UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

# ESSAI SUR LA RUPTURE DES POURPARLERS EN DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS

## Analyse pluri-disciplinaire de la jurisprudence

Thèse présentée par Olivier BEDDELEEM

*soutenue le 16 novembre 2022*

## JURY

Grégoire Loiseau, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, directeur
Olivier Deshayes, Professeur à l'Université de Paris 10 Nanterre, rapporteur
Bruno Dondéro, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Christophe Jamin, Professeur à l'Ecole de droit de Sciences Po, rapporteur

# TABLE DES MATIERES

Introduction : ..... 1
PARTIE 1 : COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS EN ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 37
SOUS-PARTIE 1 : PRESENTATION DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 38
TITRE 1 : PRESENTATION DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 39
SOUS-TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DELICTUELLE ..... 42
SOUS-TITRE 2 : LES AUTRES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS EN DROIT FRANÇAIS ..... 71
TITRE 2 : PRESENTATION DU DROIT ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE ..... 95
SOUS-TITRE 1 : LA SANCTION DE LA RUPTURE DES POURPARLERS PAR LES ACTIONS DE COMMON LAW ..... 100
SOUS-TITRE 2 : LE RECOURS A L'EQUITY POUR SANCTIONNER UN COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL ..... 155
SOUS-PARTIE 2 : COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RUPTURE DES POURPARLERS ..... 195
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE EN L'ABSENCE DE DECLARATION PRECONTRACTUELLE ..... 198
SOUS-TITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'AVANCEMENT DES NEGOCIATIONS SUR LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES NEGOCIATIONS ..... 199
SOUS-TITRE 2 : LES CIRCONSTANCES LIEES AU COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL ..... 222
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES ..... 245
SOUS-TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES DECLARATIONS INFORMELLES EMISES AU COURS DE LA NEGOCIATION ..... 245
SOUS-TITRE 2 : LES OBLIGATIONS RESULTANT D'UN ENGAGEMENT PRECONTRACTUEL ..... 270
PARTIE 2 : ANALYSE PLURI-DISCIPLINAIRE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 316

SOUS-PARTIE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS EN DROITS FRANCAIS ET ANGLAIS ..... 317
TITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DES DECISIONS DE JUSTICES FRANCAISES ..... 322
SOUS-TITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE ET RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS ..... 322
SOUS-TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE ..... 334
TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES DECISIONS DE JUSTICE ANGLAISES ..... 340
SOUS- TITRE 1 : L'APPLICATION DE L'ANALYSE STATISTIQUE A LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ANGLAIS ..... 341
SOUS-TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ANGLAIS ..... 351
SOUS-PARTIE 2 : ANALYSE ECONOMIQUE ET PSYCHOLOGIQUE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 357
TITRE 1 : ANALYSE ECONOMIQUE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 357
SOUS-TITRE 1 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT, INSTRUMENT DE SOLIDARISME ET DE JUSTICE PRECONTRACTUELS ..... 365
SOUS-TITRE 2 : L'IMPORTANCE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES REVELEE PAR L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT ..... 407
TITRE 2 : ANALYSE PSYCHOLOGIQUE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 420
SOUS-TITRE 1 : COLLABORATION ET JUSTICE DANS L'ANALYSE PSYCHOLOGIQUE DES NEGOCIATIONS ..... 420
SOUS-TITRE 2 : L'APPLICATION PAR LA JURISPRUDENCE DES PRINCIPES DE COLLABORATION ET D'EFFET DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES ..... 438

# INTRODUCTION :

1. Le critère de la responsabilité pour rupture des pourparlers est important tant en droit français qu'en droit anglais. Le mythe d'une formation instantanée du contrat posé par les rédacteurs du Code civil en 1804 est remis en cause par l'ampleur de la jurisprudence relative à la phase précontractuelle. Souvent, la formation du contrat est précédée d'une phase de négociation plus ou moins longue à l'occasion de laquelle les parties vont engager des dépenses précontractuelles, consacrer du temps, émettre des déclarations, échanger des informations, prendre des engagements. Chacune de ces situations peut entraîner un préjudice subi par une partie si les négociations venaient à échouer. Le droit anglais comme le droit français présentent une certaine imprévisibilité pour les négociateurs. En droit français, le Code civil[1] impose une obligation générale de bonne foi pendant la négociation. Cette dernière pose une double difficulté. D'une part, elle se révèle trompeuse. Dans le sens commun, le terme de bonne foi véhicule en effet une certaine moralité. Or, de nombreuses hypothèses de responsabilité interviennent alors que les parties avaient observé un comportement moralement irréprochable. D'autres refusent la responsabilité alors que le comportement d'une partie était contraire à une attitude morale. D'autre part, il est difficile de circonscrire, et donc de prévoir, la responsabilité au moyen d'une telle obligation générale. Un négociateur pourra donc difficilement anticiper l'ampleur de sa responsabilité, notamment dans le cadre d'une négociation avancée. On peut illustrer cette affirmation par un exemple. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1998[2], des parties ont négocié pendant 4 ans la licence d'utilisation d'un brevet de conditionnement de médicaments. Faute d'accord entre les parties, la négociation a échoué à l'initiative de l'acquéreur. Le vendeur titulaire du brevet prétendait avoir subi un préjudice à hauteur de 4.000.000 francs. Si l'acquéreur consultait un avocat pour connaître l'ampleur de sa responsabilité potentielle, ce dernier ne pourrait pas fournir une réponse satisfaisante à son client en se fondant sur un principe général d'obligation de bonne foi précontractuelle. Il ne sera donc pas possible pour la partie qui rompt la négociation de prévoir si elle devra plutôt indemniser à hauteur de 4.000.000 francs, 2.000.000 francs ou ne subir aucune responsabilité du fait de la

[1] Code civil, article 1104
[2] Cass. Com., 7 avril 1998 (Sandoz c. Poleval), n° 95-20361, inédit

liberté contractuelle. Tout au plus l'avocat pourrait-il évaluer le risque de reconnaissance d'un contrat entre les parties, au moyen des règles de formation des articles 1101 et suivants du Code civil. Or, prévoir l'ampleur d'une telle responsabilité peut être un élément déterminant dans la décision de rompre, de continuer la négociation ou simplement d'engager ces pourparlers.

2. Le droit anglais ne fournit pas non plus une solution satisfaisante aux négociateurs. En effet, juges et auteurs posent comme principe presque sacralisé la liberté contractuelle. Les juges déclarent ainsi que « De manière générale, les parties sont libres de mettre fin aux négociations à tout moment avant que le contrat soit conclu, que ce soit pour une bonne ou une mauvaise raison ou même sans raison, sans risquer d'engager leur responsabilité »[3],[4]. Faisant écho au principe français, le juge *Lord Ackner* dans l'arrêt *Walford v. Miles* de 1992 déclare même qu'une obligation de bonne foi précontractuelle ne peut pas exister en droit anglais car elle est, de manière inhérente, contraire à la position de négociation des parties dans laquelle chacune va chercher son propre avantage[5]. Or, ce principe d'absence de responsabilité précontractuelle est tout aussi trompeur qu'une obligation générale de bonne foi précontractuelle. Les juges anglais ont en effet reconnu plusieurs exceptions à cette liberté contractuelle[6]. Ils sanctionnent de nombreuses situations factuelles dans lesquelles les juges français reconnaissent une responsabilité. Comme l'indiquait le juge Bingham J. dans l'arrêt *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd,* « Dans plusieurs systèmes de droit civil, et peut-être dans la plupart des systèmes en dehors du *common law*, le droit des obligations reconnaît et fait respecter un principe général selon lequel dans la négociation et l'exécution du contrat les parties devraient se comporter de bonne foi. Cela ne signifie pas seulement qu'elles ne doivent pas se décevoir, un principe que tous les systèmes juridiques doivent reconnaître ; son effet est plutôt

---

[3] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd* [2000] C.L.C. 324 (Queen's Bench Division), *per* Nicholas Strauss QC, *at* p. 340: "*[I]n general, parties are free to withdraw from negotiations at any time before a contact is entered into for good or bad reasons, or for none at all, without incurring liability*"

[4] L'ensemble des traductions sont de l'auteur

[5] *Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128, *per* Lord Ackner *at* p. 138, "*A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason".*

[6] G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, 2014, p. 66, "*merely because English law has no formal doctrine of pre-contractual obligation or culpa in contrahendo, this does not mean that it has never to deal with factual problems which a continental lawyer would classify as pre-contractual*".

mieux véhiculé par des termes métaphoriques tels que ‘être loyal’, ‘être correct’, ou ‘mettre ses cartes sur la table’. C’est dans l’essence un principe de relations justes et ouvertes. […] Le droit anglais ne s’est pas, de manière caractéristique, engagé dans un tel principe général mais a développé un ensemble de solutions éparses à des problèmes prouvés d’injustice. De nombreux exemples pourraient être donnés. L’*equity* est intervenue pour détruire des engagements anormaux. Le Parlement a suivi pour réguler les clauses d’exclusion de responsabilité et la forme de certains contrats. Le *common law* a apporté sa contribution, en décidant que certains types de contrats requièrent la plus haute bonne foi, en rendant irrécouvrables ce qui était présenté comme une estimation des dommages et intérêts mais était en réalité une pénalité déguisée, et de plusieurs autres manières »[7]. Le juge concluait : « Cela peut conduire à un résultat qui n’est pas très différent d’un principe général de bonne foi en droit civil, en tout cas en ce qui concerne la formation du contrat »[8]. Ici encore, un négociateur est donc incapable de prévoir l’effet de son comportement durant les pourparlers. Il prend un risque important s’il mène une négociation soumise au droit anglais en se basant sur le seul principe d’absence de responsabilité précontractuelle.

**PROBLEMATIQUE**

3. Quelles sont donc les ressemblances et différences entre les droits français et anglais de la rupture des pourparlers qui permettent d’expliquer la responsabilité pour rupture des négociations et de la rendre prévisible pour des négociateurs dans chacun de ces droits ?

**DÉFINITION DE LA RESPONSABILITÉ POUR RUPTURE DES POURPARLERS**

---

[7] *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433, p. 445: “*In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as "playing fair," "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table." It is in essence a principle of fair and open dealing. […] English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways”*.

[8] Ibid, p. 445: *“This may yield a result not very different from the civil law principle of good faith, at any rate so far as the formation of the contract is concerned”*

4. On définira dans cette thèse la responsabilité pour rupture des pourparlers comme celle subie par l'auteur de la rupture suite à un fait générateur survenu à l'occasion des pourparlers lorsque le contrat ne s'est pas matérialisé. Etudier la responsabilité pour rupture des pourparlers exige de donner le sens de la responsabilité pour rupture et de définir la notion de pourparlers.

5. La responsabilité est la sanction par un juge d'un fait générateur. On ne s'intéressera pas, au stade de l'introduction, au débat en droit français sur la question de savoir si le fait générateur de responsabilité relève d'une « faute » ou d'un « fait générateur » en application de la théorie du risque. On retiendra toutes les situations dans lesquelles les juges ont reconnu une responsabilité, quel que soit son fondement.

   Le dictionnaire *Westlaw* définit le terme de *liability* comme « le fait de devoir verser des dommages et intérêts résultant d'un acte causant un dommage, d'une obligation ou d'une dette »[9]. Seule la responsabilité juridique sera envisagée. On ne s'intéressera pas ici à la responsabilité morale, éthique ou religieuse que pourrait assumer une partie. On ne se limitera pas toutefois à l'octroi de dommages et intérêts, bien que cette thèse montre que ce sera la sanction privilégiée de la rupture des pourparlers. On englobera donc dans l'analyse les situations dans lesquelles les juges prononcent d'autres sanctions. La comparaison des droits français et anglais ne permet pas de lister ces différentes sanctions possibles du comportement précontractuel, des notions telles que l'*equity* en droit anglais permettant une diversité de sanctions qui dépassent la classification classique opérée en France entre les sanctions contractuelles et les sanctions extra-contractuelles. De manière générale, on retiendra derrière le vocable de responsabilité l'ensemble des sanctions prononcées par un juge en droit français et en droit anglais suite à la reconnaissance d'une responsabilité précontractuelle à l'occasion de la rupture des pourparlers.

   On se limitera à la responsabilité civile de droit privé en droit français. On ne n'intéressera donc pas à la responsabilité pénale, ni au droit public. Le droit anglais n'opère pas de distinction aussi marquée entre droit privé et droit public et certains

[9] "*The condition of being responsible either for damages resulting from an injurious act or for discharging an obligation or debt"*, Westlaw, « Liability », https://lawschool.westlaw.com/marketing/display/MI/155#12

arrêts anglais cités pourront mettre en jeu une relation ou des personnes qui conduiraient à l'application du droit public en France.

6. La rupture. L'objectif de cette thèse est de s'intéresser au fait générateur de la responsabilité pour rupture des pourparlers. L'attention sera dès lors portée sur le fait générateur de cette responsabilité plutôt que sur le lien de causalité ou l'évaluation du préjudice, même si ces éléments pourront apparaître dans l'analyse.
   On adoptera une conception large de la « rupture ». Ainsi, la responsabilité pourra exister quelle que soit la cause de la rupture. Elle pourra exister également quel que soit l'auteur de la rupture. En effet, il pourrait arriver qu'une partie rompe les négociations en raison du comportement de l'autre et que ce soit l'auteur de la rupture qui engage une action en responsabilité. Le simple échec des pourparlers, même sans qu'une partie provoque la rupture, fera également partie de l'analyse.

7. La période précontractuelle. S'intéresser à la rupture des pourparlers exige de définir en outre la notion de pourparlers. Tant le droit français que le droit anglais opèrent une distinction entre la phase précontractuelle et la phase contractuelle. Dans chacun des deux droits, c'est la conclusion du contrat qui entraîne la force obligatoire de celui-ci et entraîne en cas de non-respect les sanctions contractuelles. Il est donc cohérent de retenir ce critère de distinction. Les deux droits étudiés retiennent des définitions du contrat qui sont sensiblement différentes. La frontière entre le domaine contractuel et le domaine précontractuel pourra donc différer entre ces deux systèmes juridiques.

   L'objectif de cette thèse n'est pas de s'interroger sur la notion de contrat. On retiendra donc la définition propre à chaque système juridique. Certaines situations étudiées pourront donc être soumises à la responsabilité précontractuelle dans l'un des droits alors qu'elles seront soumises à la responsabilité contractuelle dans l'autre.

   On ne s'intéressera pas à la responsabilité résultant d'une offre et de sa révocation. Il s'agit d'une question à part entière qui nécessiterait à elle seule un travail de recherche et qui n'a qu'un lien indirect avec la responsabilité pour rupture des pourparlers. Il s'agit en revanche d'une piste de recherche intéressante pour un travail similaire basé sur les résultats de cette thèse.

On retiendra la définition du Professeur Mazeaud selon laquelle la période précontractuelle caractérise « non seulement tous les faits et les actes qui précèdent l'accord de volonté, mais aussi les différents contrats préparatoires qui anticipent, plus ou moins précisément, la conclusion du contrat définitif »[10].

Cette thèse focalise l'attention sur la rupture des pourparlers. On exclura donc les hypothèses de responsabilité dans lesquelles le fait générateur s'est produit pendant la période précontractuelle mais où le contrat s'est ensuite matérialisé. On ne traitera donc ni les obligations précontractuelles d'information, ni la responsabilité résultant d'un vice qui affecte la formation du contrat alors que celui-ci a été conclu, telles les hypothèses de défaut de validité du contrat (capacité, vice du consentement notamment)[11].

Définir la responsabilité pour rupture des pourparlers nécessite de définir les frontières, en droit français et anglais, du contrat.

## LA DEFINITION DU CONTRAT EN DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS

8. Si les droits français et anglais se fondent sur l'existence d'une offre et d'une acceptation, la définition du contrat peut différer entre ces droits, notamment en ce qui concerne l'effet d'une publicité, l'accord sur les termes essentiels ou la vision objective ou subjective du contrat.

9. Le droit français comme le droit anglais se fondent, pour reconnaître un contrat, sur l'existence d'une offre et d'une acceptation. L'article 1113 du Code civil dispose que « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ». A défaut d'accord sur la chose et sur le prix, le contrat n'est pas formé. Dans un arrêt du 19 juin 2020[12], des acheteurs

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

[11] Derrière le vocable de responsabilité précontractuelle, la plupart des juristes anglais ne distingueraient pas entre ces périodes et analyseraient l'ensemble des faits précontractuels générateurs de responsabilité. Voir par exemple P. Giliker, « *Pre-contractual liability in English and French Law* », Kluwer, 2002

[12] CA Paris, 19 juin 2020, n° 19/00547

d'un bien immobilier ont formé une proposition d'achat. Suite au mesurage du bien, inférieur à la surface annoncée, les acheteurs ont demandé la baisse du prix. Les vendeurs ont refusé et rompu les pourparlers. Les juges retenaient que le contrat n'est pas formé si les parties se sont entendues sur un prix mais que l'acheteur sollicite l'application d'un prix diminué suite au mesurage du logement qui fait apparaître une surface moindre. Dans un arrêt du 9 décembre 2019[13], une pharmacie est entrée en négociation avec une commune sur la création d'une maison médicale. Suite à plusieurs échanges envisageant une vente ou une location, la pharmacie a rompu les négociations. Les juges considéraient qu'il n'y a pas de contrat si les parties « n'ont pu trouver un accord ni sur une vente définissant clairement les prestations incluses dans le prix, ni sur le principe d'une location. Dans ces conditions, en l'absence d'accord des parties sur les modalités du prix, la commune de Quintenas n'est pas fondée à soutenir qu'il y aurait eu accord des volontés, et c'est à bon droit que le premier juge a considéré que le contrat de vente ne s'était pas formé ». Dans un arrêt du 12 novembre 2019[14], les acheteurs d'un bien immobilier ont engagé des pourparlers avec un vendeur. Ils ont émis une proposition d'achat « aux charges et conditions qui seront prévues dans un compromis de vente à signer dans un délai de 15 jours à compter de la présente offre d'achat » non acceptée par le vendeur. 10 jours plus tard, les vendeurs ont refusé de signer pour vendre à un autre acheteur. Les juges retenaient que « les vendeurs n'ont pas expressément accepté la promesse. La saisine du notaire aux fins d'établissement d'un projet de compromis de vente sur le contenu duquel les parties devaient s'accorder ne caractérise pas une acceptation tacite de la promesse. Il ne peut se déduire de cette saisine l'expression d'une acceptation de la vente, les charges et conditions n'en étant pas convenues à cette date. A l'expiration du délai de quinzaine, les parties n'ont pas convenu de la vente. Il s'ensuit que Madame Sandrine M. et Monsieur Alexandre T. ne sont pas fondés à soutenir que la vente à leur profit des biens était parfaite alors que faute de signature du compromis, la promesse de vente était devenue caduque ».

La *House of Lords* rappelait dans l'arrêt *Gibson v Manchester City Council*[15] que le principe reste en droit anglais la recherche d'une offre et d'une acceptation. En

[13] CA Nîmes, 5 décembre 2019, n° 18/02100
[14] CA Poitiers, 12 novembre 2019, n° 19/01674
[15] *Gibson v Manchester City Council* [1979] UKHL 6, Lord Diplock, "*My Lords, there may be certain types of contract, though I think they are exceptional, which do not fit easily into the normal analysis of a contract as*

l'espèce, la déclaration d'une commune selon laquelle elle « pourrait être prête à vendre » et invitait l'autre partie à faire une demande formelle d'achat n'a pas été jugée constitutive d'une offre.

La frontière entre pourparlers, offre et contrat n'est pas toujours aisée à définir. Ainsi, dans un arrêt du 21 septembre 2021[16], la cour d'appel de Riom rappelait en matière de contrat de travail que « Tout recrutement est généralement précédé d'un certain nombre d'échanges. Le recruteur définit un poste soumis à l'embauche, et généralement le lieu d'exécution du travail ainsi que la rémunération prévue. Les candidats répondent pour postuler à cet emploi. Des entretiens ont lieu, au cours desquels les interlocuteurs entrent de plus en plus dans les détails. Mais, à partir d'un certain moment, ce qui n'était que des pourparlers n'engageant pas les interlocuteurs change de nature pour devenir une offre de contrat de travail ou une promesse unilatérale de contrat de travail. Il faut donc se situer en cas de litige : stade des pourparlers ou offre de contrat de travail ou promesse unilatérale de contrat de travail ». Dans un arrêt du 16 septembre 2021[17], l'associé d'une société a proposé à un autre de lui racheter ses parts. Un « deal » est intervenu entre eux. Toutefois, l'associé a vendu ses parts à un tiers. Les juges considéraient qu'il « résulte des pièces au dossier et notamment d'un courriel du 10 mars 2017 de M. O.-S. de la société Truffle qu'un 'deal' avait été conclu entre les parties sans que, ainsi que le souligne le tribunal de commerce de Paris, il soit possible de déterminer s'il s'agissait d'un 'gentleman agreement' dont les conditions détaillées restent à négocier ou d'un accord ferme et définitif. Par ailleurs, lorsque M. B. a adressé le 10 mars 2007 à la société Truffle un résumé de la réunion qui s'était tenue le jour même, cette dernière a répondu : « cela ne reflète pas 100 % du deal que nous avons conclu'. Il résulte de l'ensemble de ces documents que l'accord n'était pas totalement finalisé et en conséquence c'est à juste titre que les premiers juges ont débouté M. B. de sa demande d'exécution forcée de l'accord ».

