifique, il précède obligatoirement une vente d'immeuble à construire ou une cession de parts donnant droit à l'attribution d'un immeuble à construire. Ce contrat est aussi dénommé « *contrat de réservation* » par les professionnels, dénomination plus parlante pour les futurs acheteurs.

Ce contrat est un contrat solennel, précédent un autre contrat solennel que sera la vente. Une partie minoritaire de la jurisprudence et de la doctrine analyse ce contrat en une promesse unilatérale de vente⁵⁶⁰, la somme en garantie correspondant au prix de la réservation. Toute autre analyse est rendue impossible par le dernier alinéa de l'article suscit. Le contrat préliminaire ne peut être qualifié de promesse synallagmatique de vente valant vente au regard de l'article 1589 du Code civil du fait des dispositions de ce dernier alinéa.

Cependant la majorité de la doctrine et de la jurisprudence qualifie ce contrat de contrat sui generis synallagmatique à partir du moment où ce contrat concerne la promotion immobilière. Les obligations réciproques sont constituées par le versement du dépôt de garantie, en tant que contre-prestation, qui constitue la cause de l'engagement du réservant.

699. Un auteur a qualifié ce contrat de pacte de préférence à titre onéreux⁵⁶¹. En effet, il considère que le fait que le pacte soit défini en matière de prix transforme ce

560 Contra, F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 57 : « On ne saurait pas plus analyser le contrat préliminaire en une promesse unilatérale de vente bien qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence ait retenu cette qualification...puisque la décision de construire peut n'être pas encore prise ».

561 Ibid., p. 59

pacte en contrat synallagmatique, tout en modelant ensuite la qualification du contrat préliminaire en fonction de l'avancée de l'opération contractuelle⁵⁶².

Cet auteur inclut les contrats préliminaires dans la catégorie des contrats préparatoires à la vente d'immeuble qui est elle-même inclut dans la catégorie des contrats préparatoires. Ainsi les contrats préparatoires ne seraient pas une sous-catégorie des contrats préliminaires comme nous l'avons vu précédemment mais au contraire les contrats préliminaires seraient une sous-catégorie de la catégorie des contrats préparatoires.

700. Le contrat préliminaire tel qu'il apparaît dans la législation est certainement un contrat préparatoire plus que le contrat préparatoire n'est un contrat préliminaire. Le contrat préparatoire peut prendre diverses formes et être un simple contrat négociation, ceci exclut donc que le contrat préliminaire soit une catégorie dans laquelle nous retrouverions les contrats préparatoires en tant que sous-catégorie. En effet, le contrat préliminaire se borne à définir les conditions dans lesquelles se conclura le contrat définitif de vente. Il précise les conditions essentielles à la validité de la vente future, la chose et le prix. En cela, il prépare le contrat définitif, la chose n'étant pas certaine d'exister, la vente ne peut être d'ores et déjà parfaite. C'est pourquoi le contrat préliminaire est un contrat préparatoire parmi d'autres et non un synonyme de ce contrat préparatoire.

701. Cependant distinguer la notion de contrat préparatoire des autres notions voisines n'est pas une tâche facile, il s'agit souvent de se placer et de trancher, c'est pourquoi la distinction est débattue.

Section II - La distinction débattue

702. La distinction pour être débattue pour plusieurs raisons, soit les notions

562 Ibid., p. 60 : « L'opération contractuelle régie par les textes s'échelonne dans le temps de la manière suivante : 1) si la décision de construire n'est pas encore prise, le contrat préliminaire ne contraint le promoteur qu'à réserver un immeuble déterminable; 2) lorsque la décision de construire est prise, le promoteur a l'obligation d'offrir la vente de l'immeuble prévu ; 3) c'est seulement quand la chose et le prix sont précisément déterminés que le réservant doit émettre cette offre et la notifier au destinataire ».

d'avant-contrat et de contrat préliminaire sont déjà remises en questions sans entrer en conflit avec la notion de contrat préparatoire (Paragraphe 1), soit les notions sont considérées comme des synonymes plus ou moins adaptés (Paragraphe 2), soit les notions sont effectivement opposées mais sans que celle de contrat préparatoire puisse prendre place sur un aspect purement légal (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 - Des notions discutées

703. De nombreux auteurs ne font pas de la notion d'avant-contrat un concept de base, mais ils l'utilisent tout de même dans leur développement que ce soit Messieurs Flour et Aubert ou Monsieur Ghestin, l'expression « *avant-contrat* » ne figure pas dans leur table des matières, seules figurent « *les promesses de contrat* ».

L'expression est fondamentale pour certains auteurs tels que F. Terré ou J. Carbonnier.

704. Le Professeur Mousseron considère que les pourparlers se terminent lorsque le contrat définitif est formé. Il a tout d'abord remis en cause la terminologie d'avant-contrat lui préférant les expressions de « *formes contractuelles de pourparlers* » et « *contrats préalables* » englobant de ce fait dans la notion d'avant-contrat tous les mécanismes de pourparlers structurés. Il a ensuite corrigé sa vision en intitulant un ouvrage entier « *l'avant-contrat* » où la notion ne recouvre plus une catégorie au singulier mais un temps de l'opération contractuelle, un temps avant le contrat final.

705. Monsieur Fieschi-Vivet évoque dans sa thèse l'expression « *promesse de contrat* » afin d'éviter celle d'avant-contrat⁵⁶³. Mais il écrit ensuite que « *la promesse est bien un avant-contrat, en ce sens, non qu'elle constitue deux séries successives de manifestations de volontés exigées pour chaque obligation et dont la somme ne serait que le consentement unique au contrat principal, mais en ce sens qu'elle est un contrat qui en précède un autre, parce qu'elle le prépare* ». Pour lui, « *Le seul élément essentiel dont l'absence peut transformer en avant-contrat le contrat définitif, c'est donc le*

563 P. FIESCHI-VIVET, « La promesse de contrat », thèse Lyon, 1973, p. 34.

consentement de l'une des parties. D'où il suit que l'avant-contrat sera presque toujours un contrat unilatéral visant la conclusion d'un contrat définitif». Fieschi-Vivet n'est pas le seul à considérer que les expressions « *avant-contrat* » et « *promesse de contrat* » sont synonymes, d'autres auteurs comme Marty et Raynaud pensent de même. Il préfère finalement ne pas employer cette expression mis à part pour imager la promesse de contrat avec une notion qui reste aujourd'hui suffisamment explicite pour la doctrine dominante et qui situe cette promesse dans une opération contractuelle où elle est un préalable à un autre contrat.

Paragraphe 2 - Des notions synonymes en lutte

706. Le terme « *avant-contrat* » ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Le Professeur Collart-Dutilleul fait partie des septiques, pour lui « *la notion d'avant-contrat manque de netteté, la catégorie des avant-contrats d'homogénéité* »⁵⁶⁴. Bien au-delà des articles précités, les auteurs ont transformé les avant-contrats en catégorie. Nous ne débattons pas sur la véracité de ces propos que nous tiendrons pour acquis. Les avant-contrats sont une catégorie de contrat, mais il est vrai que les auteurs sont en grand désaccord concernant le contenu de cette catégorie. C'est pourquoi certains auteurs proposent d'appeler cette catégorie ainsi que les contrats qui la constitue les contrats préparatoires. Cette notion est parlante. Elle a comme avantage l'adjectif qualificatif « *préparatoire* » qui coupe immédiatement les luttes doctrinales dont étaient sujettes l'avant-contrat⁵⁶⁵.

707. Pour Monsieur Boyer, les avant-contrats sont des « *accords préliminaires dont l'objet est d'engager d'ores et déjà les parties en vue d'un contrat dont le contenu est dès maintenant prédéfini* »⁵⁶⁶. Définir l'avant-contrat en signalant qu'il s'agit d'un « *accord préliminaire* » montre la barrière terminologique mince qui existe dans l'esprit de la plupart des auteurs. Les expressions se définissent les unes les autres sans se

564 F. COLLART-DUTILLEUL, « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble », thèse Tours, 1983, p. 286.

565 A savoir si l'avant-contrat est une période ou une catégorie comme a pu le soutenir le Professeur Mousseron. Il est vrai que la poésie de l'expression pourrait nous diriger vers cette idée là.

566 L. BOYER, Encyclopédie Dalloz, V° contrats et conventions, p. 13.

démarquer nettement.

708. La notion d'avant-contrat, quoique discutée, apparaît installée dans notre droit, en témoigne sa présence dans des articles de loi, malgré quelques réticences d'auteurs. Son origine allemande nous permettra d'excuser son manque de charme. Le terme originaire était « *vertragsberedung* » qui signifiait littéralement « *conférence sur un contrat à venir* » puis la dénomination a changé au profit de « *vornvertrag* », « *avant-contrat* ». Nous comprenons l'intérêt qu'éprouvent certains auteurs à vouloir changer cette dénomination et la voir remplacer par la notion de contrat préparatoire.

Sans rentrer dans le débat concernant la typologie de cette catégorie ou de celle des contrats préparatoires, l'une et l'autre ayant de grande similitude si l'on prend l'ensemble de la doctrine sur le sujet, la catégorie des contrats préparatoires pourraient remplacer la notion d'avant-contrat pour au moins deux raisons : elle est plus claire que la notion d'avant-contrat, de nombreux professionnels expliquant à leur client : « *nous allons rédiger un avant-contrat, un contrat préparatoire...* », « *nous rédigerons un avant-contrat, c'est un contrat préparatoire qui permet...* », la notion d'avant-contrat est une notion élitiste que les néophytes n'appréhendent pas du tout alors que celle de contrat préparatoire prend immédiatement du sens auprès de ces derniers. Ils peuvent en conclure sans difficulté que le contrat préparatoire a pour objectif de préparer le contrat puisque personne n'a encore parlé de rédiger le contrat définitif, les parties savent à quel moment elles en sont du processus de négociation du contrat final, rédiger un contrat préparatoire ne les effraie pas. C'est un soutien papier à leur négociation, presque moral, leur permettant de se sentir sur la bonne voie, tout en étant beaucoup plus juridiquement.

709. Faire un choix entre les notions de contrat préparatoire, d'avant-contrat et de contrat préliminaire n'est pas évident pour la doctrine, c'est peut-être car la distinction entre les notions est injustifiée ou injustifiable.

Paragraphe 3 - Une distinction injustifiée ou injustifiable

710. Le terme « *avant-contrat* » apparaît à deux reprises dans les codes, dans l'article D. 271-6 du Code de la construction et de l'habitation⁵⁶⁷ et l'article 278 sexies du Code général des impôts⁵⁶⁸. Aucun des articles ne donnent de définition du terme avant-contrat, mais il est clairement fait une distinction entre un avant-contrat et un contrat préliminaire à l'article 278 sexies du Code général des impôts en évoquant l'un « *ou* » l'autre des contrats. Les deux contrats sont donc différents, ils ne peuvent être synonymes l'un de l'autre. Aucun des deux contrats ne peut constituer une catégorie de l'autre. Il reste que les deux notions, contrat préliminaire et avant-contrat, sont utilisées au sein d'une disposition législative alors que celle de contrat préparatoire n'apparaît nulle part.

711. Comparé les avant-contrats et les contrats préliminaires n'apportent rien compte tenu de l'apport législatif suscité, le contrat préparatoire ne pourrait être que le synonyme de l'une ou l'autre de ses expressions.

La catégorie des contrats préparatoires pourrait contenir le contrat préliminaire, comme nous avons pu le constater, mais celle d'avant-contrat exclut ce dernier. C'est pourquoi nous pencherions vers une différenciation des notions d'avant-contrat et de contrat préparatoire.

Seules les différentes typologies établit par la doctrine peuvent nous faire croire que le contrat préparatoire et l'avant-contrat sont, au final, deux choses identiques, deux

567 « L'acte sous seing privé ou une copie de l'avant-contrat réalisé en la forme authentique remis directement à l'acquéreur non professionnel en application du troisième alinéa de l'article L.271-1 du code de la construction et de l'habitation reproduit les dispositions de l'article L.271-2. Le bénéficiaire du droit de rétractation y inscrit de sa main les mentions suivantes : « remis par (nom du professionnel)... à (lieu)... le (date)... » et : « Je déclare avoir connaissance qu'un délai de rétractation de sept jours m'est accordé par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, et qu'il court à compter du lendemain de la date de remise inscrite de ma main sur le présent acte, soit à compter du... ».

568 « La taxe sur la valeur ajoutée est perçue au taux réduit de 5,5 % en ce qui concerne: « ... »
11. Les livraisons d'immeubles et les travaux réalisés en application d'un contrat unique de construction de logements dans le cadre d'une opération d'accession à la propriété à usage de résidence principale, destinés à des personnes physiques dont les ressources à la date de la signature de l'avant-contrat ou du contrat préliminaire ou, à défaut, à la date du contrat de vente ou du contrat ayant pour objet la construction du logement ne dépassent pas les plafonds prévus à la première phrase du huitième alinéa de l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et situés dans des quartiers faisant l'objet d'une convention prévue à l'article 10 de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 précitée ou entièrement situés à une distance de moins de 500 mètres de la limite de ces quartiers... »

synonymes. Certains auteurs établissant le parallèle entre les deux notions, d'autres ne le font pas mais la typologie des contrats préparatoires de l'un correspondra à la typologie des avant-contrats d'un autre.

712. Notre acceptation limitée de la catégorie des contrats préparatoires vient du fait qu'il n'y a, pour l'heure, de régime juridique fondant cette catégorie à part entière. La catégorie des contrats préparatoires est une boîte à outils de contrats au service de la pratique plus qu'elle n'est une catégorie juridique.

Section III - La notion de contrat préparatoire : une catégorie pratique

713. La nature est « *ce qui définit en fait une chose ; sa nature réelle, parfois irréductible à toute catégorie. Ex. Contrat sui generis, de nature atypique* » ; « *plus spécifiquement, ce qui est normalement attaché à un acte juridique et qui répond à son caractère ordinaire ; se distingue en ce sens de l'essence (article 1135 Code civil)* »⁵⁶⁹. La nature est définie sous d'autres aspects : « *ce qui définit en droit une chose ; ce qui est de son essence, de sa substance au regard du droit* » et « *l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique* »⁵⁷⁰.

714. La nature est définie de différentes manières. Le problème est que la nature juridique n'est pas définie quant à elle. Seul l'est la nature. Est-ce un oubli volontaire, nous ne pouvons le savoir. Cette notion est alors discutable. Nous prendrons parti pour l'assimilation de la nature à la nature juridique, les définitions évoquant le caractère d'un acte juridique, la nature aura tendance à être juridique si elle définit une notion qui l'est, juridique. La nature peut être une chose et son contraire. En effet, la nature est aussi bien ce qui « *normalement attaché à un acte juridique et qui répond à son caractère ordinaire ; se distingue en ce sens de l'essence* » que « *ce qui est de son essence* ». La nature est donc ce qui est de l'essence de la notion à la fois et ce qui se distingue de son essence.

L'essence de la notion prise en tant que raison d'être que de la notion correspond

569 G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., PUF, 2005, p. 597

570 Ibid., p. 597

à la préparation du contrat définitif. L'essence de la notion de contrat préparatoire est de préparer ce contrat final. Elle existe pour cette raison, et uniquement pour cette raison. La nature se distingue de l'essence si nous prenons le terme « *essence* » dans son sens primaire, celui d'origine, l'origine de la notion n'est pas la préparation, cela ne fait pas de doute, c'est la pratique et la doctrine qui sont à l'origine de la notion. Dans une autre acceptation du terme, l'essence devient la raison d'être de la notion, ce qui est « *normalement attaché à un acte juridique et qui répond à son caractère ordinaire* », « *l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique* ». Cette essence est la préparation du contrat définitif. Il s'agit de l'essence explicative, d'une essence pédagogique de la notion.

La notion de contrat préparatoire est une notion utile pour caractériser la préparation du contrat projeté.

C'est « *ce qui définit en fait une chose ; sa nature réelle, parfois irréductible à toute catégorie* », nous ajouterions irréductible à toute catégorie existante. La notion de la notion n'est pas assimilable à une catégorie existante, à une catégorie usuelle prise en tant que qualification pour la simple raison que la notion de contrat préparatoire est elle-même une catégorie.

715. La nature est « *l'ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique* »⁵⁷¹. La nature de la notion de contrat préparatoire est de regrouper un ensemble de contrat ayant pour objet la préparation de la conclusion du contrat définitif entre des parties identiques lors de la conclusion de chacun de ces contrats. Ces critères distinctifs ont été dégagés au cours de nos développements, ce sont ces critères qui permettent l'identification des contrats préparatoires en tant que notion juridique, que la doctrine qualifie de catégorie. La notion de contrat préparatoire est une catégorie.