---

*being constituted by offer and acceptance; but a contract alleged to have been made by an exchange of correspondence between the parties in which the successive communications other than the first are in reply to one another, is not one of these. I can see no reason in the instant case for departing from the conventional approach of looking at the handful of documents relied upon as constituting the contract sued upon and seeing whether upon their true construction there is to be found in them a contractual offer by the corporation to sell the house to Mr. Gibson and an acceptance of that offer by Mr. Gibson*".

[16] CA Riom, 21 septembre 2021, n° 20/00141

[17] CA Paris, 16 septembre 2021, n° 19/11665

Les juges français et anglais ont adopté une définition souple de l'offre et de l'acceptation[18].

10. L'effet d'une publicité. L'effet d'une publicité peut être différent entre le droit français et le droit anglais. Cette différence peut être illustrée par une situation factuelle. Maltzkorn, le propriétaire d'un terrain, a fait paraître dans un journal une publicité pour vendre sa ferme pour le prix de 25.000 francs. M. Braquet a notifié son intention d'acheter au prix convenu et demandé la régularisation de la vente.

    En droit français, une offre faite au public a un effet obligatoire. Ainsi, l'acceptation suffit à former le contrat. Toutefois, cette offre ne subsiste que tant que le bien n'a pas été acheté. Une fois qu'un acheteur a accepté, le contrat est formé et l'offre disparaît vis-à-vis des autres acheteurs potentiels. Dans l'arrêt du 28 novembre 1968[19] qui a inspiré cette situation factuelle, l'offre contenait l'ensemble des éléments de validité d'une offre et son acceptation suffisait donc à la formation du contrat. Aussi, comme l'a décidé la Cour de cassation, à moins de prouver l'absence d'intention de s'engager ou l'existence de réserves, l'acceptation émise par Braquet suffisait à former le contrat.

    En droit anglais, une offre faite au public n'a en principe aucun effet obligatoire. Il s'agit d'une invitation à entrer en pourparlers. Elle sera alors analysée comme une *representation* en droit anglais et entraînera au mieux une indemnisation du préjudice subi. Toutefois, si cette publicité comporte suffisamment d'éléments et l'intention de s'engager, cette publicité pourrait constituer un engagement contractuel, comme l'a décidé la *Court of appeal* dans l'affaire *Carlill v. Carbolic Smoke Ball*[20].

---

[18] Voir infra. Voir pour le droit anglais : R. Stone, "*Forming Contracts without Offer and Acceptance, Lord Denning and the Harmonisation of English Contract Law*" [2012] 4 Web JCLI

[19] Cass. 3ème civ., 28 nov. 1968 (Maltzkorn v. Braquet), Bull civ. III, n°507

[20] *Carlill v. Carbolic Smoke Ball* [1893] 1 QB 256. Madame *Carlill* a acheté un médicament contre la grippe, the *Carbolic Smoke Ball*, commercialisé pas la *Carbolic Smoke Ball Company*. La publicité indiquait que ce médicament était efficace contre la grippe et pour le prouver le laboratoire déclarait qu'il verserait £100 à toute personne qui achèterait la *Carbolic Smoke Ball* et déclencherait néanmoins la grippe et qu'il avait déposé £1000 de garantie sur un compte bancaire. Madame *Carlill* a acheté la *Carbolic Smoke Ball* et est néanmoins tombée malade. Elle a demandé le versement des £100. La *Court of appeal*, considérant que l'ensemble des éléments de formation d'un contrat étaient remplis, et notamment l'intention de s'engager matérialisée par le dépôt de garantie, a jugé que la publicité constituait une offre qui avait été acceptée par Mme *Carlill* lorsqu'elle avait acquis la *Carbolic Smoke Ball*. Madame *Carlill* pouvait donc exiger l'exécution du contrat. Pour une solution similaire en droit français : Cass. 1ère civ., 6 mai 2010, n° 08-14461, « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant »

On pourra donc être lié par un contrat suite à l'émission d'une publicité en droit français alors qu'on sera encore en principe en période précontractuelle en droit anglais. Le droit français et le droit anglais retiennent également des définitions sensiblement différentes du contrat.

11. L'accord sur les éléments essentiels. Tant en droit français qu'en droit anglais, les parties doivent s'être entendues sur les éléments essentiels du contrat. Toutefois, les contours de cet accord sur les éléments essentiels diffèrente entre ces deux droits.

12. En droit anglais, le juge Lord Buckmaster rappelait dans l'arrêt *May & Butcher* v *R,* qu'il fallait un accord sur les termes essentiels du contrat[21]. Si des questions essentielles sont laissées à un accord ultérieur, alors il n'existe pas de contrat[22]. C'est la *mirror rule*. La mise en place d'un mécanisme peut toutefois permettre de déterminer les termes, comme l'ont décidé les juges dans l'arrêt *Gray v. Edinburgh University*[23]. L'accord sur les termes essentiels peut suffire à former le contrat, même si d'autres clauses restent à négocier. Ainsi, dans l'arrêt *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmBH*, le juge Lord Clarke estime que « La question de savoir si les parties sont liées par un contrat, et selon quelles clauses, dépend de ce sur quoi ils se sont entendus. Cela ne dépend pas de leur état d'esprit subjectif mais de la prise en compte de ce qui a été communiqué par des mots ou le comportement, et de la question de savoir si cela conduit objectivement à la conclusion qu'ils ont eu l'intention de créer une relation juridique et se sont entendus sur l'ensemble des clauses qu'ils regardaient ou que le droit regardait comme essentiels à la formation de relation juridiquement contraignantes. Même si certaines clauses n'ont pas été finalisées, une analyse objective de leurs mots et comportements peut conduire à la

[21] *May & Butcher* v *R* [1934] 2 KB 17, p. 20 "*It has long been a well recognized principle of contract law that an agreement between two parties to enter into an agreement in which some critical part of the contract matter is left undetermined is no contract at all. It is of course perfectly possible for two people to contract that they will sign a document which contains all the relevant terms, but it is not open to them to agree that they will in the future agree upon a matter which is vital to the arrangement between them and has not yet been determined.*"

[22] *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor [*2008] ScotCS CSOH_140, &47 *"« It is trite law that for there to be a concluded contract, there must be agreement between the parties on the essentials of that contract. If essential matters are left over to be agreed later, there is no concluded agreement*"

[23] *Gray v University of Edinburgh* [1962] ScotCS CSIH_1. *Gray*, bailleur, est entré en négociation pour un bail avec *Edinburg University*. Ils ont prévu de s'entendre sur un loyer « *reasonable or fair market rent* ». Toutefois, il subsistait un désaccord sur le prix et la durée n'était pas négociée. Le juge *Lord Justice Clerk* décida qu'il n'y avait pas d'accord car les parties étaient en désaccord sur le prix et la durée, deux éléments essentiels, et que la clause visant un loyer « *reasonable ou fair market rent* » était inapplicable car il n'existait « *no machinery* »

conclusion qu'ils n'avaient pas l'intention de faire de ces clauses une condition de leur engagement »[24].

L'intention des parties jouera un rôle important. La première question est celle de savoir si les parties ont l'intention d'être liée. Dans l'arrêt *Aisling*, le *juge Lord Glennie* déclarait que « la question de savoir si un accord a été atteint sur l'ensemble des termes essentiels se confond avec la question de savoir si les parties avaient l'intention de s'engager »[25]. Cette intention doit exister de la part de chacune des parties au contrat. Le juge ajoutait que « le test de ce qui est ou non essentiel, dans le sens de nécessitant l'accord des parties pour avoir un contrat, est subjectif et non pas objectif. […] Une question qui objectivement ne paraîtrait pas essentielle à la formation d'un contrat peut être vue par les parties comme un point sur lequel les parties exigent un accord avant d'être liées par un contrat »[26]. Il en résultait dans cette affaire qu'un contrat pouvait être considéré comme formé même si les parties ne s'étaient pas entendues sur le prix. Dans l'arrêt *Pagnan SpA* v *Feed Products Ltd*, le juge *Lloyd LJ* décidait qu'on « dit parfois que les parties doivent s'entendre sur les termes essentiels et que seuls les détails peuvent être laissés à une négociation ultérieure. Mais cette notion est trompeuse, car le mot « essentiel » est ambigu. Si on considère qu'est essentiel un terme sans lequel le contrat ne peut pas exister alors cette proposition est correcte : le droit ne peut pas donner de force à un contrat incomplet »[27]. *Lloyd LJ* continuait : « c'est aux parties de décider si elles veulent être

---

[24] *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller GmBH* [2010] UKSC 14 at &45 per Lord Clarke: *"The general principles are not in doubt. Whether there is a binding contract between the parties and, if so, upon what terms depends upon what they have agreed. It depends not upon their subjective state of mind, but upon a consideration of what was communicated between them by words or conduct, and whether that leads objectively to a conclusion that they intended to create legal relations and had agreed upon all the terms which they regarded or the law requires as essential for the formation of legally binding relations. Even if certain terms of economic or other significance to the parties have not been finalised, an objective appraisal of their words and conduct may lead to the conclusion that they did not intend agreement of such terms to be a pre-condition to a concluded and legally binding agreement."*

[25] *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor* [2008], op. cit., &52 "*the question of whether agreement has been reached on all the essential terms necessary for there to be a concluded agreement overlaps considerably with the logically prior question of whether or not the parties had the intention there and then to enter into a binding agreement*"

[26] Ibid. &49: "*the test of what is or is not "essential", in the sense of needing to be agreed before the parties will be held to have concluded a bargain, is subjective, not objective*" ; &50 " *A matter which objectively might not appear to be one of the essentials of the contract may be regarded by the parties themselves as something which they require to agree before they are to be bound*"

[27] *Pagnan SpA* v *Feed Products Ltd* [1987] 2 Lloyd's Rep. 601, Lloyd LJ p. 619 "*It is sometimes said that the parties must agree on the essential terms and that it is only matters of detail which can be left over. This may be misleading, since the word "essential" in that context is ambiguous. If by "essential" one means a term without which the contract cannot be enforced then the statement is true: the law cannot enforce an incomplete contract*".

liées et, dans ce cas, selon quels termes, qu'ils soient importants ou non. Ce sont les parties qui sont les 'maîtres de leur sort contractuel' ». Dans l'arrêt *Aisling v. Persimmon*, Lord Glennie, après avoir rappelé qu'il fallait tomber d'accord sur les termes essentiels, insistait sur le fait que « toutefois, pour donner effet aux attentes du commerce, les tribunaux ont fait en sorte de confirmer des contrats plutôt que de décider qu'ils étaient inapplicables »[28]. Dans l'arrêt *R & J Dempster* v *Motherwell Bridge and Engineering Co.*, Lord Clyde décidait que « si un tribunal doit interpréter un contrat commercial rédigé dans des termes qui sont *prima facie* obligatoires, il préfèrera une interprétation qui rend ce contrat efficace. Car l'essence du commerce est de faire des affaires, et les contrats inefficaces sont l'exception et non la règle »[29].

Les tribunaux anglais se fondent sur une approche globale des négociations pour déterminer si un contrat a été conclu. Dans l'arrêt *Kilkarne v. Targetfollow*, le juge procède à une analyse globale pour déterminer s'il existe un contrat[30]. Il faut prendre en considération l'ensemble des correspondances échangées[31]. Dans l'arrêt *Marshall & Company v. Nicoll & Son*, le juge Viscount Cave analyse ainsi le détail des éléments de preuve pour déterminer si le contrat a été conclu. Il en déduit que « chacun des documents échangés entre les parties contenait des expressions qui laissaient la question, contrat ou pas de contrat, à être déterminée par des communications ultérieures, et si à un moment de la correspondance une partie avait souhaité mettre fin aux négociations, elle aurait eu la liberté de le faire »[32]. Dans l'arrêt *An Cumann v. Albion*, le juge Edwards refusait ainsi l'existence d'un contrat au

---

[28] *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor* [2008] ScotCS CSOH_140, &48 "*At the same time, however, in order to give effect to the expectations of commercial men, the courts have been astute to seek to uphold bargains rather than to hold that they are unenforceable*"

[29] *R & J Dempster* v *Motherwell Bridge and Engineering Co.* 1964 SC 308, at pp.327-8: *"... when a court of law is asked to construe a commercial arrangement couched in terms which are prima facie obligatory, and which are acted on by the parties as obligatory, the court will prefer a construction which gives the contract binding effect. For the essence of commerce is making bargains, and unenforceable arrangements are the exception and not the rule.*"

[30] *Kilcarne Holdings Ltd v Targetfollow (Birmingham) Ltd & Anor* [2004] EWHC 2547 (Ch): "*if I look at "the big picture", it is clear, to my mind, that no binding contract could have come into existence on 1 February*"

[31] *Hussey v. Horne-Payne* (1879) 4 App. Cas. 311, p.316, Lord Cairns LC: *"... it is one of the first principles applicable to a case of the kind that where you have to find your contract, or your note or memorandum of the terms of the contract in letters, you must take into consideration the whole of the correspondence which has passed*"

[32] *Marshall & Co. v. Nicoll & Son* [1919] UKHL 615, p. 617 "*Each of the documents referred to contained expressions which left the question, contract or no contract, to be determined by some subsequent communication, and if at any point during the correspondence either party had desired to withdraw from the negotiations he would have been at liberty to do so. The appellants in effect withdrew on the 6th October*"

motif que « le nombre et la complexité des points restant à négocier me conduit à douter qu'ils auraient pu être résolus aisément postérieurement[33].

13. Comme en droit anglais, le droit français impose souvent un accord sur les termes essentiels du contrat. Le caractère essentiel des termes peut résulter de la négociation entre les parties. Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 2002, la Cour de cassation décidait « que la promesse de vente renfermait une clause claire et précise stipulant que la date fixée pour la signature de l'acte notarié le 10 juin 1997 n'était pas extinctive mais constitutive du point de départ à partir duquel l'une des parties pourrait obliger l'autre à s'exécuter et ne faisait pas du paiement du prix à la date convenue une condition de l'existence de la vente, et retenu l'accord des parties sur la chose et sur le prix »[34]. Le contrat était donc formé dès la promesse et la réitération n'était pas une condition de formation du contrat.

Toutefois, les contours peuvent être différents du droit anglais, notamment quant à l'exigence du prix. Le droit français exige en matière de vente que les parties se soient entendues sur le prix pour reconnaître un engagement contractuel. Le Code civil est clair. Selon l'article 1591, « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties » et « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a accord sur la chose et sur le prix ». Ainsi, l'accord sur le prix est un élément déterminant de la validité d'un contrat. L'article 1709 du Code civil prévoit pour sa part que « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Contrairement au droit anglais, l'accord sur le prix est une condition *sine qua non* de la reconnaissance d'un contrat. C'est ce que rappelle la Cour de cassation de manière constante. Dans un arrêt du 11 juin 2014[35], par exemple, des candidats acquéreurs sont entrés en négociation avec le propriétaire d'un appartement. Après être tombés d'accord « en tous points » avec le vendeur, les acquéreurs ont sollicité la

---

[33] *IEHC An Cumann Peile Boitheimeach Teorenta v Albion Properties Ltd & Ors* [2008] 447: "*The number and complexity of the outstanding matters leads me to seriously doubt that they would all necessarily have been agreed with ease ex post facto. Moreover, there was no specific mechanism in place for their agreement, or for something like arbitration in default of agreement*"

[34] Cass. 3ème civ., 20 mars 2002, n° 00-13888, inédit ; voir aussi Cass. 3ème civ., 6 novembre 2001, n° 00-12654, inédit ; Cass. 1ère civ., 9 décembre 2010, n° 09-71205 ; Cass. 3ème civ., 29 novembre 2000, n° 98-20502, inédit ; Cass. 3ème civ., 12 octobre 1994, n° 92-18759, inédit

[35] Cass. 3ème civ., 11 juin 2014, n° 13-18869, inédit

réalisation de la vente. La Cour de cassation a toutefois relevé que ceux-ci n'apportaient pas la preuve d'un accord sur le prix et que par conséquent aucun contrat ne pouvait être formé même si l'ensemble des autres points avaient fait l'objet d'un accord[36]. La Cour de cassation fait parfois preuve de souplesse. Ainsi, dans un arrêt du 3 mai 2018[37], des parties avaient signé une promesse synallagmatique de vente de terrains au prix de 1.200.000 euros, converti en l'obligation à la charge de l'acquéreur de revendre au vendeur une parcelle de 3 000 mètres carrés, de construire sur cette parcelle une maison suivant le descriptif de l'architecte désigné à l'acte et de rénover la maison d'habitation ancienne suivant le descriptif annexé. La Cour de cassation a décidé que le contrat prévoyant que le prix de la parcelle revendu au vendeur étant égal à la différence entre le prix global de 1.200.000 euros et le montant cumulé des travaux de rénovation-réhabilitation de la maison existante et de celle à construire, le prix de vente était déterminé et le contrat était donc valable. Inversement, malgré un accord sur la chose et sur le prix, le contrat ne serait pas conclu si sa conclusion était subordonnée à un accord sur d'autres éléments essentiels. Ainsi, dans un arrêt du 19 janvier 2017, la Cour de cassation décidait « qu'ayant souverainement retenu, sans dénaturation, que l'acte du 18 avril 2011 comprenait, outre la vente du lot litigieux, la scission ou l'annulation de la copropriété, qui avait été valablement incluse dans le champ contractuel et qui était un élément déterminant du contrat, la cour d'appel […] a pu en déduire que, faute de rencontre des volontés, la promesse de vente ne valait pas vente »[38].

L'application des article 1591 et 1709 du Code civil conduit les juges à considérer que l'accord sur la chose et sur le prix est une condition suffisante à la formation du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 28 octobre 2009[39], un bailleur et un preneur s'étaient entendus sur les termes d'une location mais n'avaient pas fixé de date d'effet de la convention. La cour d'appel avait refusé de reconnaître un contrat, au motif que l'acceptation d'une offre de bail ne peut valoir bail que si cette dernière comporte l'ensemble des éléments essentiels à la convention intervenue et spécialement les précisions nécessaires quant à la chose en faisant l'objet, au prix et à sa date d'effet et qu'en l'espèce le projet litigieux ne comportait aucune indication relative à cette date,

[36] Voir aussi par exemple Cass. Com., 16 avril 1991, n° 89-20697, publié au bulletin, pour un désaccord sur les modalités de paiement du prix
[37] Cass. 3ème civ, 3 mai 2018, n° 17-15258, inédit
[38] Cass. 3ème civ., 19 janvier 2017, n° 15-28791, inédit
[39] Cass. 3ème civ., 28 octobre 2009, n° 08-20.226, inédit

de sorte qu'il n'avait pu y avoir rencontre des consentements des parties sur celle-ci. La Cour de cassation cassa cet arrêt, décidant que « la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition tenant à la date de la prise d'effet du bail, a violé les textes susvisés ».

Cette importance particulière du prix dans la reconnaissance d'un engagement contractuel aura une influence sur la reconnaissance de l'état d'avancement des négociations et donc sur la responsabilité en cas de rupture des négociations. Parmi les éléments pris en compte, les juges retiendront l'absence de négociation ou d'accord sur le prix comme un élément important pour prouver le faible avancement des pourparlers et ainsi refuser toute responsabilité. La cour d'appel de Paris a ainsi rappelé, le 13 décembre 1984[40], que l'offre adressée à une comédienne qui ne comprenait ni la rémunération proposée ni la date de début de tournage manifestait l'absence d'intensité des négociations et que la rupture des pourparlers n'entraînait donc pas la responsabilité de son auteur. De même, dans l'arrêt Société THB c/ Société France Auto[41], la société THB négociait un contrat d'entreprise avec Société France Auto. France Auto n'a pas donné suite aux négociations. La Cour de cassation a décidé que la rupture des pourparlers n'était pas fautive en l'absence de fixation du prix, en l'absence de preuve de la durée et de l'intensité des pourparlers, ainsi qu'en l'absence de relations d'affaire antérieures. Les pourparlers n'étaient pas suffisamment avancés pour que la société THB puisse croire qu'un contrat allait être signé.

Le droit français fait parfois preuve de souplesse dans l'exigence du prix. Premièrement, les tribunaux français admettent que le contrat est valable même si le prix n'apparaît pas dans le contrat dès lors que ce prix est déterminable. Les tribunaux font une interprétation extensive de cette notion. Ainsi, dans un arrêt du 7 avril 2009[42], une société d'assurance avait racheté une créance à un prix à déterminer en fonction des créances recouvrées. La Cour de cassation accepta la validité d'un tel contrat. Elle décida que « s'il résulte de l'article 1591 du Code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs entre elles ». La Cour de cassation a également accepté la validité d'un contrat sans prix dans les contrats cadre

[40] C.A. Paris, 13 décembre 1984, JCP 1985, Actualités, n°40
[41] Cass. Com 20 juin 2000 (société THB c/ société France Auto), n° 96-16.497, inédit
[42] Cass. Com. 7 avril 2009, n° 07-18907, publié au bulletin

depuis un arrêt du 1er décembre 1995[43]. L'article 1164 du Code civil, reprenant cette solution, prévoit désormais que « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

14. Consensualisme et *consideration*. La différence principale entre le droit français et le droit anglais concerne la vision subjective ou objective du contrat.

15. En droit français, selon l'article 1101 du Code civil, « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le contrat se forme ainsi par l'échange des consentements. Il n'est en principe soumis à aucune formalité. Ainsi, à l'occasion d'une vente immobilière, la Cour de cassation décidait dans un arrêt du 10 septembre 2013 « qu'ayant souverainement retenu qu'il ne ressortait pas des clauses de la convention du 11 octobre 2001 que les parties aient érigé la formalité du 'compromis' en condition de formation de la vente de sorte qu'elle constituait une vente comportant engagement synallagmatique des parties, la cour d'appel en a exactement déduit, abstraction faite de motifs surabondants, que la vente était parfaite »[44].

Le principe du consensualisme laisse une grande liberté au juge quant à l'interprétation de l'intention des parties. Il s'oppose au principe, qui existait en droit romain, de la formation du contrat par l'exécution d'un formalisme. Comme l'écrivait Girard, « Au point de vue de l'exécution judiciaire, le système où l'obligation naît non pas d'un expression de volonté plus ou moins transparente, mais de l'accomplissement d'une solennité, simplifie et précise singulièrement la tâche du juge en faisant dépendre non pas d'interprétations divinatoires ou d'appréciations variables d'équité, mais de faits matériels patents le point de savoir, d'abord s'il y a contrat, puis quel est l'objet de ce contrat […] la question, si délicate dans le système des conventions obligatoires, de savoir si on est sorti de la phase des pourparlers et arrivé à celle de

[43] Cass. Ass. Plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, n° 91-15.599, n° 91-19.653 et n° 93-13.688, publié au bulletin
[44] Cass. 3ème civ., 10 septembre 2013, n° 12-22883, inédit

l'accord des volontés, ne se pose même pas : il y a eu contrat, si la solennité a été accomplie, si dans le contrat verbal les paroles ont été prononcées ; sinon, il n'y en a pas eu »[45].

Dans un arrêt du 6 juin 2012[46], le cédant d'un fonds de commerce s'était engagé à vendre une cave au cessionnaire du fonds de commerce dès qu'il en aurait fait l'acquisition auprès d'un tiers. Le cédant acheta cette cave puis refusa de la vendre au cessionnaire. La Cour de cassation décidait que « la vente était parfaite puisque le bien était désigné et le prix mentionné » dans la promesse. Dans un arrêt du 8 décembre 1987, la Cour de cassation décidait que « la signature des documents du 26 janvier 1981 portant sur des objectifs ne valait pas formation d'un nouveau contrat » [47]. Dans un arrêt du 7 juillet 2015, elle jugeait que « la proposition de la société Kaufman & Broad Côte-d'Azur détaillait le terrain concerné, le prix proposé, les conditions suspensives, les conditions particulières, la prorogation du délai de la promesse de vente en cas de recours sur le permis de construire, le planning prévisionnel, l'indemnité d'immobilisation et la durée de validité de l'offre fixée à trois mois, […] que cette proposition s'analysait en une offre de contracter dont l'acceptation suffisait à former le contrat et n'était pas assortie d'une réserve tenant à la validation par le comité d'engagement foncier de l'offrant » [48]. Un arrêt du 9 décembre 2020 décidait que « les échanges intervenus entre les parties révèlent que, si les pourparlers étaient très avancés, aucun avant contrat n'a jamais été signé par les parties. En effet, des modifications ont encore été apportées au projet d'acte le 7 avril 2017, sur lequel il n'a jamais été donné d'accord exprès, ni par les cédants, ni par le cessionnaire. Si une date de signature avait été effectivement fixée au 13 avril suivant, il apparaît toutefois que cette signature n'a jamais eu lieu, de sorte que les parties ne sont pas réputées avoir accepté ce projet d'acte » [49].

L'analyse de l'intention sera en principe subjective. Ainsi, une offre émise par erreur ne pourrait pas former le contrat. Dans un arrêt du 24 mai 2000[50], un bailleur a émis

[45] P.-F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, Rousseau, 1906, p. 432
[46] Cass. 3ème civ., 6 juin 2012, n° 11-13637, inédit
[47] Cass. Com. 8 décembre 1987, n° 86-13843, inédit
[48] Cass. 3ème civ., 7 juillet 2015, n° 14-20536, inédit
[49] CA Chambéry, 9 décembre 2020, n° 18/01014
[50] Cass. 3ème civ., 24 mai 2000, n° 98-16.132, publié au bulletin

une offre de vente à son locataire sur le fondement de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975. Or, cette législation n'était pas applicable. La cour d'appel avait reconnu la valeur obligatoire de ce contrat, décidant que la totalité des locaux à usage d'habitation étant vendue, l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 écartait l'application du droit de préemption du locataire, et qu'il importait peu que l'offre de préemption ait été faite par suite d'une erreur qui est sans incidence sur sa validité dès lors que l'offre avait été acceptée aux conditions de la vente projetée. La Cour de cassation cassa cet arrêt et refusa de reconnaître l'existence d'un contrat.

L'exigence d'une intention d'être engagé est même renforcée lorsque la négociation a lieu entre commerçants. Ainsi, dans un arrêt du 6 mars 1990, la Cour de cassation refusait de donner effet à un contrat rappelant « qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »[51].

On ajoutera que même lorsque le contrat n'existe pas, les juges pourraient reconnaître une obligation sur le fondement de la gestion d'affaires. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 2016, SNT a donné mandat en 2008 à Aurel BGC de trouver un acquéreur des actions de sa société. Le contrat a été résilié en 2009. En 2011, Aurel BGC a informé SNT de l'intérêt de la société GDE pour l'acquisition de cette société et a accompagné SNT dans la négociation. La Cour de cassation a refusé le recours contractuel pour un montant de 15.000 euros fondé sur le contrat de 2008. Elle a en revanche condamné le vendeur à payer la somme de 5.000 euros à Aurel BGC sur le fondement de la gestion d'affaires. La Cour de cassation relevait en effet « qu'en 2011, la société Aurel BGC était spontanément intervenue auprès de la société Sebar sans avoir reçu mandat de sa part, ce qu'elle ne pouvait ignorer en sa qualité de prestataire professionnel de services connexes aux services d'investissement, et qu'elle en a déduit que les relations alors nouées entre les parties caractérisaient une gestion d'affaires »[52].

[51] Cass. Com. 6 mars 1990, n° 88-12477, publié au bulletin
[52] Cass. Com. 11 octobre 2016, n° 14-28114, inédit

16. En droit anglais, le contrat n'est pas un engagement mais un échange de promesses. Il en résulte que, pour qu'existe un contrat, il faut que chacun fasse une promesse. La fourniture d'une *consideration* est donc une condition à la force obligatoire du contrat. Dès 1875, Lord Luff déclarait dans l'arrêt *Curie v. Misa* qu'il fallait « un droit, intérêt, profit venant d'une partie, ou un acte d'abstention, de préjudice, de perte ou de responsabilité donné, souffert ou pris par l'autre »[53]. Comme le rappelait le juge Russel LJ dans l'arrêt *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd*[54], contrairement à la solution française qui admettrait un engagement unilatéral fondé sur une intention libérale, « une promesse gratuite, pure et simple, n'est pas valable à moins d'être émise sous la forme d'un *deed* ».

Il existe toutefois plusieurs aménagements à ce principe, les juges acceptant notamment une *consideration* nominale ou permettant de donner une force obligatoire au contrat unilatéral par le respect d'un formalisme. Premièrement, les juges exigent que chaque partie fournisse une contrepartie. Toutefois, ils n'exigent pas d'équivalence des prestations. Ainsi, dans l'arrêt *Mountford* v. *Scott*[55], *Scott* accorda fin 1971 une option sur sa maison au prix de £10.000 pour 6 mois en contrepartie de £1. En janvier 1972, *Scott* revint sur sa promesse et informa *Mountford* que celle-ci n'était plus valable. En mars 1972, soit dans le délai de 6 mois, *Mountford* leva l'option et demanda l'exécution forcée. Le juge fit droit à sa demande, estimant que le contrat d'option était valable puisqu'il existait une *consideration*, même nominale. Deuxièmement, il est également possible de donner force obligatoire à une promesse unilatérale par le biais d'un *deed*. Auparavant, il fallait un sceau et une remise en présence de deux témoins. Aujourd'hui, la procédure est allégée et il suffit d'une signature en travers d'un tampon ou d'une rondelle de papier et d'une clause de style *'I deliver this as my act and deed'*[56]. Troisièmement, le début d'exécution pourra avoir un effet. Les tribunaux anglais considèrent qu'un engagement unilatéral est *unenforceable*, mais que le promettant ne peut pas revenir sur sa promesse une fois que le destinataire a commencé l'exécution. L'exemple souvent donné par les auteurs

---

[53] *Currie v Misa* [1875] LR 10 Ex 153, Lush LJ *"some right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other".*

[54] *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1991] 1 QB 1, p. 19, "*A gratuitous promise, pure and simple, remains unenforceable unless given under seal*"

[55] *Mountford v. Scott* [1975] Ch. 258

[56] O. Moreteau, « Droit anglais des affaires », Dalloz, 2000, p. 227.

est que si une personne promet à une autre de lui donner une somme d'argent si elle se rend de Londres à *York*, cette promesse n'a pas de valeur obligatoire mais dès que le destinataire a commencé à marcher de Londres en direction de *York*, l'auteur de la promesse ne pourra pas la révoquer[57].

17. Bien que les contours soient différents, les droits français et anglais connaissent tous deux une catégorie de « contrat » qui permet de définir la responsabilité pour rupture des pourparlers comme celle qui résulte d'un comportement antérieur à ce « contrat » lorsque la négociation a échoué et ce « contrat » ne s'est pas matérialisé.

L'exercice de comparaison des droits anglais et français de la responsabilité précontractuelle nécessite non seulement de définir les termes de la responsabilité pour rupture des pourparlers, mais aussi de s'intéresser à la méthode de la comparaison de ces droits.

## LA METHODE DE COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

18. L'étude comparée des droits n'est pas nouvelle. Elle était déjà utilisée au XVIIIème siècle en France par Montesquieu lors de la rédaction de « l'esprit des lois »[58] ou au Royaume-Uni dans les arrêts de *Lord Mansfield*[59]. Comme l'indiquait le Professeur Samuel, le droit comparé n'était pas jusque récemment préoccupé par sa propre méthodologie[60]. Il existe toutefois depuis les années 1990 un réel intérêt pour cette technique d'analyse du droit comparé. Il faudra définir l'objet de la comparaison ainsi que la méthode d'analyse.

### L'OBJET DE LA COMPARAISON

[57] Voir Errington v. Errington, op. cit.
[58] S. Goyard-Fabre, La philosophie du droit de Montesquieu, préface J. Carbonnier, Librairie C. Klincksieck, 2è éd, 1979, p. 359
[59] H. C. Gutteridge, "*Lord Mansfield, a comparatist jurist of the 18th Century*", in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. III, Sirey, 1934, p. 239
[60] G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, 2014, p. 9

19. L'une des difficultés de la comparaison tient à définir ce que l'on compare. Il est difficile de comparer des concepts juridiques[61]. En effet, un terme juridique a une signification propre qui sera différente d'un pays à l'autre. Comme on vient de le montrer, un contrat en droit français n'est pas un *contract* en droit anglais, bien que les notions puissent se recouper. Il faudra donc éviter la comparaison de concepts juridiques.

20. La notion de droit exige également d'être définie. Le droit ne peut pas se résumer à un ensemble de règles. Il faudra analyser non seulement les textes officiels mais aussi la jurisprudence, l'analyse par la doctrine, les débats parlementaires, etc. Il faudra donc prendre en compte, pour reprendre l'expression de Sacco, les formants juridiques[62]. On remarque en effet l'influence en droit français des articles 1240 et 1241 du Code civil dans la responsabilité pour rupture des pourparlers. L'analyse du droit anglais met pour sa part en exergue l'impact de la notion de *misrepresentation*. Cette influence provient non seulement des juges mais également de la doctrine. Pour ne prendre que deux exemples, le droit de la responsabilité pour rupture des pourparlers n'aurait pas la même configuration sans l'influence donnée par les commentateurs aux arrêts Manoukian en France et *Walford v. Miles* en droit anglais. Comme l'indiquait déjà Jolowicz en 1963, les ouvrages juridiques, « s'ils sont bons, sont plus qu'un simple guide, puisqu'ils ne se contentent pas de classer les décisions de justice mais également d'en extraire des principes généraux du droit et montrent comment ceux-ci pourraient être développés »[63]. Un petit nombre d'auteurs ou commentateurs peuvent ériger une décision de justice en arrêt de principe qui sera alors cité par les autres comme l'état du droit. Ainsi, la doctrine n'est pas neutre et peut présenter une vision orientée ou déformée du droit. Dans l'arrêt *Aragona*, les demandeurs se fondaient sur l'ouvrage de *Goff & Jones* qui mentionnait la possibilité en droit anglais d'un recours sur le fondement d'un *equitable estoppel*. Le juge Hegarty QC analysait cet ouvrage et

[61] G. Samuel, op. cit., p. 128
[62] R. Sacco, "*Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*", 39 American Journal of Comparative Law 1
[63] H. Jolowicz, "*Lectures on Jurisprudence*", 1963, Athlone, p. 314 "*if they are good they are more than mere guides, for they seek not only to arrange the cases systematically but to extract from them the general principles of the law and to show how these principles may be developed*". Voir aussi C. Jamin et Ph Jestaz, La doctrine, LGDJ, Paris, 2004

concluait que « je suis obligé de dire qu'il semble que cela exprime la vision des auteurs sur ce que devrait être le droit plutôt que ce qu'il est »[64].

21. Mais on peut aller plus loin : outre le droit, la comparaison ne peut être complète si elle ne tient pas compte du « non-droit ». Alors qu'un système juridique peut régler une situation sociale ou économique par le droit, un autre peut avoir mis en place des solutions non-juridiques pour faire face à cette question[65]. Un pays peut protéger les droits d'auteur par une législation sévère alors que dans un autre les éditeurs vont privilégier des mesures techniques de protection telles qu'un cryptage ou un format de fichier difficilement copiable. A l'occasion d'une transaction immobilière, le droit français protège l'acquéreur contre les défauts du bien à l'aide d'une notion étendue de « vices cachés » prévue aux articles 1641 et suivants du Code civil. Il impose également au vendeur de réaliser des diagnostics obligatoires destinées à connaître les risques du bien. Il peut exister des obligations d'information précontractuelle. Ainsi, un arrêt du 27 juillet 2021[66] retenait que « le devoir de bonne foi qui régit les négociations pré-contractuelles aurait justifié que le vendeur qui avait nécessairement connaissance de l'existence de cette servitude posée en 1979 et du fait que les travaux de 'désalimentation ' antérieurement programmés n'avaient pas été réalisés à la date de la vente en informât l'acquéreur, ce qu'il ne démontre pas avoir fait ». Le droit anglais, pour sa part, est fondé sur un principe *caveat emptor* selon lequel l'acheteur doit défendre lui-même ses intérêts et a développé moins de recours contre le vendeur. Toutefois, la pratique a conduit au Royaume-Uni à ce que la plupart des acheteurs se protègent de deux manières. Premièrement, l'acheteur fera souvent appel à un *surveyor* qui aura pour rôle de faire un état des lieux et détecter les défauts du bien. Deuxièmement, le *solicitor* de l'acheteur soumettra au *solicitor* du vendeur un questionnaire précontractuel avec une série de questions auxquelles le vendeur devra répondre. Si l'une de ces réponses est inexacte, l'acheteur disposera d'un recours pour *misrepresentation* (et ce même s'il n'a commis aucune faute du fait de la reconnaissance de l'*innocent misrepresentation*).

---

[64] *Aragona v Alitalia Linee Aeree Italiane SPA* [2001] EWHC 463 (QB), Hegarty QC, "*I am bound to say that that seems to me to express the authors' view of what the law ought to be rather than what it is*".
[65] K. Zweigert & H. Kotz, op. cit, p. 38, *It is possible that « the function performed in his own system by a rule of law is performed in a foreign system not by a legal rule at all, but by an extra-legal phenomenon"*
[66] CA Poitiers, 27 juillet 2021, n° 19/02789

Il faudra donc tenir compte dans cette thèse de la limitation de l'exercice de comparaison des droits par le fait que les intérêts des parties peuvent être protégés non seulement par des moyens juridiques mais aussi par d'autres moyens non-juridiques. On remarquera dans cette thèse par exemple que la plupart des arrêts qui visent une responsabilité précontractuelle en droit anglais concernaient des contrats négociés avec le concours d'un *solicitor*. La présence d'un avocat est en revanche exceptionnelle dans les négociations soumises aux juges français. On remarque également une prépondérance en droit anglais de contrats de négociation ou de clauses *subject to contract* en droit anglais, elles aussi exceptionnelles en droit français.

METHODE ET BUT DE LA COMPARAISON DES DROITS

La méthode de la comparaison du droit dépend du but poursuivi par le comparatiste. On peut ensuite définir une méthode en fonction de ce but.

22. Les buts du droit comparé. Le droit comparé peut viser à l'unification et la recherche du « meilleur » droit. Dans son ouvrage « Traité de droit comparé. Introduction au droit comparé », Contantinesco écrivait que le droit comparé répond à des « préoccupations comme l'amélioration du droit national, l'unification juridique interne, internationale ou simplement la volonté de dégager le fond commun de l'humanité »[67]. Plusieurs auteurs prétendent que le but du droit comparé est de découvrir quel est le « meilleur » système. Parmi eux, certains militent pour une harmonisation du droit au niveau européen ou international sur la base de cette « meilleure » norme. C'est l'un des buts, ou tout au moins des effets, du rapport « *Doing Business* »[68] qui classe les pays en fonction de la facilité à faire des affaires selon leur système juridique. C'est également le postulat de Zweigert & Kotz dans leur ouvrage[69]. Or, comparer le régime de la propriété en France et le *freehold* anglais ne consiste pas nécessairement à rechercher quel est le meilleur système et à faire disparaître l'un au bénéfice de l'autre[70].

[67] L.-J. Constantinesco, Traité de droit comparé. Introduction au droit comparé, t. 1, LGDJ, 1972, p. 167
[68] https://www.banquemondiale.org/fr/news/feature/2019/10/24/doing-business-2020-sustaining-the-pace-of-reforms
[69] K. Zweigert & H. Kotz, op. cit.
[70] De la même manière qu'il semble impossible de déterminer si une législation imposant de rouler à droite est « meilleure » qu'une législation imposant de rouler à gauche.

Un autre but du droit comparé peut être la transplantation. On pourrait, une fois identifiée la meilleure norme, la transplanter dans l'autre système juridique. Cette idée a été introduite par Watson[71]. Plusieurs auteurs se sont opposés à la transplantation, estimant que celle-ci était impossible[72]. On reconnaîtra avec le Professeur Laithier que « ce qui circule, ce sont des règles, des notions, des institutions, des théories, des idées, mais jamais le droit dans son intégralité »[73]. La transplantation ne va jamais conduire à une application du concept de manière identique dans le système dans lequel le concept est transplanté. Toutefois, l'idée d'une inspiration d'un droit par un autre n'est pas nouvelle et constitue une réalité. Elle présente d'ailleurs une utilité certaine. Lorsque le gouvernement français souhaite introduire un régime de fiducie en France, il pourra étudier le droit anglais du *trust*. La comparaison pourra inspirer le législateur. Pour autant, il ne s'agira pas nécessairement de transplanter ce concept tel quel. Et même si c'était le cas, l'interprétation par les tribunaux sur le fondement du droit actuel de la propriété immobilière en France conduirait à une interprétation différente de la notion[74]. Un exemple récent de transposition ou d'influence du droit est le RGPD[75]. Le droit européen connaît depuis le 25 mai 2018 une nouvelle législation de la protection des données. Or, la gestion des données sur l'Internet ne connaît pas de frontières. Au vu des sanctions possibles[76], de nombreux acteurs économiques tels qu'Apple font pression sur le gouvernement américain pour adopter une législation analogue inspirée du RGPD européen[77]. Il ne s'agira pas du même droit. Mais la globalisation des échanges milite dans ce domaine pour une certaine harmonisation des normes. Inversement, les droits européens ont dû adapter les règles comptables pour les rendre conformes au droit américain qui, après les scandales

[71] A. Waston, *Legal Transplants,* Scottish academic press, 1974
[72] Voir notamment P. Legrand, Le droit comparé », Presses universitaires de France, 3ème édition, 2009
[73] Y.-M. Laithier, « Le droit comparé et l'efficacité économique », in L'efficacité économique en droit, Economica, 2010, p. 56
[74] R. Lichbacher, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Def. 2007, p. 1194
[75] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88
[76] Voir par exemple C. Woitier, « Protection des données : la Cnil irlandaise inflige à Instagram une amende de 405 millions d'euros », Le Figaro, 5 septembre 2022
[77] B. Lion, « Apple, Cisco et Microsoft réclament un RGPD à l'américaine », Le monde informatique, 4 février 2019

Enron et Worldcom, avait créé des règles prévoyant de lourdes sanctions[78]. Cela a conduit à des changements qui, parfois, allaient à l'encontre des fondements culturels du droit français, tels que la possibilité de dénonciation anonyme au moyen du *whistleblowing*. La comparaison des droits permet de saisir les différences juridiques, culturelles, sociologiques, et d'anticiper les difficultés liées à la transposition, les besoins d'adaptation de la version française, les probables rejets ou interprétations divergentes. Ce n'est donc pas la possibilité de fertilisation croisée des droits qui doit être critiquée, mais le fait que la transposition conduirait à une unification.