L'absence d'unité de régime conduit cette notion, cette catégorie, à perdre sa pertinence en tant que catégorie juridique. La catégorie a pour objet de regrouper des contrats mais surtout de permettre de classifier des contrats au régime identiques en un groupe commun permettant de savoir que tout contrat dans ce groupe sera soumis à telle régime, cette étiquette est utile et elle manque aux contrats préparatoires.

571 G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7^{ème} éd., PUF, 2005, p. 597

716. La mise en application du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats permettra alors la création d'un régime juridique commun à certain contrat de la catégorie, à savoir le pacte de préférence et la promesse unilatérale pour le moment, notamment grâce à une sanction commune lors de l'inexécution de ces contrats. La jurisprudence pourra alors étendre ce régime à d'autres contrats que nous avons inclus au sein de notre typologie des contrats préparatoires.

717. Pour l'heure, la catégorie des contrats préparatoires n'existe que par le biais des écrits de la doctrine sans pour être pertinente compte tenu du fait qu'il manque ce régime commun unificateur et que la doctrine n'a pas encore su dégager une typologie indiscutée de la notion de contrat préparatoire. Il est vrai qu'elle n'a que très peu essayé, énonçant plutôt avec plaisir des noms de contrats qu'elle rattache à la notion de contrat préparatoire sans justification, ou en la considérant synonyme de la notion d'avant-contrat.

718. La notion de contrat préparatoire reste qualifiable de catégorie, non pas une catégorie juridique mais une catégorie pratique permettant aux professionnels d'utiliser des contrats préparatoires, ces contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif.

CONCLUSION DU CHAPITRE

719. La distinction des contrats préparatoires des notions proches est difficile compte tenu des contours multiples qui entourent ces notions voisines. La notion d'avant-contrat est débattue par la doctrine depuis de nombreuses années sans pour autant parvenir à un accord. Chaque auteur donne à la notion d'avant-contrat un contenu différent, les typologies sont nombreuses. Le même constat ressort de notre étude de la notion de contrats préparatoires. Il n'y a pas de consensus autour de la notion, de nombreuses typologies différentes ayant été proposées ou pour être plus précis, de nombreux contrats sont cités lorsque les auteurs évoquent la notion, car elle n'est que évoquée la plupart du temps.

La comparaison de ces deux notions sans consensus s'avère donc délicate pour ne pas dire irréalisable en toute objectivité. Subjectivement, les deux notions sont très proches au point d'être synonymes pour certains auteurs. D'autres auteurs considèrent que l'une est une partie de l'autre ou encore certains arrivent à déceler une différence dans leur découpage des contrats de la période précontractuelle dans le sens où l'on se situe avant le contrat définitif.

Le même constat est fait avec la notion de contrat préliminaire, qui est parfois assimilé à la notion de contrat préparatoire, parfois placé en catégorie supérieure.

720. Nous constatons essentiellement que les deux notions ont une existence légale à la différence de celle des contrats préparatoires, les textes considérant les deux notions d'avant-contrat et de contrat préliminaire séparément. Nous avons admis que le contrat préliminaire pourrait être un contrat préparatoire aux vues des critères dégagés, ce qui impliquerait que le contrat préparatoire n'est pas un avant-contrat puisque le texte évoque l'un ou l'autre.

Nous ne pouvons cependant nous limiter à ce découpage, la notion de contrat préparatoire étant infiniment plus liée dans la doctrine à celle d'avant-contrat que à celle de contrat préliminaire. La notion de contrat préparatoire est ainsi un synonyme de celle

d'avant-contrat lorsque l'on tombe d'accord sur une typologie commune, ce qui n'est pas notre cas. Nous imaginons ainsi plus une catégorie des contrats préparatoires incluant un faible nombre de contrats, à savoir le pacte de préférence et la promesse unilatérale pour le jour où le projet d'ordonnance entrera en vigueur, et une catégorie des avant-contrats plus large incluant notre notion et l'ensemble des contrats étant rédigés avant la conclusion du contrat définitif.

721. Aujourd'hui, la notion de contrat préparatoire n'a pas vocation à exister aux côtés des autres notions si ce n'est pour remplacer la notion d'avant-contrat qui n'est pas des plus claires et dont la terminologie a déjà donné lieu à certaines critiques⁵⁷². La première est la plus légitime nous concernant serait celle de remplacer un terme traduit de l'allemand par un terme français plus précis et dont la compréhension est plus évidente pour le grand public.

⁵⁷² Outre sa provenance, ce terme a pu être interprété comme une période, prouvant par la même son imprécision terminologique.

CONCLUSION DU TITRE

722. La qualification des contrats sert essentiellement à les classer au sein d'une catégorie qui permettra alors de définir le régime de ces contrats. Le pacte de préférence, la promesse unilatérale de contrat, le contrat de négociation, le contrat-cadre, chaque contrat préparatoire pour la doctrine a été qualifié afin d'entrer dans une catégorie autre que celle propre aux contrats préparatoires. Celle-ci n'ayant de régime commun propre. Le but était de rechercher une éventuelle qualification autre que celle de contrat préparatoire, voir si les contrats pouvaient être regroupés au sein d'une qualification autre, que ce soit celle de contrat partiel, de contrat conditionnel, de contrat définitif tout simplement ou de contrat sui generis. Ces catégories bien définies n'ont pu accueillir l'ensemble des contrats préparatoires aux yeux de la doctrine. Ces contrats ne peuvent être qualifiés autrement que de contrats préparatoires car ils n'ont pas un régime commun qui leur permettrait d'avoir une autre qualification. En ce sens, la notion de contrat préparatoire est bien constitutive d'une catégorie puisqu'elle permet de classer un certain nombre de contrats en son sein. La notion est une notion juridique, elle réunit un certain nombre de contrat ayant des caractéristiques communes. La notion de contrat préparatoire est bien qualifiée de catégorie.

723. Seulement cette catégorie reste très proche d'autres catégories, ce qui rend sa remise en cause naturelle. Elle est remise en cause pour sa proximité avec l'avant-contrat ou le contrat préliminaire mais également pour son manque de pertinence en tant que catégorie juridique étant dénuée de régime commun. La notion de contrat préparatoire est une catégorie mais ce n'est pas une catégorie juridique, c'est une catégorie à destination professionnelle, une boîte à outils qui existe uniquement dans ce but jusqu'à aujourd'hui.

CONCLUSION DE LA PARTIE

724. La notion de contrat préparatoire existe aux yeux de la doctrine et de la pratique. Seule sa pertinence fait aujourd'hui défaut. L'absence d'unité de régime au sein de la notion de contrats préparatoires est un frein essentiel dans la définition classique de la catégorie pour la retenir en tant que telle. L'intérêt d'une catégorie est justement de parvenir à identifier le régime du groupe de contrats de cette catégorie, hors ceci n'est point possible avec les contrats préparatoires dont les régimes diffèrent. Notre typologie des contrats préparatoires n'a su mettre en avant un ensemble de contrat cohérent au sens du régime juridique applicable à la catégorie malgré nos critères d'identification préalables.

725. Le droit prospectif par le biais du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats apportera cette clarification nécessaire à la création d'un régime juridique commun à la catégorie des contrats préparatoires. Celle-ci sera dès lors très réduite, au nombre de deux contrats, que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat. Le régime unificateur de la catégorie sera basé sur une sanction commune à l'ensemble de la catégorie, une sanction identique pour toute inexécution des contrats préparatoires assurant la sécurité de ce genre de convention et la pertinence de la notion de contrat préparatoire.

726. Pour l'heure, la notion de contrat préparatoire doit malgré tout être qualifiée de catégorie, non pas au sens d'une catégorie juridique mais d'une catégorie d'objet où chaque contrat aura le même objet, à savoir la préparation de la conclusion du contrat définitif, une catégorie pratique pour les professionnels, une catégorie à vocation pédagogique pour faciliter la compréhension des étudiants, une catégorie future si elle remplaçait la terminologie allemande d'avant-contrat, une catégorie en devenir lorsque le projet d'ordonnance sera adopté.

727. Une catégorie de contrat ayant pour objet préparation de la conclusion du contrat définitif entre des parties identiques à chaque conclusion et ayant pour cause la conclusion du contrat définitif.

CONCLUSION GENERALE

728. Au terme de ce travail, l'existence de la notion de contrat préparatoire semble indéniable. La doctrine emploie cette notion sans y attacher d'importance particulière, sans en faire un sujet d'étude. Chaque auteur use de la notion de manière différente, propre à construire l'argumentation de ses développements. La notion recouvre différents aspects, différents contenus : c'est une notion vivante, évolutive au gré des créations de la pratique contractuelle. La notion s'adapte faute de définition légale et d'un usage jurisprudentiel anecdotique.