Le troisième but du droit comparé est une approche herméneutique. Le droit civil et le droit de *common law* sont le résultat d'une construction juridique différente pendant plusieurs siècles. Comme on le montrera dans cette thèse, chacun des deux systèmes étudiés présente une réelle cohérence en matière de responsabilité pour rupture des pourparlers. Il n'existe pas un « bon » et un « mauvais » système. Surtout, unifier ces droits serait une entreprise complexe, voire, pour reprendre les termes du professeur Legrand, impossible[79]. Le droit anglais de la responsabilité pour rupture des pourparlers forme un tout. L'introduction d'un nouveau principe de responsabilité délictuelle sur le modèle du droit français ne serait probablement pas pertinente. En outre, il est indéniable que tant le droit français que le droit anglais sont imprégnés d'une « culture » qui les rend uniques. Le Code civil est le résultat de l'histoire juridique, politique et religieuse française qui donne une place peut-être plus importante à la moralité. Le *Common law* anglais des contrats est une construction progressive pendant un millénaire influencée par le besoin de sécurité juridique exprimé par les marchands. Comme l'indique le Professeur Laithier, « L'utilisation de plus en plus fréquente de la méthode comparative comme préalable aux réformes, dans le but d'améliorer ou d'harmoniser les droits nationaux, est le signe le plus visible de l'actuel engouement pour le droit comparé. Mais c'est avant tout l'élargissement des connaissances qui confère à cette discipline son véritable attrait. En mettant à jour les différences entre les droits, la comparaison juridique fournit des indications sur le contenu des droits étrangers tout en révélant aux juristes nationaux

[78] Sarbanes-Oxley Act, 2002
[79] P. Legrand, "*The Impossibility of 'Legal Transplants*'", Maastricht Journal of European and Comparative Law, (1997) vol. 4: n°2, p. 111-124

des caractères ou contradictions qui leur échappent »[80]. Comme l'indiquait Sacco, le but de la comparaison en tant que science juridique est de connaître les différences entre les modèles juridiques, et de contribuer à la connaissance de ces modèles[81]. Que l'harmonisation des droits soit une suite éventuelle de la comparaison juridique n'est pas critiquable en soi[82]. Mais il semble évident que cela ne peut pas être le seul but. En analysant les différences et similarités entre les droits, le comparatiste permet d'une part de mieux connaître le droit étranger étudié. D'autre part, cette manière de percevoir le droit comparé permet de mieux connaître son propre droit[83].

S'il existe plusieurs buts au droit comparé, il existe également une diversité de méthodes pour procéder à cette comparaison.

23. La méthode du droit comparé. Zweigert & Kötz promeuvent une méthode fonctionnelle[84]. Il s'agit de déterminer comment différents systèmes juridiques répondent à une même fonction du droit. Le comparatiste devrait donc poser une présomption de similitude et se focaliser sur les similarités entre les droits. Comme le rappelle le Professeur Samuel, la difficulté avec cette méthode est que si l'on se focalise trop sur les similarités, la comparaison conduira à la recherche de principes universels[85]. Cette méthode conduit donc à un postulat méthodologique orienté vers l'un des buts du droit comparé, l'uniformisation du droit. C'est d'ailleurs ce que défendent ouvertement Zweigert & Kötz. Ils prétendent qu'une fois identifiées les similarités à l'aide de la méthode fonctionnelle, l'étape suivante dans le processus de comparaison est de « définir un nouveau concept, supérieur à tous les autres, à partir de morceaux des solutions nationales »[86].

---

[80] Y.-M. Laithier, Droit comparé, Dalloz, 2009, 4ème de couverture
[81] R. Sacco, La comparaison au service de la connaissance du droit, Economica, 1991, p. 8
[82] Op. cit. p. 22
[83] L'analyse comparée des droits a ainsi, par exemple, permis de déceler dans cette thèse l'importance des quasi-contrats dans la sanction de la rupture des pourparlers en droit français.
[84] K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 3ème edition, 1998, traduit par T. Weir, p. 34: The "*basis methodological principle or all comparative law is that of functionality*"
[85] G. Samuel, op. cit, p. 54: "*The difficulty with this approach is that if one focuses too much on the similarities comparison in law ends up as a search for universals*".
[86] Ibid, p. 46-47

A l'inverse, le Professeur Legrand propose une « présomption de différence »[87]. Il s'agit d'analyser les différences et similarités entre les systèmes juridiques, et d'expliquer les raisons de ces différences. Le Professeur Laithier précise que « la méthode oblige également à mesurer autant que possible les différences culturelles ou de 'mentalité'. A quoi s'ajoute le cas échéant une interdisciplinarité, et donc la nécessité de connaître l'histoire du droit du pays considéré, ses institutions économiques et sociales, ses traditions politiques, etc ». Il conclut : « Potentiellement plus solide que l'approche fonctionnelle, cette méthode permet en outre la découverte ou la confrontation d'idées, de raisonnements, de théories, pour suggérer, soutenir ou renverser une règle. Elle invite à rester prudent devant des conclusions, souvent hâtives, sur l'identité de solutions ou la possibilité de leur réception d'un droit à l'autre »[88].

Comme le rappelait le Professeur *Samuel,* « l'analyse fonctionnelle est maintenant attaquée comme étant trop restrictive ; durant les deux dernières décennies, les comparatistes ont mis l'accent, au moins dans une certaine mesure, sur l'analyse herméneutique. Le texte légal est seulement un signifiant et le travail du comparatiste est d'aller au-delà du signifiant pour découvrir la signification culturelle et la mentalité que le texte représente. Le comparatiste est un interprète, et non un mathématicien »[89]. La prise en compte de la culture n'interdit pas toute comparaison. Il faut reconnaître toutefois que, même si on uniformisait ou harmonisait, les droits ne seraient jamais identiques car ils demeureraient influencés par leur culture. L'analyse des décisions de justice montre ainsi par exemple une interprétation différente entre les juges français et anglais de la notion de « bonne foi »[90]. Au-delà de l'analyse des concepts juridiques ou des situations factuelles au moyen d'outils juridiques, on pourra trouver un éclairage intéressant dans l'analyse comparée en ayant recours à d'autres disciplines que le droit. Pierre Legrand se réfère régulièrement à l'anthropologie. Dans cette thèse, on retiendra notamment l'analyse statistique du droit, l'analyse économique du

---

[87] P. Legrand, Le droit comparé, Presses universitaires de France, 3ème édition, 2009
[88] Op. cit.
[89] G. Samuel, op. cit., p. 41: "*functionalism is now under attack as being too restrictive; over the past two decades the emphasis has shifted, at least to an extent, to hermeneutics. The legal text is simply a signifier and the job of the comparatist is to discover the cultural and mentality significance that the text represents. The comparatist is an interpreter, not a mathematician of logician*".
[90] Voir par exemple G. Teubner, *« Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Ends Up in New Divergences"*, (1998) 61 *Modern Law Review* 11

droit ou encore l'analyse psychologique du droit. Ici encore, l'utilisation de ces outils n'a pas de vocation normative. Il ne s'agit pas de déterminer comment devrait évoluer le droit ou d'identifier le meilleur droit. Il s'agit, au moyen de ces outils d'analyse pluri-disciplinaires, de permettre une meilleure connaissance de ces droits. Le processus de comparaison peut révéler une connaissance qui ne serait pas révélée si chacun des objets était étudié dans son individualité. Cette révélation émerge en raison de l'approche méthodologique adoptée[91].

24. Un exemple pour illustrer le but et la méthode de la comparaison. La méthode du droit comparé dépend du but de l'exercice. En effet, on n'analysera pas les mêmes éléments selon que l'objectif assigné au comparatiste est d'unifier les droits, d'harmoniser ceux-ci, ou seulement de mieux connaître ces droits. L'objet de la comparaison pourra également changer. Un exemple non-juridique permet de mieux comprendre les enjeux du but de la comparaison et de sa méthode. L'utilisation d'un exemple non-juridique a par exemple été utilisé par le Professeur Izorche pour expliquer qu'une donnée n'a de sens qu'au sein d'un système, expliquant qu'une carte 8 de cœur n'a de sens qu'en référence à un jeu de carte. Sinon, ce n'est qu'un chiffre, une couleur et un signe[92]. De même, le Professeur Geoffrey Samuel citait la distinction entre une pomme et une banane[93].

Prenons l'exemple suivant : Une mère vous demande de comparer ses deux enfants car elle souhaite orienter leur carrière professionnelle de manière idéale. Tous deux sont commerciaux. Pierre a un revenu important dans un grand groupe alors que Jean se contente d'un revenu raisonnable dans une start up.

Pour reprendre les buts présentés précédemment, on pourrait imaginer plusieurs buts : la recherche du meilleur système : Quel serait le meilleur emploi entre les métiers de ces deux enfants ? ; l'unification : l'objectif est d'orienter les deux enfants vers le même métier (que tous deux aient la même fonction dans la même entreprise) ; l'harmonisation : L'objectif est d'orienter les deux enfants vers des métiers similaires,

[91] G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law and Method, Hart*, 2014, p. 23
[92] M.-L. Izorche, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », Revue internationale de droit comparé, 2001, p. 289
[93] G. Samuel, op. cit.

mais pas nécessairement identiques (tous deux travaillant dans un grand groupe ou tous deux travaillant dans une start up) ; la transplantation : Quelle particularité d'un enfant pourrait être appliquée par l'autre ; l'approche herméneutique : Quelle est la particularité de chacun qui permettrait de sélectionner une activité adaptée pour chacun.

Quant à la méthode, l'approche herméneutique conduira à analyser à la fois les ressemblances et les différences entre ces deux enfants. Une comparaison efficace prendrait en compte non seulement les caractéristiques physiques de chaque enfant (ce serait le « droit ») mais aussi des caractéristiques non-physiques (ce serait le « non-droit) telles que les passions de chaque enfant, leurs goûts, leur éducation, leur environnement familial, le cadre culturel dans lequel ils vivent, leur lieu de résidence, etc. Cela peut permettra d'une part de choisir le métier le plus adapté pour chaque enfant, ou que cet enfant comprenne en quoi ce métier est adapté ou inadapté pour lui afin de lui permettre d'être heureux dans son travail ou d'évoluer de manière favorable dans ce métier. La seule analyse des similarités entre les enfants aurait peu de valeur. Le fait de savoir que tous deux font la même taille, ont les cheveux bruns, ont étudié le droit à l'université et aiment la musique apportera quelques éléments mais la comparaison sera incomplète. Il faudra également analyser les différences entre ces enfants. Il peut s'agir d'une comparaison des caractéristiques physiques : Jean a les cheveux longs et la peau pale. Pierre est bronzé et a les cheveux courts. On comparera aussi les caractéristiques non physiques : Pierre aime la musique classique alors que Jean aime le rock. Jean joue au tennis alors que Pierre joue au golf. Jean est marié alors que Pierre est célibataire. Une approche sociologique, familiale, psychologique, permettra de comprendre pourquoi Pierre travaille dans un grand groupe et Jean dans une start up.

Le but pourrait être de trouver le « meilleur » système. On perçoit ici la difficulté de définition du « meilleur » système. Le meilleur emploi est-il celui de Pierre qui rapporte plus ou l'emploi de Jean qui lui confère une plus grande liberté horaire propice à passer du temps en famille ou à jouer de la musique ? Une fois identifié le meilleur système, on pensera à une unification ou une harmonisation. La mère pourrait souhaiter que ses deux enfants rejoignent l'entreprise familiale pour

prendre la succession et ce serait alors à ses yeux le but de la comparaison. Même dans ce cas, la comparaison ne peut pas se limiter à étudier les similarités entre les enfants. Il faudra également étudier les différences. L'objet de l'étude des différences sera d'une part d'identifier parmi ces différences celles qu'un enfant peut changer : comment il peut adapter certaines de ces différences pour qu'elles soient adaptées à son nouveau métier (peut-être que la fonction de réseautage permise par le golf pourra également être remplie par la participation à Roland Garros ou à Wimbledon). Surtout, une compréhension des différences entre Jean et Pierre pourra permettre, dans un exercice d'unification ou d'harmonisation, de comprendre les raisons de la difficulté d'adaptation de Jean à son nouvel emploi et de lui permettre de suivre un coaching ou une formation destinée à le rendre efficace dans ce métier.

Cet exemple montre également les limites de la transplantation : Imaginons que la mère décide de couper les cheveux de Jean, de lui demander de se bronzer, de se mettre au golf, d'écouter de la musique classique et de divorcer. Jean pourra « rejeter » la transplantation et rapidement revenir à ses caractéristiques antérieures. Il pourra également suivre l'ordre maternel mais cela ne signifie pas qu'il deviendra identique à son frère. Il sera toujours un « rockeur » dans l'âme, n'appréciera peut-être pas le golf, et sera peut-être un mauvais commercial dans ce grand groupe. Jean ne deviendra jamais Pierre. Le fait que Jean se coupe les cheveux, bronze, écoute de la musique classique et joue au golf n'aura pas nécessairement pour effet qu'il sera aussi heureux que son frère, qu'il cessera d'apprécier le rock, qu'il deviendra un meilleur commercial. De manière évidente, si Jean divorce, il ne deviendra pas « célibataire » puisqu'il restera influencé par son « histoire » d'homme marié. Ces remarques ne discréditent pas la transplantation. Si Jean a des difficultés à développer un réseau, il pourra suivre les conseils de son frère et débuter le golf dans ce but. S'il a un problème de crédibilité face aux clients, il pourra décider d'adopter le look professionnel de son frère. A l'inverse, si Pierre rencontre des difficultés à travailler avec des start ups, il pourra suivre les conseils de son frère d'emmener ses clients voir un concert de rock plutôt que de la musique classique, d'adopter un look décontracté plutôt que le costume-cravate, de se laisser pousser les cheveux, afin de se conformer aux attentes de ses clients.

Cet exemple montre également que le but de la comparaison n'est pas unique. Il est inexact d'affirmer que le seul but de la comparaison est d'unifier ou d'harmoniser les droits. Il est également inexact d'affirmer que le seul but de la comparaison est d'identifier le meilleur système juridique et de transplanter ce « meilleur » droit dans les autres systèmes. Mais il est également inexact d'affirmer ,comme semble conclure Pierre Legrand, que le but de la comparaison ne peut être qu'herméneutique et ne peut en aucun cas viser l'unification, l'harmonisation, la transplantation ou la recherche du meilleur système.

Il n'en demeure pas moins que, quel que soit le but de la comparaison, l'approche méthodologique devra toujours se baser sur deux éléments fondamentaux : Premièrement, analyser à la fois les similarités et les différences. Deuxièmement, intégrer dans la comparaison non seulement la comparaison du droit « dur » mais également de l'ensemble des éléments qui composent le droit (jurisprudence, doctrine par exemple) et des éléments qui influencent ce droit (fondements anthropologiques, historiques, économiques, sociologiques, psychologiques, etc).

25. La méthode retenue dans cette thèse. On retiendra un but herméneutique de la comparaison. L'objectif n'est donc ni de sélectionner le « meilleur » système, ni de proposer une unification, une harmonisation ou une transplantation des concepts utilisés pas chacun de ces droits. Libre au lecteur ensuite de poursuivre une œuvre d'harmonisation basée sur les résultats de cette thèse, puisque l'analyse des ressemblances et différences devrait être la première étape de toute harmonisation.

Une fois ce but herméneutique atteint, cela n'interdirait donc pas d'utiliser les résultats de cette comparaison dans une approche d'unification, d'harmonisation ou de transposition des droits. On conclura toutefois dans cette thèse que, tout comme Pierre et Jean peuvent être différents et heureux dans leurs métiers respectifs, le droit français et le droit anglais apportent tous deux des réponses satisfaisantes aux besoins des sujets de droit concernant la responsabilité pour rupture des pourparlers. Les fondements juridiques utilisés sont différents. Les contours de la responsabilité sont également différents. Mais on ne peut pas affirmer à l'issue de cette étude qu'un système serait « meilleur » que l'autre. Le recours à un principe général de

responsabilité pour rupture des pourparlers en droit français apporte une cohérence à cette responsabilité qui présente à la fois des avantages mais également des limites. La sanction au moyen de plusieurs actions en droit anglais apporte elle aussi des solutions tout à fait satisfaisantes au besoin de réguler la rupture des pourparlers en droit anglais. Il est inutile de promouvoir l'adoption d'un principe général de responsabilité précontractuelle en droit anglais tout comme il ne serait pas adapté d'imposer au droit français de renoncer à ce principe général pour adopter les solutions anglaises.

26. L'analyse systématique de la jurisprudence. La plupart des travaux de droit comparé se fondent sur l'analyse des lois et codes, voire de leur analyse par la doctrine.
L'analyse des lois et codes est souvent peu adaptée en droit comparé, et notamment en ce qui concerne la responsabilité pour rupture des pourparlers. D'une part, elle renvoie à des concepts juridiques qui n'existent pas dans l'autre système juridique ou dont les contours sont différents. D'autre part, et c'est particulièrement vrai pour la responsabilité pour rupture des pourparlers, le droit écrit peut être peu fourni. En droit français, il se limite en effet à quelques articles du Code civil.
La doctrine complète l'interprétation du droit écrit. Elle dessine les contours de ce droit. Toutefois, elle peut se révéler incomplète. Ici encore, l'analyse doctrinale reposera souvent sur des concepts juridiques. En outre, influencés par leur culture juridique, les auteurs pourront avoir une vision restreinte de l'étendue du droit et de la réalité de son application. En matière de responsabilité pour rupture des pourparlers, les auteurs se réfèrent ainsi à une vingtaine de décisions de justice dont ils tirent des principes généraux, tels que l'arrêt Manoukian en droit français ou l'arrêt *Walford v. Miles* en droit anglais. Or, il n'est pas certain que ces arrêts dits de principe reflètent la réalité du droit tel qu'il est appliqué par les juges.

Ces limites justifient de procéder à une analyse systématique de la jurisprudence. Il s'agit de compléter l'analyse du droit écrit et de la doctrine par la prise en compte de l'ensemble des décisions de justice publiées relatives à la responsabilité précontractuelle. Les recherches réalisées pour cette thèse ont ainsi permis d'identifier plus de 300 décisions de justice françaises ou anglaises qui s'intéressent à la responsabilité pour rupture des pourparlers. Leur analyse vient ainsi compléter, et parfois remettre en cause, l'interprétation communément admise du droit écrit par la

doctrine. Comme on le verra dans cette thèse, l'analyse de la réalité des décisions de justice rendues permet de battre en brèche les déclarations des auteurs anglais qui affirment un principe d'absence de responsabilité pour rupture des pourparlers tout comme elles remettent en cause le dogme de l'application d'un principe général de bonne foi précontractuelle en droit français.

On a ainsi fait le choix dans cette thèse de ne pas citer les articles de doctrine qui présentent l'état du droit. Les analyses doctrinales sont citées en bibliographie.

CARACTERE ORIGINAL DE LA THESE

27. La responsabilité pour rupture des pourparlers a été assez peu étudiée, excepté à l'occasion d'articles dans des revues. On recense moins d'une dizaine de thèses consacrées aux pourparlers[94]. L'ensemble de ces thèses présentent une analyse fondée sur le droit écrit, la doctrine, et les arrêts de Cour de cassation publiés dans des revues. Ces thèses comparent généralement des droits différents ou ne se concentrent pas sur la rupture des pourparlers. En droit anglais, on ne recense que deux monographies sur le sujet. Premièrement, l'ouvrage de *Paula Giliker* « *Precontractual liability in French and English Law* » publié en 2002[95], qui analyse l'ensemble de la période précontractuelle, intégrant donc les obligations précontractuelles d'information, sous l'angle exclusif du droit comparé et qui consacre une centaine de pages à la rupture

[94] P. Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th. Lyon, 1911 ; A. Coherier, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th. Paris, 1939 ; J.-C. Serna, Le refus de contracter, vol. 76, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1967 ; F. Accad, Les pourparlers, thèse, ANRT, Paris, 2003 ; F-A Pignatta, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, thèse, Strasbourg, 2008 ; L.F. Kuyven, La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondement et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, thèse, cotutelle, Université de Strasbourg/Universida de Federal do Rio Grande do Sul, 2010 ; B. M. Martinez-Cardenas, La responsabilité précontractuelle – étude comparative des régimes français et colombiens, Thèse, Paris, 2013 ; R. Stancu, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, Th. Strasbourg, 2015

[95] P. Giliker, *Precontractual liability in French and English Law*, Kluwer, 2002

des pourparlers. Le second, édité en 2019[96], qui compare les droits anglais, français et chiliens de la rupture des pourparlers afin de faire ressortir un principe de *reliance*.

28. Cette thèse ambitionne une analyse originale pour trois raisons.

Premièrement, il s'agit d'une thèse de droit comparé franco-anglais. La comparaison du droit français et du droit roumain, tous deux fondés sur le droit civil, laisse apparaître une impression de similitude entre les droits. C'est d'ailleurs l'un des postulats de cette thèse[97], qui cherche à établir le fonds commun de la responsabilité précontractuelle dans une perspective d'uniformisation. Il est plus facile en comparant les droits français et anglais de faire ressortir une « présomption de différence », pour reprendre l'expression du Professeur Legrand. Il existe en effet des traditions différentes et des cultures différentes, qui font ressortir des différences irréductibles entre ces droits.

Deuxièmement, cette thèse ne se limite pas, pour le droit français, aux arrêts de Cour de cassation et aux arrêts, dans chacun des droits, publiés dans des revues. L'objectif de cette thèse est de procéder à une analyse la plus exhaustive possible de la jurisprudence. Ainsi, la seule analyse de responsabilité pour rupture des pourparlers fait ressortir plus de 200 décisions de justice rendues par la Cour de cassation et les cours d'appel en France et une centaine de décisions de justice anglaises. Un tel échantillon permet une analyse statistique des décisions. Il permet également de percevoir l'attitude des juges face à la responsabilité pour rupture des pourparlers au-delà de l'analyse doctrinale. La moitié des arrêts cités dans cette thèse n'ont jamais été cités par aucun ouvrage, tant en droit français qu'anglais. L'analyse systématique de la jurisprudence permet également de détecter des recours qui sont oubliés ou peu évoqués dans la plupart des ouvrages. Un exemple caractéristique en droit français est la sanction de la rupture des pourparlers au moyen des quasi-contrats. L'immense majorité des ouvrages n'aborde pas cette possibilité ou se contente de procéder par voie d'affirmation sans se fonder sur la moindre décision de justice. Or, les tribunaux

[96] I. Zuloaga, *Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in a Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2019
[97] Op. cit.

français ont rendu plusieurs décisions qui permettent de justifier ce chef de responsabilité et d'en analyser les contours.

Troisièmement, le choix a été fait dans cette thèse de procéder à une approche pluridisciplinaire. Une telle analyse permet de « changer de regard » sur l'analyse de la responsabilité pour rupture des pourparlers en l'analysant à l'aide d'autres outils qui forcent le juriste à sortir de son cadre habituel d'analyse. L'analyse statistique de la jurisprudence permet de comparer la responsabilité pour rupture des pourparlers telle qu'elle est appliquée par les juges avec la vision présentée par la doctrine. L'analyse économique et l'analyse psychologique de la période précontractuelle permettent d'expliquer les fondements de la plupart des décisions de justice selon des critères qui ne sont que rarement mis en avant par la doctrine à l'occasion d'une analyse purement juridique. C'est la première fois concernant la responsabilité pour rupture des pourparlers, mais également dans une thèse en droit, que l'ensemble de ces outils comparatif, statistique et pluridisciplinaire sont utilisés pour étudier un phénomène juridique.

ANNONCE DU PLAN

29. Comme on a pu le voir, les droits anglais et français de la responsabilité précontractuelle semblent partir d'un fondement juridique opposé. Il convient dès lors d'analyser les différences et similarités entre le droit français et le droit anglais de la responsabilité pour rupture des pourparlers. On le fera dans un premier temps par la méthode du droit comparé (PARTIE 1) avant d'expliquer ces différences et similarités à l'aide de l'analyse pluri-disciplinaire (PARTIE 2).

# PARTIE 1 : COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS EN ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

Comme l'indiquent Zweigert & Kötz[98], la comparaison des droits nécessite de commencer par un état des lieux de chacun des droits puis de procéder à la comparaison. Ce n'est en effet qu'une fois qu'on a dessiné les contours de chaque droit qu'on pourra étudier comment chaque système juridique analyse une même situation factuelle, ce qui permettra de faire ressortir les ressemblances et différences entre ces deux droits lorsqu'ils sont confrontés à la rupture des pourparlers. On commencera donc par une présentation de chacun de ces droits pris isolément (SOUS-PARTIE 1) avant de se livrer à une analyse comparative (SOUS-PARTIE 2).

[98] Op. cit.

# SOUS-PARTIE 1 : PRESENTATION DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

Les juges, de part et d'autre de la Manche, sont amenés à décider de la responsabilité d'une partie à l'occasion de la rupture des pourparlers. Chacun des deux systèmes juridiques a élaboré sa propre législation et sa propre jurisprudence. Le fondement juridique retenu par le droit français pourra donc être différent de celui utilisé par le droit anglais. On présentera donc dans un premier temps le droit français de la responsabilité pour rupture des pourparlers (TITRE 1), puis son équivalent anglais (TITRE 2).

# TITRE 1 : PRESENTATION DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

30. Contrairement au droit anglais, le droit français connaît une catégorie bien définie par la doctrine de « responsabilité pour rupture des pourparlers ». La plupart des ouvrages de droit des contrats consacrent une partie à cette responsabilité. Comme nous l'avons défini dans l'introduction, la responsabilité pour rupture des pourparlers intervient lorsque la négociation ne parvient pas à son terme. Elle ne vise donc pas dans cette thèse les hypothèses de défaut de validité du contrat tels que le défaut de capacité, le dol, la réticence dolosive ou la violation d'une obligation précontractuelle d'information[99].

31. Le droit français est fondé sur un principe de liberté contractuelle[100]. Les tribunaux français affirment que nul ne peut être tenu d'entrer en pourparlers. Il n'existe donc en principe pas d'obligation de négocier. C'est une liberté fondamentale de s'approvisionner ou de cesser de s'approvisionner chez un commerçant[101]. Nul n'est par exemple tenu d'adhérer à une association[102]. De même, une partie peut choisir de contracter avec le contractant de son choix[103]. Dans un arrêt de la Chambre des requêtes de 1924, la Cour de cassation a ainsi rappelé qu'un propriétaire peut refuser de vendre un terrain sans utilité pour lui, même au triple de sa valeur[104]. Un arrêt du 12 novembre 2020[105] estimait qu'une banque était libre de refuser son financement et

---

[99] Voir sur ce dernier point notamment la thèse du Professeur Fabre-Magnan, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992

[100] Voir par exemple P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, 13ème éd., LexisNexis, 2014, p. 59, n° 76 : « l'homme étant un être libre, il ne peut être soumis à des obligations autres que celles qu'il a voulues ; libre de s'engager sans contrainte, il ne l'est que dans la mesure où il l'a voulu ». J. Schmidt, « La période précontractuelle en droit français », RID Comp. 2.1990, p. 546, « Le déroulement de la négociation est placé sous le signe de la liberté contractuelle ». Conseil Constitutionnel, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, « Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». C'est également la vision dominante dans le monde : E. A. Farnsworth, « *General Report* », in '*Formation of Contracts and Pre-contractual liability*', ICC, 1990, p17.

[101] Cass. Com 5 juillet 94, n° 92-20.064, publié au Bulletin

[102] Cass Ass Plen, 9 février 2001, n° 99-17.642, publié au bulletin. Pour un exemple récent, Cass. 1ère civ., 11 octobre 2018, n° 17-23211, publié au bulletin, la clause qui « entravait la liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer en tout temps, était entachée de nullité absolue »

[103] Cass. Com 7 avril 98, n° 96-13.219, publié au Bulletin

[104] Cass. Req. 24 nov. 1924, S. 1927.1.217 note Brethe de la Gressaye.

[105] CA Aix-en-Provence, 12 novembre 2020, n° 17/21190

que son refus d'accorder un prêt n'entraînait donc pas la responsabilité en l'absence de tout autre fait générateur de responsabilité. De même, un arrêt du 20 février 2019[106] estimait que la banque qui avait entamé des négociations avec un emprunteur pour renégocier sa dette n'était pas responsable si elle n'accordait finalement pas cette renégociation, notamment si le débiteur « n'établissait pas avoir mis la banque en mesure d'apprécier ses éléments comptables et ne lui avait communiqué sa situation que quatre mois après le paiement de la première échéance, alors que celle-ci avait fait l'objet d'un différé de deux ans ». Pour la Cour de cassation, « aucune obligation de renégocier les conditions du prêt ne pesait sur la banque qui n'avait pris aucun engagement ferme à l'égard de l'emprunteur ».

32. Comme le rappelait un arrêt du 1er février 2018, « le principe reste celui de la liberté de conduite des pourparlers et de la liberté de les rompre ». Un arrêt du 10 mars 2022[107] confirmait que « la rupture unilatérale des pourparlers ne saurait constituer, en soi, un fait générateur de responsabilité [et] la rupture ne peut, en elle-même, être fautive, quand bien même elle causerait un préjudice au partenaire ». Dans cette affaire, les juges considéraient que ne constituait pas une faute le fait pour une commune de refuser de vendre à une SCI un terrain au prix de 8 euros le m2 mais de vendre ce terrain à ce prix deux ans plus tard à un tiers. Dans un arrêt du 7 octobre 2021[108], un client a engagé avec une banque la renégociation de son prêt. Suite à ces pourparlers, la banque a mis fin aux négociations. Les juges rappelaient que « la rupture de pourparlers précontractuels n'étant sanctionnée que si elle est fautive, le fait qu'ils aient été sérieux et avancés, ou que la SCI ait cru en la bonne fin de l'opération ne suffit pas, en soi, à caractériser l'existence d'une faute de la banque ». En l'espèce, la SCI « ne pouvait ignorer, puisque l'intervention de ce service est rappelée dans des courriers électroniques de Mme J. (des 18 et 19 octobre 2017 notamment), que son dossier devait être soumis au service prêt de la banque. Le seul fait que son dossier soit complet et les démarches effectuées ne constituait pas une garantie certaine de la conclusion effective du contrat ».

[106] Cass. 1ère civ., 20 février 2019, n° 17-23175
[107] CA Amiens, 10 mars 2022, n° 20/01968
[108] CA Versailles 7 octobre 2021, n° 19/08471

33. De même, une fois les négociations engagées, il n'y a pas d'engagement tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur les termes du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 7 novembre 2013[109], une société est entrée en négociations avec un partenaire financier, DZETA, « professionnel de ce type d'opérations », pour la renégociation de ses dettes. Les parties ont échangé des courriers de négociation. Au cours de cette négociation, DZETA a émis un *term sheet* extrêmement détaillé de 16 pages. Toutefois, la négociation n'a pas abouti. La cour d'appel refusa de donner un effet obligatoire au contrat. Elle déclara que « la cour ne peut que constater le désaccord des parties sur la portée de leur accord, DZETA parlant de finalisation de l'accord sur le montage financier et Monsieur M. de la définition du schéma capitalistique final ». Dans un arrêt du 29 mai 2013, la Cour de cassation refusait la responsabilité de l'auteur de la rupture des négociations et décidait « qu'ayant constaté que l'accord du 22 juillet 1998, dont l'essentiel des modalités restaient à finaliser, n'emportait aucun engagement ferme et définitif entre les repreneurs, sauf à mener les négociations de bonne foi, et qu'au jour de la signature de la convention du 23 octobre 1998, les engagements réciproques entre les parties, tant à l'égard de la société Rhodia chimie qu'entre les candidats repreneurs eux-mêmes, n'étaient encore que partiellement arrêtés, la cour d'appel a pu décider qu'aucune faute n'était caractérisée à la charge des sociétés Afipa et Continentale d'entreprises qui, en se retirant de l'opération de reprise, qualifiée de complexe et source de conflits, n'avaient fait qu'user de la liberté qu'elles avaient, à ce stade des négociations, de ne pas contracter »[110]. Dans un arrêt du 15 octobre 1996, la société Er Lanic a contacté la société Ludinvest pour fabriquer des pin's. Ludinvest a réalisé trois maquettes de pin's et adressé un bon de commande et commencé la fabrication de 1854 pin's. Or, Er Lanic n'a jamais renvoyé le bon de commande et a mis fin aux pourparlers. La Cour de cassation retient « que la preuve d'un accord entre les deux sociétés n'est pas rapportée […] la société Er Lanic en ne répondant pas à l'offre de la société Ludinvest n'avait pas commis de faute »[111]. Un arrêt du 21 septembre 2021 rappelait pour sa part que « S'agissant des pourparlers, l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres et doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'employeur n'est tenu à aucune obligation lorsque les promesses et les projets envisagés sont restés au stade des

[109] C.A. Paris, 7 novembre 2013, n° 12/13838
[110] Cass. 1ère civ., 29 mai 2013, n° 12-16563, inédit
[111] Cass. Com., 15 octobre 1996, n° 94-17010, inédit

hypothèses et la rupture de simples pourparlers ne peut, sauf abus, entraîner le versement de dommages-intérêts » [112].

Le droit a organisé comme pendant de cette liberté un régime de responsabilité pour rupture des pourparlers basé principalement sur la responsabilité délictuelle (SOUS-TITRE 1). Le droit français admet également le recours à d'autres fondements (SOUS-TITRE 2).

## SOUS-TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DELICTUELLE

34. Selon l'article 1112 du Code civil, « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ». L'analyse des décisions de justice montre que la définition de cette notion de « bonne foi » n'est pas aisée. Ce critère peut se révéler trompeur car les juges ne retiennent pas une conception subjective de la bonne foi. Comme on pourra le constater, les juges peuvent reconnaître une responsabilité alors qu'une partie était subjectivement « de bonne foi » et, inversement, refuser la responsabilité alors que l'état d'esprit de la partie qui rompt était blâmable.

En l'absence d'accord précontractuel, le droit français limite la liberté des parties par le biais d'un principe général fondé sur la responsabilité délictuelle. Selon l'article 1240 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». L'article 1241 du Code civil ajoute que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Afin d'établir une responsabilité délictuelle, les tribunaux français exigent un fait générateur de responsabilité, un préjudice réparable, et un lien de causalité entre ce fait générateur et ce préjudice[113]. Le Code civil français ne comportait jusque 2018 aucune disposition

[112] CA Riom, 21 septembre 2021, n° 20/00141
[113] Cass. Ass. Plen. 17 novembre 2000, n° 99-13.701, publié au bulletin

spécifique relative aux pourparlers[114]. C'est donc la jurisprudence qui a étendu l'application de ce principe général de responsabilité délictuelle à la période précontractuelle. Le principe est désormais fermement établi que la responsabilité pour rupture des pourparlers repose sur un fondement délictuel[115]. Ce fondement délictuel de la responsabilité précontractuelle pour rupture des pourparlers n'est pas partagé par l'ensemble des pays du monde et même par l'ensemble des pays d'Europe occidentale. L'Allemagne, depuis les écrits de Jhering[116], sanctionne en effet le comportement précontractuel sur un fondement contractuel. C'est la notion de *culpa in contrahendo*. La solution en pratique est proche puisqu'est sanctionné un intérêt négatif. La *culpa in contrahendo*, développée par la jurisprudence, est désormais intégrée dans le BGB[117].

On se focalisera dans cette thèse sur les situations génératrices de responsabilité. Cela justifie qu'on analyse les faits générateurs de responsabilité (Chapitre 1) avant de s'intéresser aux causes d'exonération (Chapitre 2)

## CHAPITRE 1 : LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE

35. On préfèrera la notion de fait générateur de responsabilité à celle de faute. En effet, comme le montre l'analyse de la responsabilité délictuelle appliquée à la rupture des pourparlers, la situation qui entraîne une responsabilité n'est pas nécessairement une faute au sens moral du terme. Les juges utilisent un faisceau d'indices[118]. Ainsi, par exemple, un arrêt du 16 juin 2017[119] retenait que « le caractère abusif de la rupture des pourparlers s'appréciait à l'aune de différents critères et notamment la durée et l'avancement des pourparlers, le caractère soudain de la rupture, l'existence ou non d'un motif légitime, le fait pour l'auteur d'avoir suscité chez son partenaire la

[114] Les différents projets de réforme du droit des contrats proposés ces dernières années contiennent en revanche tous de telles dispositions.
[115] Par exemple Cass. Com. 20 Mars 1972 (Société des Etablissements Gerteis c/ Société Etablissements Vilbert-Lourmat), n° 70-14.154, publié au Bulletin; Cass. Com. 26 nov 2003 (Société Alain Manoukian c/ consorts X), n° 00-10.243 et n° 00-10.949, publié au Bulletin
[116] R. Von Jhering, *4 Jahbrucher Fur Die Dogmatik Des Heutigen Romischen Und Deutschen Privatrechts I,* (1861) in R. Von Jhering, *Gesammelte Aufsatze* 327 (1881).
[117] § 311 BGB
[118] Les exemples de jurisprudence cités liés à l'immobilier ici ont déjà été présentés dans un article publié dans la revue Administrer en 2019.
[119] CA Saint-Denis de la Réunion, 16 juin 2017, n° 15/02254

confiance dans la conclusion du contrat envisagé ». Alors que les juges utilisaient classiquement un faisceau d'indices (Section 1), ils se réfèrent de plus en plus à la croyance légitime (Section 2).

## SECTION 1 : LE FAISCEAU D'INDICES

Les tribunaux français ont développé un ensemble de critères pour déterminer si un fait générateur de responsabilité doit être reconnu en cas de rupture des négociations. Ils exigeront que les parties envisagent la conclusion du contrat (I), qu'ils ne se comportent pas de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire (II), sanctionneront la légèreté blâmable (III), la brutalité de la rupture (IV), la prolongation des négociations sans intention de conclure (V) ou l'existence de négociations parallèles (VI). La durée des pourparlers (VI) ou le comportement de l'auteur de la rupture (VII) seront également pris en compte par les juges.

### I- L'OBLIGATION D'ENVISAGER LA CONCLUSION DU CONTRAT

36. Est fautif le fait d'engager des négociations sans intention de parvenir à un contrat. La Cour de cassation a appliqué ce principe dans l'arrêt Ossona c/ Al Esayi. Dans cette affaire, Ossona était entré en pourparlers pour acheter un immeuble appartenant à Al Esayi. Ossona avait obtenu d'Al Essayi l'engagement de ne pas louer l'immeuble dans l'intervalle. Le jour de la signature de l'acte, il a informé Al Esayi qu'il ne disposait pas de garantie bancaire et que son prêt ne lui avait pas été accordé. Il a donc rompu les négociations pour ce motif. La Cour de cassation a sanctionné ce contractant qui avait engagé une négociation pour acheter cet immeuble, au motif qu'il avait caché aux vendeurs qu'il aurait besoin de recourir à un prêt et qu'il n'avait pas les moyens d'acheter. Pour la Cour, « M. Ossona était dans la nécessité de recourir à un prêt bancaire pour payer la totalité du prix, sans toutefois en avoir fait état auprès de ses cocontractants, leur laissant croire qu'il serait en mesure de payer le solde du prix à terme avec ses fonds propres »[120].

[120] Cass 1e civ, 6 janvier 1998 (Ossona c/ Al Esayi), n° 95-19.199, publié au Bulletin

## II- MAUVAISE FOI ET INTENTION DE NUIRE

37. Les tribunaux sanctionnent la mauvaise foi d'un contractant. Dans un arrêt du 26 octobre 1993[121], une promesse unilatérale de vente d'une société à vocation immobilière avait été conclue. Quinze jours avant la levée de l'option par le bénéficiaire, le promettant avait déclaré renoncer à son projet. La Cour de cassation rejetait le pourvoi contre l'arrêt dans lequel les juges de la cour d'appel retenaient la responsabilité de l'auteur de la rupture « dont ils ont constaté la mauvaise foi ».

    Toutefois, la mauvaise foi ou l'intention de nuire ne sont pas des conditions nécessaires à la responsabilité. Ainsi, un arrêt du 22 mai 2008[122] rappelait que « la loyauté s'impose aux parties même dans la période pré-contractuelle [et] la faute est constituée dès lors qu'une partie y a manqué sans qu'il soit nécessaire, comme le soutiennent les sociétés intimées, que la partie qui met fin aux pourparlers ait eu la volonté de tromper l'autre sur l'objet des négociations ». Dans l'arrêt Société Nussbaum c/ Société Sanitar du 3 juin 1986[123], Sanitar a demandé à Nussbaum de lui fabriquer des robinets. Les négociations ont échoué. Sanitar a ensuite utilisé le procédé et a diffusé des robinets identiques. L'invention de Nussbaum n'était protégée par aucun droit de propriété industrielle et aucun avant-contrat n'avait été conclu. Dans cette affaire, la Cour de cassation a décidé qu'il était possible d'agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle par une action pour concurrence déloyale. Le juge a en effet considéré que la société Sanitar avait réalisé une création propre et originale. « La société Nussbaum, qui avait reçu les plans et modèles de la société Sanitar, en avait fait une copie servile, obtenant ainsi un coût de fabrication réduit et provoquant une confusion auprès de la clientèle »[124], ce qui constituait un comportement constitutif d'une concurrence déloyale. La société Nussbaum devait donc indemniser la société Sanitar pour le préjudice subi par Sanitar du fait de cette faute délictuelle.