729. Caractériser la notion n'est pas une chose aisée, trouver des éléments d'identification objectifs se rapproche du sacerdoce. Le caractère contractuel de la notion de contrat préparatoire est indéniable et l'oppose à certains mécanismes juridiques proches mais n'ayant pas pour vocation d'être obligationnel tels que l'engagement d'honneur ou la lettre d'intention théorique. Nous avons pu observer que le contrat préparatoire peut naître lors des négociations mais également en dehors de toute négociation, constituant alors le point de départ de celles-ci. Il se distingue de l'offre de par un contenu n'ayant pas à être obligatoirement déterminée ou déterminable et en particulier par un contenu qui peut être différent de celui du contrat projeté.

730. La notion de contrat préparatoire recoupe l'ensemble des contrats ayant pour objet la préparation du contrat définitif. L'identification de l'objet du contrat préparatoire est admise par l'ensemble de la doctrine. Il s'agit de la préparation du contrat projeté. C'est ensuite que les distensions arrivent. Ce que l'on entend par la préparation du contrat dépendra largement de la volonté des auteurs d'inclure tel ou tel contrat au sein de la notion. La préparation correspondra à une obligation de faire le contrat définitif par des obligations de poursuivre ou d'entamer les négociations, des obligations d'aménager la négociation, des obligations de ne pas faire, de ne pas obliger

les parties à conclure le contrat définitif. Des limites existent ainsi à la préparation du contrat définitif : retarder le contrat définitif pourrait être une façon de le préparer par le jeu d'une condition mais l'assimilation des contrats sous conditions au contrat définitif conduit à exclure ce type de contrat de la notion, l'obligation de conclure le contrat définitif inséré dans un contrat limite le caractère préparatoire du contrat et nous a amené à exclure les contrats contenant ce type d'obligation. Nous avons fait le choix de nous rallier à une partie de la doctrine et de limiter les contrats préparatoires aux contrats conclus entre des parties identiques à celles qui devraient conclure le contrat définitif. Les contrats préparatoires sont des contrats ayant pour cause la conclusion du contrat définitif, c'est pourquoi les contrats préparatoires doivent être distincts du contrat définitif.

731. Nous avons dégagé quelques critères qui s'efforcent d'être les plus objectifs possibles. Prendre partie sans perdre son objectivité est difficile. Les difficultés inhérentes à la mise en exergue des critères d'identification a alors suscité la question de la pertinence de la notion. Certes, la notion existe mais sans avoir d'utilité juridique au sens théorique du terme. En effet, il n'existe pas de régime juridique unique et commun aux contrats préparatoires.

732. La notion est une catégorie. La notion de contrat préparatoire est une catégorie juridique regroupant un certain de nombre de contrats pour la doctrine. Chaque auteur adopte une typologie différente en fonction des limites qu'il entend fixer à l'objet des contrats préparatoires. Etablir une typologie d'une catégorie juridique sans avoir déterminée l'existence d'un régime commun réduit sa portée. La catégorie n'est pas pertinente de ce point de vue là. Cependant, on pourrait accepter de considérer qu'il s'agit d'une catégorie d'objets, regroupant les contrats ayant un objet commun, ce qui semble être le seul élément sur lequel on peut être certain d'obtenir un consensus de la doctrine. Mais cette catégorie devient alors pratique, telle une boîte à outils, le praticien viendra piocher tel ou tel contrat dans la catégorie des contrats préparatoires lorsqu'il cherchera un contrat ayant pour objet la préparation du contrat définitif, lorsqu'il rédigera un contrat précédant le contrat définitif. Rien ne lui assurera par la suite la sécurité de ce contrat car la catégorie n'aura pas cette vocation, rien ne lui permettra de

conclure sur le régime applicable à son contrat car la catégorie ne concernera que l'objet, il faudra ensuite distribuer un régime spécifique à chacun des contrats. Or, la véritable difficulté du rédacteur est de maîtriser les effets de son contrat plus que son objet qui est évident. C'est la parfaite maîtrise du régime qui assure la parfaite sécurité de la relation contractuelle. Ce que recherche le praticien, il ne le trouvera donc pas avec la catégorie des contrats préparatoires. La notion de contrat préparatoire est une catégorie pratique et pédagogique plus qu'une catégorie juridique recelant une notion unique.

733. Qui plus est, la notion se confond dans l'esprit de la doctrine avec d'autres notions voisines, en particulier celle d'avant-contrat. Nous considérons toutefois que la notion de contrat préparatoire mériterait d'exister à la place de celle d'avant-contrat. D'origine germanique, la notion d'avant-contrat n'ayant pas également de définition unique ne permet pas non plus d'appréhender clairement ce que pourraient être les avant-contrats. La notion de contrat préparatoire est donc terminologiquement plus adaptée à la qualification des contrats issus de la période précontractuelle, de la période précédant la conclusion du contrat définitif.

734. Il semble bien que chaque auteur se forge une terminologie qui lui est personnelle, propre à caractériser les conventions dont il traite. Dès lors, chaque dénomination n'abrite pas un concept unique, une notion juridique connue, une définition aux contours précis. Il semble ainsi que « *Pour tout dire, ces dénominations relèvent plus de l'imagination, de la science du mot au service de la pédagogie, que de la science du droit* »⁵⁷³.

735. Pour conclure, la notion de contrat préparatoire existe sans pertinence mais peut-être gagnera-t-elle en pertinence sous peu, dès que le projet d'ordonnance de la Chancellerie réformant le droit des contrats viendra modifier le droit positif. C'est alors que la catégorie des contrats préparatoires se dessinerait plus concrètement sous l'aspect de deux contrats que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat, soumis à un régime juridique commun en terme de sanction de leur inexécution,

573 F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse, 1988, p. 3.

admettant une réparation en nature. Cette catégorie des contrats préparatoires deviendrait alors une sous-catégorie de celle des avant-contrats qui regroupera l'ensemble des contrats et autres mécanismes juridiques préparant la conclusion du contrat définitif.

736. La probabilité est mince de voir apparaître la notion de contrat préparatoire aux côtés de celle d'avant-contrat, ou en lieu et place de celle d'avant-contrat, qui bénéficie d'une légitimité doctrinale, jurisprudentielle et légale certaines. Nous imaginons plus aisément que ce sera sous la terminologie d'avant-contrat que le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat seront qualifiés malgré les débats que peut susciter cette notion. Quoiqu'une lueur d'espoir soit apparue cette année, les récents commentaires doctrinaux du projet de réforme de la Chancellerie aient eu tendance à employer de plus en plus régulièrement la notion de contrat préparatoire en évoquant la sous-section 3, peut-être finira-t-elle par s'imposer.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

J.L. AUBERT

Le contrat, coll. Connaissance du droit, 3^e éd., 2005.

Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand Colin, Coll. U-droit, Sirey, Série Droit privé, 11^{ème} éd. 2006.

J.L. AUBERT et F. COLLART-DUTILLEUL, Le contrat, Droit des obligations, 4^{ème} éd., Dalloz, 2010.

P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, Droit civil – Contrats spéciaux. Ed. LexisNexis-Litec, 6^e. éd., 2008.

A. BENABENT

Droit civil, Les obligations, éd. Montchrestien – Lextenso, 14^{ème} éd., 2014.

Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 10^e. éd., 2013.

J.-L. BERGEL,

Méthodologie juridique, éd. PUF, 2001.

Théorie générale du droit, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012.

R. CABRILLAC, Droit des obligations, 8^e éd., Dalloz.

H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, éd. Dalloz, t. 2, 12^e. éd., 2008.

H. CAPITANT, De la cause dans les obligations, Dalloz, 1923

J. CARBONNIER, Droit civil, vol. 2, Les biens – Les obligations, éd. PUF Quadrige, 2004.

F. COLLART-DUTILLEUL et R. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, éd. Dalloz, 9^e. éd., 2011.

R. DEMOGUE,

Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, éd. A. Rousseau, 1911.

Traité des obligations en général – Sources des obligations, t. II.

Traité des obligations, Paris, t. V, éd. A. Rousseau, 1923.

Ch. DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, tome deuxième, Paris, 1878.

B. FAGES, Droit des obligations, éd. LGDJ, 3^e éd., 2011.

D. FERRIER, Droit de la distribution, éd. LexisNexis-Litec, 6^e éd., 2012.

J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX,
Droit civil - Les obligations, t. 1, L'acte juridique, éd. Sirey, 15^e éd., 2012.
Droit civil - Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, éd. Sirey, 7^e éd., 2011.