## III- LA LEGERETE BLAMABLE

[121] Cass. Com, 26 octobre 1993, n° 91-16593, inédit
[122] CA Lyon, 22 mai 2008, n° 07/02305
[123] Cass. Com. 3 juin 1986, (société Nussbaum c/ société Sanitar), n° 84-16971, publié au Bulletin
[124] Id.

38. Une partie peut engager sa responsabilité pour rupture des pourparlers en cas de légèreté blâmable. Dans un arrêt du 22 février 1994[125], la Cour de cassation reconnaissait la responsabilité du bailleur dans le cadre de la cession d'un bail, malgré l'absence de mauvaise foi. Le fait que le bailleur négocie l'acceptation de la cession de bail puis, en cours de négociation, formule de nouvelles prétentions alors que le cédant et le cessionnaire avaient précédemment respecté, mot pour mot, les suggestions émises par le bailleur, relevait d'une légèreté blâmable et entraînait la responsabilité du bailleur. Dans un arrêt du 7 février 2007[126], les parties étaient en discussion pour conclure un bail commercial depuis à tout le moins courant 2001 et que le candidat preneur avait poursuivi jusqu'ici ces discussions en exprimant son intention d'aboutir. La rupture, en novembre 2002, des pourparlers avancés apparaissaient constitutive d'une légèreté blâmable. Un arrêt du 9 février 2009[127] reconnaissait pour sa part la légèreté blâmable du vendeur qui, par un comportement équivoque, avait entretenu son locataire dans l'illusion de la vente de la villa et entretenu des pourparlers avancés, avant de l'informer d'une situation personnelle qui avait subi des modifications conséquentes et le contraignait à renoncer pour le moment à la vente.

## IV- LA BRUTALITE DE LA RUPTURE

39. Un autre fait générateur de responsabilité est la brutalité de la rupture. Dans un arrêt du 19 février 2002[128], la Cour de cassation déclarait que « la responsabilité dans la rupture des pourparlers ne pouvait être engagée qu'en cas de preuve d'une faute consistant en un refus de contracter brusque et déloyal, mis en œuvre alors que l'autre partie a été maintenue de manière prolongée dans l'espoir de la conclusion d'une convention ». Un arrêt du 1er juin 2006 reconnaissait la responsabilité de l'auteur de la rupture d'une négociation portant sur un bail professionnel au motif qu'il avait mis fin de manière brutale et sans motif légitime à des pourparlers très avancés puisque la rédaction du bail avait été réalisée, que les parties avaient trouvé un accord sur la prise en charge respective des travaux à réaliser et sur le montant du loyer. Un arrêt du 18

[125] Cass. Com., 22 février 1994, n° 91-18842, publié au Bulletin
[126] CA Paris, 7 février 2007, n° 06/02762
[127] CA Basse-Terre, 9 février 2009, n° 07/01272
[128] Cass 3ème civ., 19 février 2002, n° 00-19714, inédit

décembre 2008, les juges retenaient « qu'aucun élément ne justifie le brusque refus de la société PPS de vendre le bien réservé par les époux Y. ». Un arrêt du 16 mars 2009[129] décidait qu'une rupture intempestive et brutale des pourparlers par une des parties pouvait être considérée comme une faute de nature à engager la responsabilité précontractuelle. Un arrêt du 13 avril 2017[130] reconnaissait, à l'occasion d'une négociation avancée de cession de part sociales, que rien ne pouvait laisser présager la subite volte-face de l'appelante si bien que la rupture brutale, sans motif légitime et de sa seule initiative, était jugée comme abusive. Un arrêt du 16 juin 2017[131] retenait qu'était fautive la rupture brutale et tardive de pourparlers particulièrement avancés. Un arrêt du 18 janvier 2018[132] retenait que la notification après 18 mois de pourparlers sur la base d'un prix révisable à la baisse d'un prix finalement non révisable caractérise, par son caractère tardif, raisonnablement imprévisible et nécessairement inacceptable pour les acquéreurs en ce qu'il modifiait substantiellement l'économie du projet, la déloyauté dans la conduite des discussions précontractuelles, le désaccord des parties n'ayant antérieurement jamais porté sur le caractère révisable du prix.

## V- LA PROLONGATION DES NEGOCIATIONS SANS INTENTION DE CONCLURE

40. La décision la plus connue en matière de responsabilité pour rupture des pourparlers en droit français est l'arrêt Manoukian du 26 novembre 2003[133]. Dans cette affaire, les juges ont reconnu la responsabilité de l'auteur de la rupture alors que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Manoukian était en droit de penser que les consorts X. étaient toujours disposés à lui céder leurs actions. En n'informant la société Manoukian que 14 jours après avoir vendu à un tiers, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, les consorts X. avaient rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner.

[129] CA Bordeaux, 16 mars 2009, n° 08/00060
[130] CA Bordeaux, 13 avril 2017, n° 15/03864
[131] CA Saint-Denis de la Réunion, 16 juin 2017, n° 15/02254
[132] CA Nîmes, 18 janvier 2018, n° 16/02927
[133] Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10949, publié au Bulletin

Dans un arrêt du 31 mars 2005[134], les studios Warner Bros étaient entrés en négociation avec Mme X. pour commercialiser des produits à l'occasion de la sortie du film Harry Potter. Il était prévu que Mme X solliciterait la créatrice Agnès B. Les parties ont eu des négociations avancées, Warner Bros transmettant à Mme X. un projet de contrat. Alors que les négociations étaient en cours, Warner Bros a proposé à Agnès B. de contracter directement sans le concours de Mme X. Warner Bros n'a pas informé Mme X. de ces démarches parallèles. Warner Bros a ensuite rompu les pourparlers, évoquant des difficultés quant à sa forme juridique d'exercice et arguant d'un manque de surface financière de celle-ci. Mme X a assigné pour voir reconnaître un contrat de concession commerciale pour un préjudice de 505.000 euros et, alternativement, des dommages et intérêts pour rupture des pourparlers pour un préjudice de 106.000 euros. La cour d'appel a refusé de reconnaître un contrat. Sur la rupture des pourparlers, elle a également débouté Mme X. Elle a toutefois sanctionné le comportement précontractuel de Warner Bros. Pour les juges, « quelle que soit la pertinence des raisons qui l'avaient amenée à marginaliser madame X... après que les pourparlers tripartites lui aient permis d' établir avec la société CMC AGNES B une collaboration directe, la société WARNER BROS FRANCE se devait de montrer une parfaite loyauté dans sa décision, eu égard aux efforts déployés de bonne foi par sa partenaire ; Considérant au contraire qu'elle lui a dissimulé, sous le prétexte tardivement évoqué de la nécessité d'une garantie bancaire, son intention de traiter directement la concession de licence avec la société CMC AGNES B, laissant madame X... dans l'expectative de la conclusion du contrat, tout en ayant décidé d'y renoncer dans l'hypothèse, qui s'est révélée exacte, où la société CMC AGNES B accepterait de traiter directement ; Considérant que, dans ces circonstances, madame X... a continué de déployer ses efforts pour réaliser l'opération qui devait aboutir dans des délais impératifs liés à la date de diffusion, en France, du film Harry Potter ; Considérant que madame X... est dès lors bien fondée à faire à la société WARNER BROS FRANCE le grief d'une attitude déloyale dans la rupture des pourparlers ».

## VI- LES NEGOCIATIONS PARALLELES

[134] C.A. Versailles, 31 mars 2005, n° 03/08452

41. Le fait d'entretenir des négociations parallèles n'est pas en soi une faute. Ainsi, dans un arrêt du 12 mai 2004[135], la Cour de cassation décidait que « le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant objet de la cession ». De même, un arrêt du 6 janvier 2009[136] reconnaissait que « des négociations avec un acheteur potentiel n'interdisent ni la recherche d'un autre acheteur potentiel ni celle de négociations parallèles, M. Z. pouvant comprendre qu'il n'était pas le seul acquéreur possible à une époque où le marché était bien orienté ». En l'absence de contrat de négociation, les parties sont donc en principe libres d'entretenir avec d'autres personnes des négociations parallèles sans avoir besoin d'avertir l'autre partie. Il s'agit d'une application du principe de libre concurrence, qui va permettre aux parties à la négociation de profiter des conditions ou du tarif le plus avantageux.

Toutefois, lorsque les négociations parallèles sont cachées au partenaire, elles peuvent devenir un fait générateur de responsabilité. Celui qui négocie et ignore qu'il est en concurrence risque de croire plus facilement à une issue favorable de la négociation. Il peut même croire à une quasi-certitude de contrat. La partie qui entretient des négociations parallèles peut engager sa responsabilité si elle laisse son partenaire dans cette croyance et rompt ensuite les négociations, ou si elle pousse celui-ci à engager des frais sans l'avertir du caractère précaire de sa situation. C'est notamment le cas si s'est développée entre les parties une relation de confiance. Celle-ci peut résulter de la négociation ou des rapports entre les parties, comme entre le dirigeant d'une société et un associé de celle-ci. Ce qui est sanctionné, ce n'est pas le fait d'entretenir des négociations parallèles, mais de ne pas avertir son partenaire et de le laisser croire qu'il est seul à négocier. Dans ce cas, celui qui entretient des négociations parallèles pourra être tenu d'informer le partenaire afin d'éviter toute responsabilité.

## VII- L'AVANCEMENT DES POURPARLERS

[135] Cass. Com., 12 mai 2004, n° 00-15618, publié au Bulletin
[136] CA Caen, 6 janvier 2009, n° 07/02486

42. L’avancement des pourparlers a une influence sur la reconnaissance de la responsabilité pour rupture des pourparlers. Celui-ci peut résulter de la durée des négociations ou de leur intensité.

Dans un arrêt du 12 mars 2019[137], McDonald’s est entré en négociation pour acheter des murs et fonds de commerce. En août 2016, McDonald’s a adressé une lettre d’intention faisant part de son intérêt de principe pour acquérir le local et le fonds de commerce aux prix global de 3 .500.000 € (2.500.000 € pour les murs et 1.000.000 € pour le fonds de commerce), sous conditions suspensives visant notamment à garantir la faisabilité du projet. Les vendeurs ont retourné, signée, la lettre d'intention avec une modification notamment sur le prix total de l'opération 3.600.000 € (2.600.000 € pour les murs et 1.000.000 € pour le fonds de commerce. McDonald’s a fait réaliser des études de faisabilité. Au cours du mois de novembre 2016, les parties ont poursuivi la négociation sur les conditions des deux cessions, et échangé les premiers projets de compromis de cession du fonds de commerce et de vente des murs. Au début du mois de décembre 2016 les sociétés McDonald's ont pris la décision de ne pas donner suite aux deux projets d'acquisition. Les pourparlers ont duré au total 10 mois. Pour refuser la responsabilité, les juges retiennent qu’au « regard de l'ampleur de l'opération, de son coût d'investissement, des contraintes techniques et environnementales liées à la situation des locaux dans le quartier historique de La Rochelle […] cette opération s'est déroulée dans un délai raisonnable et ce d'autant plus que jusqu'en juillet 2016, les sociétés Lucar et 5 A pouvaient conduire librement des discussions avec d'autres acquéreurs potentiels ». De même, dans un arrêt du 10 décembre 2020[138], relatif à la vente d’actions d’une société, les juges considéraient que « Les pourparlers en litige ont donc duré 8 mois, durée qui ne parait pas déraisonnable pour une acquisition envisagée à hauteur de plus de 10 millions d'euros ».

Le seul fait que les pourparlers soient avancés n’est pas suffisant pour justifier la responsabilité. Ainsi, dans un arrêt du 15 octobre 2019[139], un maraicher a engagé des négociations avec un GAEC pour le rejoindre. Les négociations ont échoué après un an de pourparlers. Les juges ont refusé de reconnaître la responsabilité du maraicher

[137] CA Poitiers, 12 mars 2019, n° 18/00579
[138] CA Paris, 10 décembre 2020, n° 19/14414
[139] CA Rennes, 15 octobre 2019, n° 17/08481

auteur de la rupture, au motif que « M. D. s'est véritablement investi dans le projet d'association qui a échoué pour des raisons de financement ».

Les juges tiendront souvent compte de l'avancement des pourparlers pour renforcer les obligations précontractuelles de l'auteur de la rupture. Ainsi, un arrêt du 9 juillet 2009[140] reconnaissait à l'occasion de la cession d'un fonds de commerce que, « eu égard au caractère très avancé des pourparlers marqués par un début d'exécution anticipée de la finalisation du projet, et au refus de M. Z.A. de s'expliquer sur les raisons de sa décision de ne pas signer l'acte de cession, leur rupture unilatérale revêt un caractère soudain et brutal de nature à engager la responsabilité délictuelle pour faute de son auteur à l'égard des personnes qui ont subi un préjudice direct et certain en relation avec cette rupture abusive ». Dans un arrêt du 22 mai 2008[141], les juges ont retenu que l'avancement des pourparlers résultait des déclarations émises par les parties à l'occasion de la négociation. La Cour d'appel a notamment pris en compte plusieurs courriers qui mentionnaient que la société réitérait sa volonté d'aboutir sur le projet. Elle a ainsi considéré que « ces courriers ne laissent place à aucune ambigüité sur l'interprétation à donner des intentions des sociétés CET et MEX sur la finalisation du projet ». Si la rupture n'était pas impossible, elle entraînait la responsabilité de son auteur si elle n'était pas fondée sur un motif légitime. Dans un arrêt du 16 novembre 2021[142], des parties ont négocié pendant un an la vente d'un bateau. Le vendeur a fait une proposition à 29.500 euros, que l'acheteur a accepté, proposant de s'appeler pour les modalités pratiques. Or, le lendemain, le vendeur mettait fin aux négociations, évoquant une proposition concurrente à 32.000 euros. Les juges sanctionnaient le vendeur qui avait soudainement revu sa position. Pour les juges, « Les conditions ci-dessus analysées d'établissement de l'accord des parties en vue de la vente et celles du refus soudain du vendeur au prétexte d'une proposition, dont ni le sérieux, ni la réalité ne sont avérés, caractérisent une déloyauté certaine de M C. »

## VIII- LE COMPORTEMENT DE L'AUTEUR DE LA RUPTURE

[140] CA Pau, 9 juillet 2009, n° 08/01651
[141] CA Lyon, 22 mai 2008, n° 07/02305
[142] CA Aix-en-Provence, 16 novembre 2021, n° 19/01882

43. Indépendamment du caractère abusif de la rupture, les conditions de cette rupture peuvent engager la responsabilité. Ainsi, un arrêt du 23 septembre 2009[143] a reconnu la responsabilité pour dénigrement à l'occasion de la rupture d'une partie qui avait, suite à celle-ci, adressé une lettre circulaire à ses contacts mettant en cause les compétences professionnelles de son partenaire. Dans un arrêt du 12 janvier 1999, la Cour de cassation a en revanche rejeté une action en responsabilité, décidant que « rien, dans l'accord du 20 mars 1990 marquant l'entrée en négociation, n'emportait obligation pour l'une ou l'autre des parties de mener ces pourparlers à leur terme et que la rupture a été immédiatement et loyalement signifiée ; qu'en cet état, la cour d'appel a pu décider qu'aucune faute n'était donc caractérisée à la charge de la société Sofiroute et de la Compagnie la Hénin qui n'ont jamais fait qu'user de la liberté qu'elles avaient de ne pas contracter et n'ont pas manqué à la bonne foi qui doit présider aux relations commerciales »[144].

C'est la prise en compte de l'ensemble des indices exposés ci-dessus, dont la liste n'est pas exhaustive et ne lie pas le juge, qui conduit ce dernier à reconnaître l'existence d'un fait générateur de responsabilité. De plus en plus, comme le montre également l'analyse statistique de la jurisprudence, les tribunaux tiennent également compte de la croyance légitime du demandeur.

## SECTION 2 : LA CROYANCE LEGITIME

Depuis une vingtaine d'années, on peut constater un recours croissant des juges au critère de la croyance légitime. L'auteur de la rupture sera sanctionné s'il avait suscité une croyance légitime de son partenaire dans la conclusion du contrat ou la poursuite des négociations (I). Inversement, les juges refuseront la responsabilité s'ils constatent que cette croyance légitime était absente (II).

[143] CA Paris, 23 septembre 2009, n° 07/06702
[144] Cass. Com., 12 janvier 1999, n° 96-14604, inédit

## I- LA PRISE EN COMPTE DE LA CROYANCE LEGITIME PAR LES JUGES

44. Les juges se réfèrent de plus en plus souvent à la croyance légitime pour sanctionner l'auteur de la rupture des négociations. Dans un arrêt du 11 juillet 2000[145], la Cour de cassation a retenu la responsabilité dans le cadre de la rupture d'un contrat d'association entre deux architectes. La Cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'apporter la preuve d'une mauvaise foi ni d'une intention de nuire. En l'espèce, la responsabilité pouvait bien être admise car les pourparlers étaient très avancés, l'associé qui avait rompu les pourparlers avait déjà présenté son partenaire comme son associé et l'avait entretenu dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer les manquements professionnels de celui-ci, guidé seulement pas un excès de prudence. La faute était donc matérialisée dès lors que la rupture se trouvait dépourvue de motif légitime. De même, dans un arrêt du 9 décembre 2020[146], une boucherie est entrée en négociation avec un cessionnaire des parts sociales début 2016. Les négociations se sont prolongées entre les parties en raison des réticences du bailleur à consentir à un changement de destination des lieux loués. Un projet de promesse synallagmatique de cession été établi en mars 2017 qui n'a pas été signé. Le cessionnaire a rompu les pourparlers. La cour d'appel a retenu le caractère avancé des pourparlers et estimé que « Concernant la faute reprochée à la société Fromages et Cie, si celle-ci avance aujourd'hui les difficultés rencontrées avec la SCI La Bouvée pour justifier de la renonciation à poursuivre l'acquisition des parts sociales, force est de constater qu'elle n'en rapporte pas la preuve et n'a d'ailleurs jamais donné la moindre explication à la rupture des négociations et à son refus de signer la promesse après 15 mois de négociations ».

45. Un arrêt du 22 mai 2008[147] sanctionnait l'auteur de la rupture de pourparlers qui avait entretenu son partenaire dans l'espoir qu'un contrat de partenariat pourrait être conclu.

[145] Cass. Com., 11 juillet 2000, n° 97-18.275, Inédit
[146] CA Chambéry, 9 décembre 2020, n° 18/01014
[147] CA Lyon, 22 mai 2008, n° 07/02305

Dans un arrêt du 12 janvier 2010[148], la cour d'appel de Rennes reconnaissait à son tour la responsabilité liée à la rupture unilatérale de pourparlers avancés, intervenue dans des circonstances déloyales. L'auteur de la rupture avait en effet laissé espérer à son partenaire que le contrat allait être conclu, avant de se rétracter de façon brusque et imprévisible. Un arrêt du 24 octobre 2017[149] retenait que « pour apprécier le caractère abusif de pourparlers contractuels, le juge peut prendre en considération – la durée des échanges pré contractuels – les circonstances ayant pu conduire le négociateur finalement délaissé à penser que l'autre négociateur s'engagerait dans un délai suffisamment rapproché – le contexte prévu pour finaliser matériellement l'engagement en ce qu'il donnait à penser que la contractualisation définitive allait se faire ». Un arrêt du 19 janvier 2018[150] considérait pour sa part que les éléments à prendre en compte sont notamment la durée des pourparlers, l'état d'avancement des pourparlers et le fait d'avoir suscité la confiance dans la conclusion du contrat.

46. Dans un arrêt du 12 mai 2021[151], les juges refusaient de reconnaître le caractère brutal de la rupture des pourparlers mais sanctionnaient l'auteur de la rupture. Selon les demandeurs, « Vis-à-vis des sociétés Coréal et Corimmo Invest, l'appelante invoque l'apparence trompeuse qu'elles auraient donné de ce qu'elles pouvaient donner leur accord sur la signature du bail ». La cour d'appel sanctionnait, estimant que « ces sociétés ont à tout le moins manqué de prudence dans leurs écrits vis-à-vis de l'appelante en laissant penser qu'il existait un accord du bailleur, lequel n'a jamais été établi ». De même, dans un arrêt du 13 janvier 2022[152], « lorsque des échanges sur les éléments essentiels d'un contrat sont intervenus, la rupture brutale des négociations pré-contractuelles devient fautive lorsqu'elle intervient en l'absence d'un motif légitime, alors que l'autre partie pouvait légitimement croire au succès des négociations ». Dans cette affaire, un bailleur a engagé des négociations avec un preneur à bail commercial. Le preneur a mené l'ensemble des démarches d'implantation, sollicitant un architecte et demandant une licence IV. Finalement, le propriétaire a décidé de vendre à un tiers plutôt que de louer et rompu les négociations. Les juges considéraient qu'il « résulte de l'ensemble de ces éléments

[148] CA Rennes, 12 janvier 2010, n° 08/08475
[149] CA Poitiers, 24 octobre 2017, n° 16/01386
[150] CA Paris, 19 janvier 2018, n° 15/21628
[151] CA Bordeaux 12 mai 2021, n° 18/04881
[152] CA Pau, 13 janvier 2022, n° 20/01867

qu'alors que les parties s'étaient entendues sur les éléments essentiels du bail commercial, principalement sur le montant du loyer et la nature de l'activité envisagée, une rupture brutale des négociations pré-contractuelles est intervenue […] Cette rupture doit être qualifiée de fautive puisque, sans que la SCI L'estampille n'évoque un motif légitime, il est avéré qu'elle a parallèlement à la poursuite des opérations précontractuelles réalisées par l'entremise d'une agence immobilière qu'elle a elle-même mandatée, mené d'autres négociations pour vendre son bien à un tiers, sans en informer Monsieur Florent L., alors que celui-ci, face au silence gardé par la SCI L'estampille sur ce projet de vente, pouvait légitimement croire au succès des négociations ».

47. Ce critère de la croyance légitime est important. Un arrêt du 21 septembre 2017 reconnaissait que « la rupture des pourparlers est fautive si elle est déloyale ou abusive et notamment si elle intervient à un stade avancé des négociations sans que l'autre partie ait été prévenue de son éventualité » [153]. C'est le fait d'avoir maintenu le partenaire dans l'illusion que le contrat allait être conclu qui justifie donc, le plus souvent, la reconnaissance de la responsabilité. Dans cet arrêt, les juges ont ainsi retenu que la société ne pouvait, à ce stade avancé des négociations et alors que les modalités de cession avaient été discutées depuis plus de six mois, soumettre cette cession à de nouvelles conditions comme la signature d'une garantie à première demande, cette nouvelle condition étant inacceptable pour les cédants et dissimulant en fait une volonté de ne plus contracter. Il en résultait que l'annulation de la cession intervenue soudainement la veille du jour où celle-ci devait intervenir, sans aucune explication sérieuse de la part du cessionnaire, et l'abandon par ce dernier du projet de cession au motif d'un désaccord sur les nouvelles modalités proposées unilatéralement sans aucune concertation à un stade où les modalités de la cession avaient été définitivement arrêtées, constituait un abus constitutif d'une faute délictuelle.

Le critère de la croyance légitime est utilisé par les juges pour justifier la responsabilité, mais également pour l'exclure.

[153] CA Paris, 21 septembre 2017, n° 16/13226

## II- LA PRISE EN COMPTE DE L'ABSENCE DE CROYANCE LEGITIME

48. Les juges prenant en compte la croyance légitime, ils seront réticente à reconnaître une responsabilité si l'auteur de la rupture n'avait pas suscité une telle croyance légitime. Une manière d'éviter la responsabilité sera donc d'être clair pendant la négociation. Une parfaite information des parties sur le stade de la négociation permettra en effet de supprimer cette croyance légitime. Dans un arrêt du 12 mars 2019[154], les juges refusaient ainsi la responsabilité pour rupture des pourparlers au motif que « la chronologie des pourparlers ne révèle pas de mauvaise foi de la part des sociétés McDonald's qui ont pendant la courte période des pourparlers précontractuels lesquels ont été transparents et explicites avec des échanges réguliers d'informations et d'avancements des études de faisabilité diligentées de façon rapide aux frais des sociétés McDonald's pour déterminer la faisabilité de leur projet. Il a par ailleurs été souligné que les acquéreurs potentiels ont dû faire face à une résistance importante de la population locale de la ville de La Rochelle ». De même, la connaissance par la victime des conditions de la négociation pourra réduire la responsabilité. Dans un arrêt du 19 novembre 2021[155], un centre hospitalier est entré en négociation avec la CPAM pour le règlement d'un litige relatif à des sommes non remboursées. Les négociations ont commencé en 2009. LA CPAM a refusé la transaction en 2016 et proposé un remboursement sous une autre forme. Les juges retenaient que « la décision de la caisse ne constitue pas une rupture des pourparlers et comporte compte tenu de son absence d'autonomie que la trésorerie du centre hospitalier ne peut ignorer, étant comptable public, une nouvelle offre de règlement nonobstant l'accord antérieur du directeur de la caisse sur le projet de protocole transactionnel ». Dans un arrêt du 30 septembre 2021[156], un acheteur est entré en contact avec une commune et a fait une proposition. Le maire a marqué son intérêt mais précisé qu'il devait présenter au conseil municipal. Le conseil municipal a refusé. Les échanges ont continué et la mairie a eu une autre proposition qu'elle a transmis à l'acheteur. L'acheteur n'a pas répondu avant plusieurs jours et la commune a vendu au tiers. Les juges retenaient

[154] CA Poitiers, 12 mars 2019, n° 18/00579
[155] CA Toulouse, 19 novembre 2021, n° 19/00596
[156] CA Douai, 30 septembre 2021, n° 19/06177

qu'il « ne ressort aucunement des éléments de la cause que la commune d'Estaires représentée par son maire, sachant que pour ce qui concerne ladite commune la vente était soumise à des contraintes liées à la nécessité de délibérations successives et à la nécessité d'obtenir un prix de vente qui soit le plus conforme possible à l'évaluation qui pourrait en être donnée par le service des Domaines, n'a rien caché de la réalité de pouvoirs du maire en matière d'accord sur un prix de vente déterminé et n'a rien caché par ailleurs de la seconde offre qui lui avait été faite à hauteur de la somme de 120 000 euros. […] Force est de constater qu'il n'est pas démontré que le vendeur a entretenu de manière fautive les candidats acquéreurs dans l'illusion de ce que le projet de vente allait nécessairement se concrétiser, tant au regard du contenu des informations données, des délais donnés aux candidats acquéreurs pour répondre et formuler des contre-propositions que de la durée des pourparlers. L'existence par ailleurs d'une offre d'un montant supérieur faite par un tiers, offre à la suite à laquelle les appelants ne se sont pas positionnés de manière ferme et précise constituait un motif légitime de rupture des pourparlers ».

49. De même, si les négociations sont embryonnaires, cette croyance légitime sera plus difficile à établir. Ainsi, un arrêt du 11 octobre 2016[157] a décidé qu'aucun contrat cadre n'étant conclu entre les parties, la commande de prototypes pouvait certes susciter des espoirs légitimes de développement de celui qui les fabriquait mais qu'il fallait encore qu'il s'assure, pour asseoir sa prétention à recevoir des indemnités pour rupture abusive des pourparlers, avoir obtenu une promesse d'engagement suffisamment concrète de la part de son interlocuteur, ce qui faisait en l'espèce défaut. De même, dans l'arrêt du 30 septembre 2021[158] déjà cité, les juges tenaient compte de la faible durée des pourparlers pour refuser la responsabilité.

Les juges français se réfèrent donc à un faisceau d'indices pour déterminer si la rupture des pourparlers constitue un fait générateur de responsabilité. Même si ces éléments sont réunis, le tribunal pourra refuser de reconnaître une responsabilité si l'auteur de la rupture justifie d'une cause d'exonération de sa responsabilité.

[157] CA Versailles, 11 octobre 2016, n° 14/02946
[158] Op. cit.

## CHAPITRE 2 : LES CAUSES D'EXONERATION DE RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

Lorsque les conditions de la responsabilité sont réunies, la responsabilité peut être refusée par les juges pour plusieurs raisons. Un élément peut excuser la survenance du fait générateur (Section 1). Il peut également manquer une autre condition de la responsabilité (Section 2).

## SECTION 1 : LES CAUSES D'EXONERATION DU FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE

Plusieurs causes d'exonération peuvent être reconnues telles qu'un désaccord persistant entre les parties (I), l'existence d'un motif légitime de rupture (II), le comportement de la victime (III), ou le caractère embryonnaire des négociations (IV)

### I- LE DESACCORD PERSISTANT

50. L'existence de négociations, mêmes avancées, n'oblige pas à conclure le contrat. Les négociations peuvent échouer sans aucune responsabilité dès lors que subsiste un désaccord. Dans un arrêt du 6 janvier 2009[159], une négociation relative à la construction d'un lotissement avait échoué. Les juges ont relevé que les parties n'étaient pas parvenues à un accord. Ils constataient également, pour refuser la responsabilité, que les échanges entre notaires montraient des propositions et contre-propositions et que rien ne permettait de mettre en doute la sincérité de ces propositions. Dans un arrêt du 10 mars 1998[160], la société Limagrain était entrée en négociations avec M. Faton pour acheter les parts de sa société. Après une négociation sur plusieurs éléments du contrat, la négociation du prix avait laissé apparaître un profond désaccord. Les négociations avaient donc échoué. La Cour de cassation décidait qu'aucune responsabilité n'était engagée puisque Faton avait mis fin aux pourparlers rapidement après que les difficultés en matière de prix apparaissent. Cette

[159] CA Caen, 6 janvier 2009, n° 07/02486
[160] Cass. Com., 10 mars 1998 (Société Groupe Limagrain Holding c/Louis Faton), n° 95-21126, inédit

vision est reprise dans d'autres décisions qui confirment que l'échec des pourparlers du fait de désaccords persistants n'entraîne pas de responsabilité. Un arrêt du 5 avril 2002 jugeait que ne commettait pas une faute la société qui avait longuement poursuivi les négociations avec la volonté d'aboutir avant de mettre un terme définitif aux discussions du fait d'un désaccord persistant[161]. De même, dans un arrêt du 20 mars 2014[162], des pourparlers avaient été engagés entre un architecte et l'un de ses collaborateurs en vue de la reprise de la clientèle de l'agence dans laquelle ce dernier exerçait. Les négociations avaient échoué. Le cédant avait engagé la responsabilité de son partenaire pour rupture des pourparlers. La Cour de cassation considérait que « la rupture des pourparlers litigieux, qui avait résulté non d'un manquement imputable à faute à M. X... mais d'une absence d'accord entre les parties, n'avait pas été brutale ». Le seul désaccord sur des éléments du contrat ne permet donc pas d'engager la responsabilité de la partie qui rompt les pourparlers.

Un arrêt du 16 mars 2009[163] estimait que, dès lors qu'il apparaît que les pourparlers en vue de la cession d'un fonds de commerce n'étaient pas concrétisés par un accord sur la chose et sur le prix, cette rupture, au regard de la durée et de l'état d'avancement des pourparlers, ne revêtait pas un caractère fautif. De même, comme le rappelle un arrêt du 1er avril 2009[164], le refus persistant du demandeur des conditions posées par l'auteur de la rupture exclut toute responsabilité de celui-ci dès lors qu'aucun abus dans l'exercice du droit de rupture n'est caractérisé. Dans un arrêt du 5 mai 2009[165], la Cour de cassation refusait la responsabilité, reconnaissant que l'accord des parties n'était pas acquis à la date de la rupture et qu'il n'était pas établi que ce soit le comportement de l'auteur de la rupture qui fût à l'origine de la rupture des pourparlers et de l'échec de la vente de ce bien immobilier.

Un arrêt du 23 septembre 2009[166] considérait que, faute d'accord sur le prix, élément essentiel du mandat d'intérêt commun, et sauf à méconnaître directement le principe de la liberté contractuelle, la rupture des pourparlers critiquée ne faisaient que

[161] Paris 5 avril 2002, RTD Civ. 2002, Oct.-Déc. 02, p. 802-803, obs. B. Fages et J. Mestre.
[162] Cass. 1ère civ., 20 mars 2014, n°12-28318, inédit
[163] CA Bordeaux, 16 mars 2009, n° 08/00060
[164] CA Toulouse, 1er avril 2009, n° 07/05227
[165] Cass 3ème civ, 5 mai 2009, n° 08-13476, inédit
[166] CA Paris, 23 septembre 2009, n° 07/06702

concrétiser les divergences persistantes des parties quant à l'éventuelle formalisation d'un accord et ne saurait, dès lors, être regardée comme constitutive d'une faute engageant la responsabilité de l'une ou l'autre des parties, la victime ne faisant pas la preuve d'un quelconque abus imputable à l'auteur de la rupture et ce dernier n'ayant jamais laissé croire à son partenaire que les conditions financières qu'il proposait étaient susceptibles d'être acceptées.

Dans un arrêt du 6 janvier 2017[167], un bailleur avait engagé des pourparlers en vue de la conclusion d'un bail commercial. Le preneur avait découvert que deux étages ne bénéficiaient pas de la commercialité et que la construction d'un escalier nécessitait un permis de construire, avait négocié le bail avec le bailleur au vu de ces nouveaux éléments puis avait rompu les pourparlers. Les juges estimaient que la rupture des pourparlers n'était fautive, les parties n'ayant pas réussi à parvenir à un accord.

Un arrêt du 14 septembre 2021[168] refusait la responsabilité en raison d'un désaccord sur les termes essentiels. Dans cette affaire, les parties négociant la cession d'une société ont échangé pendant 6 mois tant sur le prix que sur les conditions d'acquisition ou les projets de restructuration et de développement. Pour refuser la responsabilité du cédant, les juges retenaient que celui-ci a participé activement aux négociations mais a néanmoins posé « des conditions et des réserves émises par des associés tenant à une révision du prix en fonction des résultats des trois premiers mois de l'année 2017 très largement bénéficiaires, à la limitation de la garantie d'actif et de passif à 100'000 euros, à la production d'intérêts du crédit vendeur que souhaitait la société MVM et à la garantie bancaire dont devait être assorti celui-ci » sur lesquelles les parties ne se sont pas entendues. « Ainsi aucune mauvaise foi dans le déroulement des pourparlers n'apparait ».
De même, dans un arrêt du 27 mai 2021[169], les juges considéraient que « La Sarl LRVI fait valoir que les parties ont discuté d'un projet de location gérance sur la base d'une redevance de 2500 € par mois avec les installations prises en l'état, qu'elle a accepté que M. A., de la société Sogec, son expert-comptable donne des conseils à Mme B. pour son projet, que toutefois elle n'a pas été associée aux discussions, n'a eu

[167] CA Paris, 6 janvier 2017, n° 14/22196
[168] CA Reims, 14 septembre 2021, n° 20/01092
[169] CA Caen, 27 mai 2021, n° 19/01190

connaissance que le 26 avril 2016 d'un projet de protocole et des nouvelles exigences de Mme B. quant aux travaux mis à sa charge qui n'étaient pas prévus initialement. Chacune des parties restera sur ses positions et mettra fin aux pourparlers en cours, un accord étant impossible […] Elle n'a pris aucun engagement ferme quant au projet de location gérance et aucune rupture abusive de pourparlers n'est caractérisée ».

Dans un arrêt du 19 juin 2020[170], des acheteurs d'un bien immobilier ont émis une proposition d'achat. Suite au mesurage du bien, inférieur à la surface annoncée, les acheteurs ont demandé la baisse du prix. Les vendeurs ont refusé et rompu les pourparlers. Les juges retenaient que « Si Mme H..., qui avait formé une proposition d'achat après avoir visité le bien, était libre de poursuivre les négociations en estimant que les certificats de mesurage produits justifiaient une baisse de prix, le refus de la SCI Rousseau de ne pas consentir cette baisse de prix ne suffit pas à constituer la faute qui lui est reprochée. Le fait que la SCI Rousseau n'ait pas souhaité poursuivre les négociations précontractuelles pour des raisons financières n'est pas fautif dès lors que ce refus de poursuivre la négociation est consécutif à la demande de Mme H... d'obtenir une baisse du prix, le fait que cette demande ait été formée pour de réels motifs à savoir les derniers certificats de mesurage produits ne pouvant avoir pour effet de priver la SCI Rousseau de sa liberté de poursuivre ou non les négociations qui se sont par ailleurs déroulées sur un temps très court ».

Dans un arrêt du 5 décembre 2019[171], une pharmacie est entrée en négociation avec une commune concernant la création d'une maison médicale. Suite à plusieurs échanges envisageant une vente ou une location, la pharmacie a rompu les négociations. Pour les juges, « Ainsi que l'a parfaitement motivé le tribunal, pour écarter la responsabilité délictuelle de Madame B. et de la pharmacie de Quintenas, les offres successives de vente formulées par la Commune ont toutes été supérieures au prix initial de 767 euros le m2, et les offres de location n'ont pas convenu à Madame B., qui a toujours fait connaître ses refus de façon claire et circonstanciée […] La preuve d'une quelconque mauvaise foi ou d'une faute de Madame B. et de la

[170] CA Paris, 19 juin 2020, n° 19/00547
[171] CA Nîmes, 5 décembre 2019, n° 18/02100

pharmacie de Quintenas, dans la rupture des pourparlers avec la mairie, n'est pas établie ».

Un arrêt du 9 septembre 2021[172] présente un bon exemple de négociation complexe entre des entreprises. Quick est entré en négociations avec un restaurateur pour lui céder son droit au bail. Malgré un accord de principe sur la cession et sur le prix, la négociation a échoué et le restaurateur a mis fin aux pourparlers. Le juge a refusé de reconnaître une responsabilité pour deux raisons. D'une part, « La société France Quick ne peut reprocher à M Y. les évolutions qu'il a pu donner aux conditions de la cession qu'il souhaitait relatives à l'élargissement de la destination des locaux, l'établissement et la signature concomitante de nouveaux baux, la réalisation de travaux, un différé d'entrée en jouissance, et qui relèvent du jeu des négociations entreprises ». D'autre part, l'échec des pourparlers ne constituait pas une faute en cas de désaccord persistant. Les juges relevaient que si les parties s'étaient entendues sur la plupart des points, « la société France Quick et M.Y. ne se sont pas accordés sur la date d'entrée en jouissance des locaux et la prise en charge des loyers, M.Y. sollicitant, le 21 juillet 2017, un différé de six mois maximum que la société France Quick a refusé le 3 août suivant ».

Comme le rappelait un arrêt du 29 avril 2021[173], la persistance du désaccord permettra de rompre les négociations sans engager sa responsabilité même si les négociations sont très avancées. Les juges considéraient dans cette affaire que « Si sur le plan technique, les négociations étaient très avancées puisque la société Noreco avait élaboré les menus et cartes approuvés par le client, que des achats de matériel de cuisine avaient été engagés, que la société Roche avait déjà commandé deux prestations "plateaux repas" les 15 et 23 septembre 2016, de telle sorte que la prestation de restauration dans son ensemble était quasiment opérationnelle, il apparaît que les parties ne se sont jamais mises d'accord sur les modalités exactes d'exploitation de l'espace dédié "Street Café", notamment sur le volume d'activité […] Dans ces conditions, et nonobstant le caractère avancé des négociations précontractuelles, leur rupture le 18 octobre suivant à l'issue de trois mois et demi de discussions, ne se révèle

[172] CA Grenoble, 9 septembre 2021, n° 19/03432
[173] CA Grenoble, 29 avril 2021, n° 19/00026

ni brutale, ni abusive, les désaccords portant sur l'économie même du contrat et n'en permettant pas la conclusion ». De même, dans un arrêt du 10 décembre 2020[174], les juges relevaient que « les négociations étaient, à l'issue de ces 8 mois, très avancées, seul demeurant en suspens la question du financement du prix d'acquisition sur lequel les parties s'étaient entendues ». Toutefois, bien que les négociations soient très avancées, le cédant ne commettait aucune faute en rompant les négociations. En effet, pour les juges, « Les différents échanges entre les parties, et entre M. L. et les différents établissements financiers qu'il a contactés, démontrent qu'il n'est pas parvenu, aux termes fixés par la lettre d'intention d'abord, puis par les différents avenants ensuite, à réunir les financements prévus à hauteur de 9 700 000 euros par un établissement bancaire et à hauteur de 500 000 euros par un fonds d'investissement. M. R., constatant, à l'issue du terme fixé par la dernière prorogation, au 31 mars 2017, l'absence de financement par son potentiel acquéreur du prix de cession, pouvait donc, légitimement, mettre fin aux pourparlers et décider de ne pas consentir à M. L. de nouvelle période de négociation et/ou d'exclusivité pour acquérir la société R.. […] Les circonstances que M. R. ait indiqué croire au projet de reprise présenté par M. L., qu'il ait accepté la présentation de clients pour la société par M. L. et qu'il ait pu présenter celui-ci comme son successeur ne constituent pas des éléments de nature à engager la responsabilité délictuelle de M. R., dès lors que celui-ci a pu, légitimement, vouloir sortir de 8 mois de négociation, dont 6 mois en exclusivité, avec un potentiel acquéreur ne parvenant pas à réunir, dans les temps convenus par les parties, les financements nécessaires à la réalisation de l'opération. Par suite, aucune faute n'étant caractérisée dans la rupture, par M. R., des pourparlers engagés avec M. L. ».

## II- L'EXISTENCE D'UN MOTIF LEGITIME JUSTIFIANT LA RUPTURE

51. Dans de nombreux arrêts cités précédemment, les juges retiennent la responsabilité au motif qu'une partie a rompu les négociations « sans motif légitime ». Il en découle que la survenance d'un motif légitime de rupture peut permettre la rupture des négociations sans engager sa responsabilité. La possibilité de rompre est d'autant plus

[174] CA Paris, 10 décembre 2020, n° 19/14414

vraie lorsque le changement de l'environnement précontractuel provient de l'attitude de l'autre partie. Dans un arrêt du 19 octobre 1999[175], la société Merlin Marcel négociait avec la société Robert Bosch la signature d'un contrat. Les parties étaient arrivées à un point avancé de la négociation. Juste avant la signature du contrat, Merlin Marcel a modifié un élément du contrat à l'insu de Robert Bosch. Sur le contrat définitif, il a substitué au chiffre de 3.000.000 francs pour la ligne de crédit celui de 5.000.000. Lorsque Robert Bosch s'en est aperçu, il a rompu les négociations. La Cour de cassation a jugé que « de tels agissements étaient suffisamment graves pour justifier une rupture sans préavis des relations contractuelles ayant existé entre les deux sociétés ».