P. FOISSIN, Des promesses de vente, Thèse Toulouse, 1924

J. FRANÇOIS, Traité de droit civil – Tome 4 – Les obligations – Régime général, éd. Economica, 2^e éd., 2011.

J. GHESTIN,
La formation du contrat, éd. LGDJ, 3^e éd., 1993.
Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat.

J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, Traité de droit civil Les principaux contrats spéciaux, éd. LGDJ, 3^e éd., 2012.

C. LARROUMET,
Droit civil. Tome 3, Les obligations – Le contrat-1^{ère} partie – Conditions de formation, éd. Economica, 6^e éd., 2007.
Droit civil – Tome 3 – Les obligations – Le contrat – 2^{ème} partie – Effets, éd. Economica, 6^e éd., 2007.

P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, éd. Defrénois, 6^e éd., 2012.

P. MALAURIE, L. AYNES et R. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, éd. Defrénois, 5^e éd., 2010.

J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999.

M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Obligations, tome VI, LGDJ, 2^e éd., 1952.

M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, Obligations. Contrats. Sûretés réelles, tome II, revu et corrigé par Georges Ripert, avec le concours de Jean Boulanger, LGDJ, 3^e éd., 1949.

R.-J. POTHIER, Traité des obligations, Orléans, Vve Rouzeau-Montaut, nouvelle éd., 1777.

F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, Dalloz, 9^e éd., 2005.

G. VINEY et P. JOURDAIN, Traité de droit civil : les effets de la responsabilité, LGDJ,

2001, 2ème édition.

A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, Précis Dalloz, 1980.

OUVRAGES SPECIALISES ET THESES

L. AMIEL-COSME, Les réseaux de distribution, L.G.D.J., 1995.

D. AMMAR, Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur, thèse Paris I, 1990.

M.-E. ANCEL, La prestation caractéristique du contrat, éd. Economica, 2002, préf. L. AYNES.

M.-O. BARBAUD, La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle, LGDJ, 2014.

A. BARBASON, L'avant-contrat de distribution, thèse, Montpellier, 2008.

J. BARTET, Le pacte de préférence, Thèse Paris, Domat-Montchrestien, 1932

F. BENAC-SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente, éd. LGDI, 1983, préf. J. GHESTIN.

Ph. BECQUE, Le contrat de concession exclusive en droit interne, Thèse, Montpellier, 1985.

B. BEIGNER, L'honneur et le droit, LGDJ, 1995.

D. BONNET, Cause et condition dans les actes juridiques, LGDJ, 2005, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 449, texte remanié de thèse Reims, 2003.

P. BRESSOLLES, Théorie et pratique des dons manuels, thèse, Paris, 1885.

J. BRETILLARD, Le pacte de préférence, Thèse Paris, 1929

S. BROS, L'interdépendance contractuelle, th. Paris II, 2001, dir. C. LARROUMET.

P. CAROUS, La volonté unilatérale source d'obligations en droit privé moderne, thèse Lille 1938.

S. CARVAL, M responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, LGDJ, 1995, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 250, texte remanié de thèse Paris 1, 1993.

A. CERMOLACCE, Muse et exécution du contrat, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2001, texte remanié de thèse Aix-Marseille III, 2000

R. CHAABAN, La caducité des actes juridiques – Etude de droit civil, éd. LGDJ, 2006, préf. Y. LEQUETTE.

D. CHENU, Les clauses contractuelles autonomes, thèse, Tours, 2010.

F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles. Ed.

Sirey, 1988, préf J.-L. AUBERT.

Ch. CORGAS-BERNARD, résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, thèse Lille II, 2004.

M. COTTET, Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé, LGDJ, 2013.

M.-N. COURTIAU, Responsabilité contractuelle et inexécution (pour une autonomie de la responsabilité contractuelle), thèse Paris I, 2001,

M. DAGOT, Le pacte de préférence, éd. Litec, 1988.

P.-M. DELOMMEZ, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles, Thèse Lille, 1947

R. DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, éd. A. Rousseau, 1911.

J. DESCHAMPS, De la promesse de contrat, Thèse Paris, 1914

J.-P. DESIDERI, La préférence dans les relations contractuelles, éd. PUAM, 1997, préf J. MESTRE.

W. DROSS, Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, éd. LexisNexis-Litec, 2è. éd., 2011.

B. FAGES, Le comportement du contractant, préface Jacques Mestre, PU Aix-Marseille, 1997, Coll. Institut de C droit des affaires, texte remanié de : thèse Aix-Marseille 3, 1996.

P. FIESCHI-VIVET, La promesse de contrat, thèse Lyon, 1973.

F. GARRON, La caducité du contrat (étude de droit privé), éd. PUAM, 1999, préf J. MESTRE.

J. GATSI, Le contrat-cadre, LGD.J., 1996.

M. GENINET, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, th. Paris I, II et III, 1985, dir. P MALAURIE.

J. GHESTIN, Cause de l'engagement et validité du contrat, éd. LGDJ, 2006.

D. GRILLET-PONTON, Essai sur le contrat innommé, th. Lyon, 1982.

C. GRIMALDI, Quasi-engagement et engagement en droit privé – Recherches sur les sources de l'obligation, éd. Defrénois, 2007, préf Y. LEQUETTE.

Y. GUENZOU, La notion d'accord en droit privé, LGDJ, 2009.

X. HENRY, La technique des qualifications contractuelles, th. Nancy II, 1992.

D. HOUTCIEFF, Le principe de cohérence en matière contractuelle, éd. PUAM, 2001,

préf. H. MUIR-WATT.

F. LABARTHE, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, n° 249.

Y.-M. LAITHIER, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat. Ed. LGDJ, 2004, préf H. MUIR-WATT.

A. LASSOUED, les contrats préparatoires, thèse Strasbourg III, 1987.

M. LATINA, Essai sur la condition en droit des contrats, éd. LGDJ, 2009, préf. D.MAZEAUD.

A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, éd. PUAM, 1992, préf J. MESTRE.

E. LEDUC, Des avant-contrats, th. Paris, éd. A. Rousseau, 1909.

V. LONIS-APOKOURASTOS, La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, PUAM, 2003.

A.-S. LUCAS-PUGET, Essai sur la notion d'objet du contrat, éd. LGDJ, 2005, préf. M. FABRE-MAGNAN.

A. MIGNON-COLOM BET, L'exécution forcée en droit des sociétés, éd. Economica, 2004, préf Y.GUYON.

P. MOUSSERON, Les conventions sociétaires, éd. LGDJ – Lextenso, 2010.

J. NERET, Le sous-contrat, éd. LGDJ, 1979, préf. P CATALA.

Z. OTRI, La promesse unilatérale de contrat, Thèse Strasbourg, 1994.

J-F. OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux, LGDJ, 1969.

G. PUIG, La notion de négociation, Mémoire, Montpellier, 2009.

J.-L. RESPAUD, L'obligation de contracter dans le contrat-cadre de distribution, thèse Montpellier, 2000.

J. ROCHFELD, Cause type et contrat, th. Paris I, LGDJ 1999, préf. J. Ghestin

G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse ronéo Paris, 1965.

P. SABATIER, La promesse de contrat dans le droit du patrimoine, Thèse Montpellier, 1936

J.-P. SARTRE, L'existentialisme est un humanisme, Paris, Gallimard, 1996.

E. SAVAUX, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, LGDJ, 1997.

J.-J. TAISNE, La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th. Lille, 1977, dir. C. LABRUSSE-RIOU.

J.-M. VERDIER, Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Libr. Rousseau, 1955.

J. ZIELINSKI, La détermination des sanctions de l'inexécution d'un avant-contrat, Mémoire Lille 2, 2008.

REVUES, REPERTOIRES, RECUEILS ET DICTIONNAIRES

M. ANZIEU, La négociation, Revue acheteurs, novembre 1963.

R. ARAKELIAN, Action de préférence, Rép. Stés. Dalloz, septembre 2009.

O. BARRET, Promesse de vente, Rép. Civ. Dalloz, janv. 2011.

F. BENAC-SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente, Bibl. dr. priv. t. 77., LGDJ, 1983.

M. J. BONELL, The Unidroit Principles and the principles of european contract law, in An international restatement of contract law : the Unidroit Principles of international commercial contracts, Ardsley, NY, 2è. éd., 1997, Chapter 5.

L. BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats, RTD civ. 1949.

M. BRUSCHI, les promesses unilatérales de contrat, Lamy, Droit des contrats, sous la dir. de B. Fages.

R. CABRILLAC, Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions, JCP G 2008.I.190

P. CATALA, Deux regards inhabituels sur la cause dans le contrat, Defrénois, 2008

J.-P. CHAZAL, Théorie de la cause et justice contractuelle, JCP 1998.I.152

R. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : les risques de désordre. Droit et patrimoine décembre 1995, Etudes/Doctrine, p. 58.

L. COLLART-DUTILLEUL, Le pacte de préférence : entre retour à l'ordre et nouveau désordre, Revue des contrats, 1er octobre 2006, n° 4.

G. CORNU, Association H. Capitant, Vocabulaire juridique, 7ème éd., PUF, 2005.

V. COTTEREAU, la clause réputée non-écrite, JCP G, 1993.I.3691.

R. DEMOGUE,

Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, Rev. Trim. Dr. Civ. 1905.

Nature et effets des droits éventuels, Rev. Trim. Dr. Civ., 1906.

Les contrats provisoires, in Etudes de Droit civil à la mémoire de H. Capitant, 1938.

O. DESHAYES, Le dommage précontractuel, RTD com., 2004.

U. DRAETTA et R. LAKE, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI, 1993.

P. M. EISEMANN, Le gentlemen's agreement comme source du droit international, Journal de droit international, Clunet, 1979.

B. FAGES, Transmissibilité, mise en œuvre et sanction du pacte de préférence, RTD civ., 2007.

L. FIN-LANGER, L'équilibre contractuel, Bibil. Dr. Privé, t. 366, LGDJ, 2002, préf. C. Thibierge.

M. FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux.

T. GRANIER et V. ROUALET, Actions de préférence, J.-Cl. Stés, fasc. 1803, févr. 2006.

B. GROSS, Pourparlers, J.-Cl Contrats-distribution, Fasc. 20, n° 54.

F. GRUA, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats commutatifs et aléatoires, RTD civ., 1983.263-287.

D. HOUTCIEFF, Contribution à l'étude de l'intuitus personae, RTD civ., 2003.

M.-L. IZORCHE, Contrats conditionnels et définitifs, RTD com. 1998.

J.-D. WILFRID, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, rev. Trim. dr. Civ. 1976.

J. KULLMAN, Remarques sur les clauses réputées non-écrites, D. 93, chr. 59.

Ph. LE TOURNEAU, Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mélanges P. RAYNAUD, Paris, 1985.

L. LEVENEUR, Violation du pacte : la substitution se profile en théorie... , Revue Contrats, concurrence et consommation, août 2006, n° 8, p. 153.

D. MAZEAUD,
« La cause », in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz 2004.

Preuve de la mauvaise foi du tiers en cas de violation du pacte de préférence : c'est possible! , Revue des contrats, 1er juillet 2007.

Note sous Cass. Civ. 3E, 15 janvier 2003, 01-03700, Revue des contrats, 1er décembre 2003, n°1, p. 45.

S. MENU, « Réflexions sur le préjudice contractuel », L.P.A., 1er février 2006.

B. MERCADAL, Contrats et droits de l'entreprise, Mémento Francis Lefebvre 1998.

S. MESSAÏ-BAHRI, « La sanction de l'inexécution des avant-contrats au lendemain de l'avant projet de réforme du droit des obligations », L.P.A, 24 juillet 2006.

M. MIGNOT,
 Vente – Nature et forme – Promesse unilatérale de vente, J.-Cl. Civ., art. 1589, fasc. 20, août 2008.
 Vente-Nature et forme-Pacte de préférence, J.-C/. Civ., art. 1589, fasc. 30, août 2008.

J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Études offertes à A. JAUFFRET.

J.M. MOUSSERON et A. SEUBE, à propos des contrats d'assistance et fourniture, D. 1973.

I. NAJJAR, La rétractation d'une promesse unilatérale, D. 1997.

P. OPPETIT, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chronique XVII.

G. PEVTCHIN, La lettre d'intention, DPCI, 1979.

A. RIEG, La ponctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974.

H. ROLAND, Lexique juridique-Expressions latines, éd. LexisNexis-Litec, 2è. éd., 2002.

H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, éd. Litec, 4è. éd., 1999.

L. ROZES, Le projet de contrat, Mél. L. Boyer.

J. SCHMIDT,
 Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982.
 La sanction de la faute précontractuelle, RTD.civ. 1974.
 Promesse unilatérale de vente, Jur-class., art. 1589, fasc. 2.

D. STAPYLTON-SMITH, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir? , AJDI, 1996.

Fr. TERRE, La cause est entendue, JCP G 2008.

G. VINEY, Le conflit entre le droit du créancier à l'exécution en nature et l'obligation contractuelle et le respect des droits acquis par les tiers de bonne foi , Revue des contrats, 1er avril 2007.

A. ZELCEVIC-DUHAMEL, La notion d'économie du contrat en droit privé, JCP 2000.I.300.

OUVRAGES COLLECTIFS

P. CATALA et autres, Avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription, éd. La documentation Française, 2006.

O. DESHAYES (dir.). L'avant-contrat – Actualité du processus de formation des contrats, éd. PUF, 2008.

J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001.

J.-M. MOUSSERON, avec le concours de M.-L. IZORCHE, P. MOUSSERON et J. RAYNARD, Technique contractuelle, éd. Lefebvre 1999.

R REM Y-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.). Les concepts contractuels français : à l'heure des principes de droit européen des contrats, éd. Dalloz, 2003.

F. TERRE (dir.).

Pour une réforme du droit des contrats, éd. Dalloz, 2009

Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011

Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013.

JURISPRUDENCE

Orléans, 23 avril 1842, S. 1843.2.383

Paris, 13 février 1883, Gaz. Pal. 1883. II. 414.

Req., 1er déc. 1885, S. 1887.1.167, Grands arrêts, t. 2, n° 244

Paris 27 juillet 1928 : DP 1929. 2. 1, note Josserand.

Civ. 23 octobre 1945, D.46.19.

Aix-en-Provence, 20 février 1950

Civ., 24 octobre 1950, JCP 1951, IV.174.

Cass. 21 mai 1951, Bull. Civ. IV, 1951, p. 128, n° 168.

Cass. Civ., 15 juillet 1952, D., 1952.702

Paris, 12 décembre 1952, JCP G 1953.II.7650, note Juglart.

Cass. Civ. 1re, 18 oct. 1955, D. 1956, som. Com., p. 40

Cass. Civ. 4 mai 1957, Bull. Civ. I, n° 190

Cass. Soc. 24 mars 1958, JCP 1958.II.10868, note Carbonnier.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1961, aff. du taxi de Rio, Bull. civ. I, n° 7
Cass. Civ. 3^{ème}., 10 mai 1968, Bull.civ. III, n° 209.
Civ. 3E, 30 janvier 1970 : Bull. Civ. II, n° 83
Com. 10 janvier 1972, JCP 1973.II.17134 note Guyon.
Cass. Civ. 16 avril 1973, Bull. Civ. III, n° 287,
Cass., 3e civ., 27 juin 1973, Bull. Civ. III, n° 466
Paris, 6 mars 1976
Cass. Crim., 8 février 1977, Bull. Crim., n° 52, p. 120.
TGI Paris, 25 février 1977, Gaz. Pal. 1977.11.478
Trib. Com. Paris, 28 novembre 1977
Cass. Com., 3 mai 1978, Bull. civ. IV, n° 127
Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mai 1978, Bull. civ. I, n° 210
Paris, 23e ch. 21 février 1980, Juris.data n°103
Cass. 1er civ., 20 juillet 1981 : Bull. Civ. I, n° 267; RTD civ. 1982, p. 427, note P. Remy.
Civ. 3^{ème}, 7 janvier 1982, RTD.civ. 1982.600, obs. Chabas.
Paris 16e ch. 12 juillet 1982, Juris.data n°25902.
Cass. Civ. 3E, 26 octobre 1982, Bull. Civ. III, n° 208
Cass., 3e civ., 17 avril 1984, D. 1985, p. 234.
Douai, 30 mai 1984, JCPG 1986.11.20628, n. Th. Revêt
Cass. Com., 10 juillet 1984, Bull. Civ. IV, n° 226
Paris, 30 octobre 1984
Paris, 22 mars 1985
CA Paris, 30 avril 1985, RTD civ. 1985. 730, obs. J. Mestre
Cass. Com. 27 mars 1986, RTD civ. 1987, p. 88
Cass. Soc, 20 novembre 1986 ; JCP G 1987.II.20798, n. Th. Revêt
Com. 21 décembre 1987, D. 1989. 112, note J.-P. Brill
Com. 23 octobre 1990, Bull. Civ. IV, n° 256, JCP éd. G., 1991, II, 2168, note Ch.
Larroumet.
Cass. Com. 22 janvier 1991, D. 1991, Jur., p. 175, conc. JEOL (J.)
Cass. Com., 10 mars 1992, n° 90-11646.
Cass., 3^e civ., 20 mai 1992 : Bull. Civ. III, n° 152 ;
Cass. 3^{ème} civ. 15 décembre 1993, Bull. Cic. III, n° 174

Cass. Com., 12 juillet 1994, n° 92-19247.
Com. 4 octobre 1994, Bull. Civ. IV, n° 276
Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 269. 4
Cass. 3^{ème} civ. 26 juin 1996, D. 1997, somm., p. 169, obs. D. Mazeaud
Cass. Civ. 3^{ème}., 30 avril 1997, Bull. Civ. III, n° 96, p. 63, pourvoi n° 95- 17598, note GAUTIER (P.-Y.)
Cass., 3^e civ., 28 mai 1997, Contrats, conc., consom. 1997, n° 131, obs. L. Leveneur.
Cass. 3^{ème} civ. 24 mars 1999, Bull. Civ. III, n° 80
Cass. Com. 18 avril 2000, Contr. Conc. Consom. 2000, n° 123, obs. L. Leveneur.
Cass. Com. 6 juin 2000, RJDA, 2000, n° 950.
CA Paris, 25^e chambre, sect. A, 21 décembre 2001, arrêt n° 2001/09384.
Com., 2 juillet 2002, RTD.civ. 2003. 76, obs. Mestre et Fages.
Cass. Civ. 3^{ème}, 10 juillet 2002, rev. Loyers 2002 .562, obs. J. Rémy
Paris, 21 mars 2003, RTD civ. 2003.495, obs. J. Mestre et Fages.
Cass. 3^{ème} civ. 6 avril 2004, RDC 2004, p. 969, obs. F. Collart-Dutilleul.
Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, Bull. Civ. I, n°43; D. 2005. IR 387.
Com. 13 déc. 2005, Bull. Civ. IV, n° 256
Cass. Com., 2^{ème} ch., 21 janvier 2006.
Cass. Com. 28 février 2006, n° 04-14719, RLDC, n°35, p.32, obs. J. Mestre et B. Fages.
Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, Bull. Mixt. 2006, n° 4, p. 13, pourvoi n° 04-61051.
Ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. N° 4, p. 13
CA Douai, 2^{ème} ch., 20 juin 2006.
Cass. 3^{ème} civ. 28 juin 2006, n° 05-16084
CA Paris, 2^e chambre, sect. B, 26 octobre 2006, arrêt n° 2006/314982
Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2006, n° 05-18.421.
Com. 23 janvier 2007, Bull. Civ. IV, n° 12
Cass. 3^{ème} civ. 31 janvier 2007, Bull. Civ. III, n° 16
Com. 13 février 2007, RTD civ. 2007.567, obs. B. Fages
Cass. 3^{ème} civ. 14 février 2007, Bull. Civ. III, n° 25
Com. 5 juin 2007, n°04-20.380
Civ. 3^è., 15 décembre 2010, n° 09-15211.
Cass. Com., 18 janvier 2011, n° 09-72508.

Cass. Civ. 3^e, 11 septembre 2012, n° 11-22363.

Ch. Mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11.22.927.

Cass. Civ. 1^{ère}, 18 juin 2014, n° 12-29.065

Cass. Civ. 3^{ème}, 23 juin 2015, n° 13-27.733

Cass. Civ. 3^{ème}, 1^{er} juillet 2015, n° 14-18.244

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff. Affaire

aff. soc. affaire sociale

al. alinéa

Ann. Annales

art. article

Ass. Plén. Assemblée plénière

Bibl. dr. privé Bibliothèque de droit privé

Bibl. Dr. soc. Bibliothèque de droit social

Bull. Bulletin

Bull. civ. Bulletin des arrêts de chambres civiles de la Cour de cassation

Bull Joly des sociétés Bulletin Joly des sociétés

c. contre

CA Cour d'appel

Cass. ch. mixte Cour de cassation chambre mixte

Cass. com. Cour de cassation chambre commerciale

Cass. soc Cour de cassation chambre sociale

CCE Revue Communication Commerce électronique

C.E. Conseil d'État

CE Communauté européenne

chron. Chronique

Civ 1re Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ 2ème Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Civ 3ème Troisième chambre civile de la Cour de cassation

CJCE Cour de Justice des Communautés Européennes

coll. collection

Contra solution contraire

D. Recueil Dalloz

D. aff Recueil Dalloz affaires
DIP Droit international privé
doctr. doctrine
DP Recueil Dalloz périodique
DPCI Droit et pratique du commerce international
Dt et patr. Revue Droit et patrimoine

éd. édition

fasc. fascicule

GAJC Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. Gazette du Palais

Ibid. ibidem. au même endroit

In dans

Infra ci-dessous

IR Information rapide

J.-Cl. Juris-classeur

J.-Cl. Civil Juris-classeur civil

JCP G Juris-classeur périodique, édition générale

JCP E Juris-classeur périodique, édition entreprise

JCP N Juris-classeur périodique, édition notariale

Juris. Jurisprudence

La doc. française La documentation française

LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA Les petites affiches

obs. observations

Op. cit. Opere citato

p. page

PIBD Propriété industrielle bulletin documentaire

préc. précédent

préf. préférence

Propr. Intell Propriété intellectuelle

PUAM Presse Universitaire d'Aix-Marseille

PUF Presse Universitaire de France

RDC Revue de droit des contrats

Rep. civ. Répertoire de droit civil

Rep. not. Répertoire de droit notarial

Req. Chambre des requêtes de la cour de cassation

Rev Sociétés Revue des Sociétés

RIDA Revue internationale de droit administratif

RIDC Revue internationale de droit comparé

RRCA Revue Responsabilité civiles et assurances

RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. Revue trimestrielle de droit commerciale

S. Recueil Sirey

s. suivant

Somm Sommaire

spéc. spécialement

supra ci-dessus

T. Tome

TGI Tribunal de grande instance

TI Tribunal d'instance

Trad. Traduction

Trib. civ Tribunal civil

V. Voir

Vol. Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	8
PARTIE I - L'EXISTENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....	18
TITRE PREMIER – L'EMERGENCE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....	21
CHAPITRE I – UNE EMERGENCE DOCTRINALE SIGNIFICATIVE.....	23
Section I - Les fondements de la notion de contrat préparatoire.....	24
Paragraphe 1 - Des premières citations.....	25
Paragraphe 2 - A la création d'un courant de pensée ?.....	27
Section II - Différentes conceptions.....	29
Paragraphe 1 - Les conceptions doctrinales.....	29
A. Une classification complexe.....	29
B. Un courant de pensée évolutif : une notion liée à la promesse de contrat.....	32
C. Un courant de pensée évolutif : une notion ne pouvant se limiter aux promesses de contrat.....	35
1) Le courant de pensée maximaliste.....	35
2) Exclusion des promesses de contrat.....	48
D. Une notion assimilée à un accord partiel.....	52
Paragraphe 2 - Les prémisses de notre conception.....	55
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	58
CHAPITRE II – UNE EMERGENCE JURISPRUDENTIELLE TIMIDE.....	60
Section I - L'absence de définition légale.....	60

Section II - Quelques apparitions jurisprudentielles.....	61
Paragraphe 1 - Les arrêts de la Cour de Cassation.....	62
A. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 mars 1992.....	62
B. Une reprise factuelle de la notion.....	65
Paragraphe 2 - Jurisprudences des Juges du fond.....	71
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	75
CONCLUSION DU TITRE.....	76
TITRE SECOND – L'IDENTIFICATION DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....	78
CHAPITRE I – L'APPROCHE NEGATIVE DE LA NOTION.....	79
Section I - Distinction avec l'engagement d'honneur.....	79
Section II - Distinction avec la lettre d'intention.....	86
Paragraphe 1 - La déclaration d'intention théorique.....	87
Paragraphe 2 - La portée juridique pratique.....	89
Section III - Distinction avec l'offre.....	94
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	101
CHAPITRE II – L'APPROCHE POSITIVE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....	102
Section I - Les critères temporels délimitant la notion.....	102
Paragraphe 1 - Le point de départ de la notion.....	102
A. Dans le cadre des négociations.....	103
B. Le contrat préparatoire hors négociations.....	105
Paragraphe 2 - La fin du contrat préparatoire.....	107

A.	La fin par conclusion du contrat projeté.....	107
B.	La fin par rupture du contrat préparatoire.....	108
C.	La fin par arrivée du terme.....	108
D.	L'absence de fin : le contrat préparatoire à durée indéterminée.....	109
Section II -	Les critères objectifs délimitant la notion.....	113
Paragraphe 1 -	L'objet des contrats préparatoires.....	113
A.	La préparation d'un contrat.....	114
1)	Une étape.....	114
2)	Une obligation de faire : l'obligation de négocier ou d'aménager la négociation.....	116
3)	La préparation du contrat définitif.....	120
4)	Une identité de parties.....	122
B.	Les limites à l'objet du contrat.....	124
1)	Les contrats conclus avec les tiers.....	124
•	Les contrats de représentation.....	126
•	Les contrats d'étude préalable.....	130
•	Le devis.....	132
2)	Retarder est-ce préparer ?.....	135
3)	Préparer et obligation de conclure.....	137
Paragraphe 2 -	La cause du contrat préparatoire.....	142
A.	La formation du contrat définitif.....	145
B.	La confusion possible entre le contrat préparatoire et le contrat définitif.....	146
CONCLUSION DU CHAPITRE.....		150
CONCLUSION DU TITRE.....		151
CONCLUSION DE LA PARTIE.....		152

**PARTIE II - LA PERTINENCE DE LA NOTION DE CONTRAT
PREPARATOIRE.....154**

**TITRE PREMIER - L'ABSENCE D'UNITE DE REGIME AU SEIN DE LA
NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....156**

CHAPITRE I – L'ABSENCE D'UNITE EN DROIT POSITIF.....159

Section I - La nécessité d'une communauté de traits.....159

Paragraphe 1 - Un objet commun.....160

Paragraphe 2 - Une typologie sélective ?.....161

Section II - Le constat de la diversité.....170

**Paragraphe 1 - Les conditions de formation du contrat
préparatoire.....170**

A. Les conditions de forme.....170

1) Le principe du consensualisme.....171

2) Formes probatoires.....172

3) Formalisme fiscal.....174

B. Des conditions de fond totalement similaires ?.....176

1) La capacité.....176

• Incapacité spéciale.....180

**• Engagement d'une personne morale :
inopposabilité du défaut de pouvoir aux tiers.....181**

• Mandat apparent.....181

2) L'objet.....184

• La détermination de l'objet.....184

• Licite et morale.....186

C. La cause.....188

**Paragraphe 2 - L'inexécution des contrats préparatoires : un élément
déterminant de la catégorisation de la notion ?.....189**

A. Régime général de la sanction.....190

B.	L'exécution forcée des contrats préparatoires : un critère de démarcation ?.....	194
1)	L'exécution forcée d'un contrat de négociation.....	194
2)	L'exécution forcée d'une lettre d'intention.....	196
3)	L'exécution forcée du contrat-cadre.....	197
4)	L'exécution forcée du pacte de préférence.....	198
5)	L'exécution forcée de la promesse unilatérale.....	206
6)	Une extension possible à d'autres contrats ?.....	212
C.	L'exclusion de la sanction par exécution forcée du régime de la catégorie des contrats préparatoires.....	214
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	219
	CHAPITRE 2 – L'ABSENCE D'UNITE EN DROIT PROSPECTIF.....	220
Section I -	La catégorie des contrats préparatoires : un futur régime créateur issu des projets de réforme.....	220
Section II -	La catégorie des contrats préparatoires : un futur régime créateur issu du projet d'ordonnance de 2015.....	227
	CONCLUSION DU CHAPITRE.....	231
	CONCLUSION DU TITRE.....	233
	TITRE SECOND – LA REMISE EN CAUSE DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....	234
	CHAPITRE 1 – LA QUALIFICATION DE LA NOTION DE CONTRAT PREPARATOIRE.....	235
Section I -	Les qualifications envisagées.....	235
Paragraphe 1 -	L'opération de qualification.....	236

Paragraphe 2 -	La qualification des contrats préparatoires.....	238
A.	Le contrat préparatoire : un contrat partiel ?.....	239
B.	Le contrat préparatoire : un contrat conditionnel ?.....	243
C.	Le contrat préparatoire : un contrat définitif ?.....	249
1)	Un contrat définitif partiel ?.....	250
2)	Un contrat définitif conditionnel ?.....	251
3)	Un contrat définitif éventuel ?.....	257
D.	La qualification de contrat sui generis.....	260
Section II -	La qualification retenue.....	262
 CONCLUSION DU CHAPITRE.....		266
 CHAPITRE 2 – LA DISTINCTION DES CONTRATS PREPARATOIRES DES AUTRES CATEGORIES EXISTANTES.....		
Section I -		La distinction des catégories proches existantes.....
		267
Paragraphe 1 -	Les contrats préparatoires et les avant-contrats.....	268
A.	Les différentes conceptions des avant-contrats.....	268
B.	La comparaison de deux notions sans consensus.....	274
Paragraphe 2 -	Les contrats préparatoires et les contrats préliminaires.....	277
Section II -	La distinction débattue.....	280
Paragraphe 1 -	Des notions discutées.....	281
Paragraphe 2 -	Des notions synonymes en lutte.....	282
Paragraphe 3 -	Une distinction injustifiée ou injustifiable.....	284
Section III -	La notion de contrat préparatoire : une catégorie pratique.....	285
 CONCLUSION DU CHAPITRE.....		288
 CONCLUSION DU TITRE.....		290
 CONCLUSION DE LA PARTIE.....		291

CONCLUSION GENERALE.....	293
<u>BIBLIOGRAPHIE.....</u>	297
<u>PRINCIPALES ABREVIATIONS.....</u>	309
<u>SOMMAIRE.....</u>	313

RESUME :

La notion de contrat préparatoire est étudiée en tant que telle dans cette étude, plus que les contrats préparatoires individuellement. L'objectif était de découvrir la légitimité de la notion de contrat préparatoire. La notion de contrat préparatoire est une notion née de la doctrine, enrichie par la pratique, délaissée par la jurisprudence et inexistante dans le cadre de la loi. Ceci étant, la notion existe. Son identification n'est pas aisée. Elle est parfois assimilée à d'autres notions existantes telles que celle d'avant-contrat, parfois opposée à ces mêmes notions. Les contours de la notion de contrat préparatoire sont flous pour la doctrine, très partagée.

Définir des critères d'identification négatifs et positifs est une tâche complexe tant les contrats préparatoires diffèrent selon la conception que l'on en a. Des critères ont été dégagés. La notion de contrat préparatoire recouvre l'ensemble des contrats ayant pour objet la préparation de la conclusion du contrat définitif. Prise ainsi, la définition semble large et permet d'inclure un grand nombre de contrats.

L'étude de la pertinence de la notion de contrat préparatoire aboutit toutefois à une réduction drastique de ce qu'est la notion. L'absence de régime commun propre à la catégorie que pourrait être la notion de contrat préparatoire nous conduit à réduire sa pertinence à un usage pratique et pédagogique, la notion n'étant point pertinente en tant que telle. Tel est le cas tout au moins jusqu'à la prochaine réforme du droit des contrats qui pourrait créer un régime commun de sanction des contrats préparatoires propre à dégager des critères effectifs de la notion.

REFLEXIONS ON THE PREPARATIVE CONTRACTS:

The concept of preparatory contract is considered as itself in this work, more than preparatory contracts separately. The objective was to discover the legitimacy of the concept of preparatory contract.

The concept of preparatory contract is a concept born to the doctrine, enriched by practice, neglected by the courts and non-existent under the law. Whereas, the concept exists. His identification is not easy. It is sometimes equated with other existing concepts such as pre-contract, sometimes opposed to those concepts. The determination of the concept of preparatory contract is unclear for very divided doctrine.

Define negative and positive identification criteria is a complex task when the preparatory contracts differ so much depending on the conception that we have. Criteria have been cleared, the notion of preparatory contract covers all contracts relating to the preparation of the conclusion of the final contract. Taken like that, the definition seems wide and is used to include a large number of contracts.

Only the study of the relevance of the concept of preparatory contract eventually leads to a drastic reduction of what the concept is. The lack of clean common system to the category could be the notion of preparatory contract leads us reduce its relevance to practical and educational purposes, the notion being legally relevant points ; until the next implementation of the reform of contract law which could create a common system of punishment of preparatory own contracts to generate effective criteria of the concept .

Discipline : Droit privé

Mots-clés : Contrat préparatoire, avant-contrat, période précontractuelle, notion.

Centre du Droit de l'Entreprise
39, rue de l'Université
34000 MONTPELLIER