Il n'est pas nécessaire que le comportement de l'autre partie soit en cause pour constituer un motif légitime de rupture. Dans un arrêt du 20 novembre 2007[176], la Cour de cassation a ainsi reconnu dans le cadre d'un contrat d'association que la découverte en cours de pourparlers d'informations défavorables tant juridiques que financières sur la situation de son partenaire avait pour conséquence que « la rupture des pourparlers, certes à un stade avancé […] était fondée sur une raison légitime et n'était pas fautive ». De même, un arrêt du 15 septembre 2009[177] décidait, pour refuser la responsabilité lors de la négociation de la cession d'une société, que « la rupture des pourparlers, certes à un stade avancé, était fondée sur un motif légitime ». Un arrêt du 14 avril 2010[178] rappelait que la rupture des pourparlers peut en principe intervenir à tout moment sur la décision unilatérale d'une partie, sauf à engager la responsabilité civile délictuelle de son auteur s'il abuse de cette faculté. En l'espèce, un bailleur pouvait donc, sans engager sa responsabilité, mettre fin à des pourparlers embryonnaires avec un candidat locataire au motif que les difficultés avec le locataire en place ne lui permettaient pas dans l'immédiat de louer son bien, ce qui constituait une raison légitime de la rupture des pourparlers. La Cour de cassation a aussi retenu un motif légitime de rupture dans un arrêt du 9 mars 2017[179]. Dans cette affaire, les juges ont reconnu d'une part que les termes de la négociation excluaient tout

[175] Cass. Com., 19 octobre 1999 (société Robert Bosch France c/ société Merlin Marcel et fils), n° 96-20693, inédit
[176] Cass. Com., 20 novembre 2007, n° 06-20332, inédit
[177] Cass. Com., 15 septembre 2009, n° 08-11627, inédit
[178] CA Paris, 14 avril 2010, n° 08/21484
[179] Cass. 3ème civ., 9 mars 2017, n° 16-12846, inédit

engagement contractuel, une clause de la négociation réservant à l'association la faculté de ne pas poursuivre l'opération avec le promoteur pour quelque raison que ce soit. Ils ont écarté, d'autre part, le caractère abusif de l'attitude de l'auteur de la rupture, au motif que des problèmes de financement survenus à la suite d'une réduction substantielle des ressources de l'association causée par un désengagement de l'Etat étaient à l'origine de la suspension puis de l'abandon du projet.

## III- LE COMPORTEMENT DE LA VICTIME

52. La rupture peut intervenir du fait de la partie qui demande l'indemnisation. Dans ce cas, les juges refusent toute indemnisation. Ainsi, dans un arrêt du 26 mars 2008[180], un candidat franchisé avait négocié avec la société Atac avant de choisir de conclure un contrat avec l'enseigne Casino. La Cour de cassation débouta le supermarché Atac de son action au motif que « la rupture des pourparlers est intervenue lorsque la société Atac a manifesté son intention de revenir à ses offres d'origine, alors qu'elles avaient déjà été discutées à la baisse ». Il en résultait que chacun des partenaires connaissait parfaitement les conditions de l'autre et que l'échec de ces pourparlers n'était pas dû à une faute. Dans un arrêt du 17 novembre 2016[181], un vendeur avait engagé des pourparlers relatifs à la vente de sa maison. Les juges refusèrent la responsabilité des acheteurs pour rupture des pourparlers au motif que les vendeurs espéraient obtenir leur maintien dans les lieux après la signature de l'acte authentique, ce qui n'avait pas été accepté par les acquéreurs qui avaient fait preuve de compréhension en proposant de retarder la date de signature de l'acte authentique.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 mars 2017[182], rejeta la responsabilité de l'auteur de la rupture au motif que la rupture résultait de la modification du projet de protocole de cession par le demandeur de manière unilatérale, sans explication préalable, à quelques jours d'un rendez-vous qui devait être consacré à la signature des actes concluant une cession, négociée avec sérieux depuis plusieurs semaines.

[180] Cass. 1ère civ., 28 mars 2008, n° 07-10.807, Inédit
[181] CA Nîmes, 17 novembre 2016, n° 15/05510
[182] Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-14875, inédit

Dans un arrêt du 26 novembre 2020[183], un client est entré en négociations avec un garagiste en vue de conclure un accord transactionnel suite à un défaut dans les réparations. Au cours des négociations, le client a ajouté une condition de versement sous 3 jours d'un chèque de banque. Le garagiste a rompu les négociations. Les juges déboutent le client de son action pour rupture des pourparlers. Selon eux, « Pour débouter Mme A. G. de sa demande de dommages et intérêts pour rupture abusive des pourparlers, le premier juge a relevé que le délai peu raisonnable qui avait été laissé à la Sas Groupe Régis C. pour établir un chèque de banque d'un montant de 9 566,76 euros constituait une condition nouvelle de la transaction. Il a pu en déduire que, dans ces conditions, la rupture des pourparlers par la Sas Groupe Régis C. n'apparaissait pas empreinte de déloyauté ou de mauvaise foi ».

Dans un arrêt de la cour d'appel de Riom du 21 septembre 2021[184], les juges retiennent que « Devant d'abord le flou de la réponse de l'appelante à ses propositions (mail du 5 décembre 2017 présentant un projet de contrat de prestations de services et éludant pour le surplus), puis les critiques acerbes et virulentes (en des termes inappropriés et excessifs) après l'entretien physique du 8 décembre 2017, alors que les propositions n'ont pas été acceptées dans le délai accordé, l'association CERFRANCE CANTAL était en tout état de cause légitime à retirer son offre à compter des 9 et 10 décembre 2017 et à signifier à Madame H. épouse L. DE M. la fin des discussions ou négociations »

## IV- LE CARACTERE EMBRYONNAIRE DES NEGOCIATIONS

53. Le caractère embryonnaire des pourparlers conduit souvent les juges à refuser la responsabilité. Ainsi, dans un arrêt du 16 février 2010[185], la Cour de cassation a constaté qu'il n'y avait qu'un projet dont les objectifs restaient mal définis et a déduit de ces constatations que la rupture brutale des pourparlers était justifiée. Dans un arrêt du 8 février 2017[186], les juges ont tenu compte de la complexité des négociations. La cour d'appel de Paris a refusé en l'espèce la responsabilité, relevant que la négociation

[183] CA Nîmes, 26 novembre 2020, n° 19/00030 p. 137
[184] CA Riom, 21 septembre 2021, n° 20/00141
[185] Cass. Com., 16 février 2010, n° 09-12097, inédit
[186] CA Paris, 8 février 2017, n° 14/15124

s'était déroulée sur une courte période et que le candidat locataire avait été informé de la rupture des pourparlers moins de 15 jours après l'établissement du bail. Ils ont tenu compte du fait que l'élaboration d'un contrat de sous-location d'un local commercial déjà sous-loué dans le cadre d'un contrat de crédit-bail n'était pas une opération classique et s'avérait nécessairement complexe et que l'opération comportait, en outre, des enjeux économiques importants. De même, dans un arrêt du 29 mars 2017[187], la Cour d'appel de Paris a écarté la responsabilité après avoir constaté que les pourparlers n'étaient pas avancés, que l'issue des négociations était incertaine, que rupture, d'une part, n'était pas brutale et, d'autre part, pouvait être prévisible compte tenu de la contre-proposition réalisée par l'autre partie, très éloignée de la proposition initiale.

Dans un arrêt du 12 janvier 1999, la Cour de cassation n'a pas non plus admis la responsabilité pour rupture des pourparlers au motif « qu'au moment où la rupture a été signifiée, le 11 septembre 1990, les négociations qui n'étaient engagées que depuis le mois de mars précédent étaient très loin d'aboutir, puisque si les parties étaient bien d'accord sur l'opportunité d'un partenariat, elles n'avaient encore défini ni le prix, ni les objectifs, que le plan de développement n'était pas ébauché, que ni la conclusion du pacte d'actionnaire, ni la possibilité pour la Compagnie La Hénin de contrôler les sociétés détenues par les consorts Z... n'avaient été discutées et que rien n'avait été décidé non plus en ce qui concerne les SCI et la vente éventuelle de leurs biens ; que les consorts Z..., qui sont des professionnels avertis et qui ne pouvaient ignorer qu'à ce stade de nombreux obstacles restaient à franchir avant de parvenir à un accord définitif ni surtout que l'aboutissement du projet était étroitement lié à la conjoncture économique du moment, ne sauraient donc prétendre que les négociations étaient sur le point d'aboutir et que leur rupture brutale a été fautive alors qu'elle est intervenue à un moment où les parties en étaient encore à évaluer les risques et les chances du contrat envisagé sans d'ailleurs disposer de tous les éléments nécessaires à la décision et qu'elles étaient donc libres de tout remettre en cause sans avoir à fournir de justification légitime ; que les consorts Z... n'établissent pas que la société Sofiroute serait intervenue, pendant les négociations, dans la gestion de leur groupe, et que si pendant cette période leurs choix stratégiques ont pu être influencés par la perspective

[187] CA Paris, 29 mars 2017, n° 15/22953

du partenariat alors envisagé, l'arbitre a retenu à bon droit qu'ils avaient, ce faisant, délibérément pris un risque qu'ils devaient assumer en "pariant" sur la réussite des négociations engagées »[188].

Il existe donc plusieurs situations qui, malgré l'existence d'un fait générateur de responsabilité, n'entraînent pas la responsabilité. C'est également le cas si l'une des autres conditions de la responsabilité est absente.

## SECTION 2 : L'ABSENCE DE PREJUDICE OU DE LIEN DE CAUSALITE

54. Afin d'engager la responsabilité délictuelle, il faut apporter la preuve d'une faute, d'un préjudice réparable et d'un lien de causalité. L'absence de l'un de ces éléments s'oppose donc à toute indemnisation.

La simple rupture fautive des négociations n'est pas suffisante pour accorder une indemnisation en l'absence de préjudice. Un arrêt du 9 juillet 2009[189] rappelait, à l'occasion de la rupture d'une négociation de cession de fonds de commerce, que « si M. ZA a commis une faute de nature à engager sa responsabilité, la société Pays Basque Management ne démontre pas avoir subi un quelconque préjudice en relation avec cette faute ». Dans un arrêt du 5 janvier 2017[190], la Cour de cassation a retenu que la preuve d'un préjudice lié à la rupture des pourparlers n'était pas démontrée en raison des termes de la convention de confidentialité et des conditions dans lesquelles ils s'étaient déroulés, soit essentiellement par échange de courriels. La charge de la preuve pèse à ce sujet sur le demandeur. Un arrêt du 17 janvier 2018[191] a refusé d'indemniser le candidat preneur à bail commercial au titre de la perte d'exploitation pendant trois mois liée à la rupture des pourparlers et au besoin de retrouver un nouveau local. Les juges ont constaté en effet que le demandeur ne verse aucun élément comptable pour justifier la somme qu'il réclamait au titre de sa perte d'exploitation.

---

[188] Cass. Com., 12 janvier 1999, n° 96-14604, inédit
[189] CA Pau, 9 juillet 2009, n° 08/01651
[190] Cass. 2ème civ., 5 janvier 2017, n° 15-24506, inédit
[191] CA Limoges, 17 janvier 2018, n° 17/00287

55. De même, les tribunaux ont, à de nombreuses reprises, limité le préjudice réparable en raison de l'absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice. Un arrêt du 7 février 2007[192] a refusé ainsi d'intégrer dans l'assiette de l'indemnisation les frais d'assistance à la rédaction de la promesse de bail. Elle a exclu aussi les charges générées par le prêt souscrit puisque l'acquisition du terrain par le bailleur en vue de la conclusion du bail n'avait pas été vaine dès lors qu'un autre projet immobilier avait pu ultérieurement se concrétiser. Un arrêt du 13 avril 2017[193] a rejeté, à l'occasion de l'échec d'un contrat d'association, la demande de remboursement des loyers versés par le demandeur pendant la période de pré-association au motif que celui-ci avait travaillé et perçu des revenus pendant cette période.

Un arrêt du 18 janvier 2018[194] a écarté les postes de préjudice résultant de la seule imprévision de la victime ou de sa précipitation fautive à engager des dépenses alors qu'aucun compromis de vente n'avait été régularisé. Elle a également refusé l'indemnisation de certains dommages, faute de justification suffisante du lien entre ces postes de préjudices et la rupture abusive des pourparlers.

De même, dans un arrêt du 11 juin 2014, la Cour de cassation a débouté les candidats acquéreurs d'un appartement qui avaient engagé des dépenses avant la signature d'un compromis de vente. Les juges ont décidé que « si les époux X... avaient visité le bien à plusieurs reprises en compagnie de professionnels en vue d'établir des devis de travaux de rénovation qui n'avaient pas été produits, avaient réservé des emplacements de parking dans un immeuble voisin, déposé dès le 5 mai 2008 des dossiers pour l'inscription de leurs enfants dans un établissement scolaire pour la prochaine rentrée scolaire, et signé une promesse synallagmatique de vente de leur propre appartement plus d'un mois avant de visiter celui des consorts Y..., ce qui ne leur permettait pas de prétendre l'avoir vendu dans des conditions précipitées et à un moindre prix que celui qu'ils pouvaient escompter et constaté le caractère prématuré des démarches effectuées avant la signature d'une promesse de vente engageant les deux parties, la cour d'appel, qui a pu retenir que les époux X... ne démontraient pas plus une faute des vendeurs dans l'exercice de leur droit de rupture unilatérale des pourparlers que le lien de causalité avec les préjudices qu'ils auraient subis de ce fait »[195].

---

[192] CA Paris, 7 février 2007, n° 06/02762
[193] CA Bordeaux, 13 avril 2017, n° 15/03864
[194] CA Nîmes, 18 janvier 2018, n° 16/02927
[195] Cass. 3ème civ., 11 juin 2014, n° 13-18869, inédit

56. On précisera que le droit français limite l'étendue de la réparation en refusant l'indemnisation de la perte d'une chance. Dans l'arrêt Manoukian[196], les juges ont décidé que « les circonstances constitutives de la faute commise dans l'exercice du droit de rupture ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ». L'arrêt Manoukian a été suivi à la lettre par d'autres décisions de la Cour de cassation[197] et par les juges du fond. L'article 1112 du Code civil dispose désormais que « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages ».

L'arrêt Manoukian ne doit être interprété que dans le strict cadre du refus de l'indemnisation de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé. Ainsi, une partie pourrait être indemnisée de la perte d'une chance de conclure un autre contrat, causée par la prolongation fautive ou la rupture des pourparlers. Un arrêt du 22 mai 2008[198] reconnaît ainsi que la demande en indemnisation de la rupture des pourparlers n'a pas pour objet d'accorder les sommes qu'aurait pu obtenir la victime si le contrat avait été exécuté, mais qu'il y a lieu de réparer le préjudice subi par la perte d'une chance de réaliser l'opération projetée et du temps inutilement consacré à ces pourparlers.

Si le fondement de la responsabilité délictuelle est principalement utilisé par le droit français pour sanctionner un comportement précontractuel, il ne s'agit pas du seul fondement envisageable.

[196] Cass. Com. 26 novembre 2003, n° 00-10243, publié au Bulletin
[197] Voir par exemple Cass 3ème civ, 28 juin 2006, n° 04-20040, publié au Bulletin ; Cass 3ème civ., 7 janvier 2009, n° 07-20783, publié au Bulletin ; Cass 3ème civ., 3 juin 2009, n° 08-16813, inédit
[198] CA Lyon, 22 mai 2008, n° 07/02305

## SOUS-TITRE 2 : LES AUTRES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS EN DROIT FRANÇAIS

Le droit français accepte de sanctionner les parties à la négociation à travers d'autres fondements juridiques. On peut discuter le fait que les avant-contrats participent des pourparlers. On les présentera toutefois car, dans le cadre d'une analyse comparative, les juges anglais ont fréquemment recours au *collateral contract* pour sanctionner des situations qui serait qualifiées en France de précontractuelles. Outre la responsabilité délictuelle, les juges français peuvent intervenir dans la période précontractuelle au moyen d'avant-contrats (Chapitre 1) ou sur le fondement d'un quasi-contrat (Chapitre 2).

### CHAPITRE 1 : L'AVANT-CONTRAT

57. Les parties peuvent organiser leur négociation par le biais d'un avant-contrat. Dans ce cas, les sanctions peuvent être de deux natures. Premièrement, l'auteur de la rupture peut être condamné à des dommages et intérêts contractuels. De manière classique, le préjudice est alors limité au dommage prévisible et non pas à la réparation de l'entier dommage. Il est possible de prévoir des clauses de limitation de responsabilité, voire d'exclusion de responsabilité. En outre, l'indemnisation couvre dans ce cas à la fois la perte subie et le gain manqué. Deuxièmement, il est parfois possible d'obtenir l'exécution forcée du contrat. Cette possibilité a été affirmée par le législateur lors de l'ordonnance de réforme du droit des obligations, notamment en matière de promesses unilatérales. C'est particulièrement important dans le domaine de l'immobilier où les promesses unilatérales de vente sont largement utilisées. Plusieurs avant-contrats sont reconnus en droit français, qu'il s'agisse de promesses précontractuelles (Section 1) ou de contrats organisant la négociation (Section 2).

## SECTION 1 : LES PROMESSES PRECONTRACTUELLES

Les parties peuvent prendre des engagements qui concernent directement le contrat envisagé. Ces engagements peuvent être unilatéraux (I) ou synallagmatiques (II).

## I- LES ENGAGEMENTS UNILATERAUX

Dans un engagement unilatéral, une seule partie s'engage alors que l'autre ne prend pas d'engagement. Le Code civil reconnait, depuis la réforme du droit des obligations, deux types principaux d'engagements unilatéraux : les promesses unilatérales (A) et le pacte de préférence (B)

### A- La promesse unilatérale de contracter

58. Le droit français ne connaît pas la notion de *consideration*, ce qui lui permet d'accepter la validité d'une promesse unilatérale de contrat. Selon l'article 1124 du Code civil, « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit 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 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 ». La validité de la promesse unilatérale n'est pas conditionnée par l'existence d'un délai d'option. Si la promesse contient un délai d'acceptation, elle expire à la date stipulée. En l'absence de délai, la Cour de cassation décide dans un arrêt du 24 avril 1970 que le promettant doit, avant de se rétracter, mettre en demeure le bénéficiaire d'opter[199].

[199] Cass. 3ème civ., 24 avril 1970, n° 68-10536, publié au Bulletin : « mais attendu que la cour d'appel retenant que les premiers juges avaient exactement analysé, non en une pollicitation mais en une promesse unilatérale de vente, l'acte du 13 février 1965, énonce justement qu'aucun délai n'ayant été stipulé pour lever l'option, veuve X... ne pouvait rétracter son engagement sans mettre en demeure, préalablement, les époux Y... d'accepter ou de refuser l'achat de l'immeuble dans un délai déterminé, ou sans prouver leur renonciation à se prévaloir de sa promesse »

Le droit français a prévu des conditions de forme s'agissant de la vente d'un bien immobilier. En effet, selon l'article 1589-2 du Code civil, « Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date »[200]. L'article 111-5-3 du Code de l'urbanisme impose des mentions obligatoires relatives au bornage en cas de vente d'un terrain, à peine de nullité de la promesse. L'article L. 721-2 du Code de la construction et de l'habitation exige, quant à lui, la fourniture d'un ensemble de documents par le promettant au bénéficiaire en cas de vente d'un lot de copropriété[201].

Le droit français prévoit également un régime particulier pour la vente à un acquéreur non professionnel. L'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation énonce que « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte ». Applicable à une promesse unilatérale de vente, l'acte protège spécifiquement l'acquéreur « non professionnel » d'un « bien à usage d'habitation » en imposant une notification de l'acte accompagnée d'un délai de rétractation de 10 jours. L'article L. 290-1 du Code de la construction et de l'habitation dispose aussi que « Toute promesse de vente ayant pour objet la

[200] Voir également pour d'autres conditions de forme ou de notification spécifiques aux fonds de commerce ou aux immeubles l'article L. 141-1 du Code de commerce qui prescrit des mentions obligatoires à la promesse unilatérale de vente d'un fonds de commerce, l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 qui impose la mention de la surface dans la vente d'un lot de copropriété, l'article 442-7 du Code de l'urbanisme qui impose la fourniture de documents lors de la vente d'un lotissement.

[201] Bien que ce ne soit pas l'objet de cette thèse, on rappellera que la protection d'une partie peut également être atteinte par le biais d'une obligation précontractuelles d'information. Ce serait notamment le cas de la franchise, pour laquelle le droit français exigera la fourniture d'une fiche précontractuelle d'information (art L. 330-3 du Code de commerce), ou des dispositions du Code de la consommation destinées à assurer la parfaite information du consommateur avant de s'engager (voir par exemple l'article L. 221-5 du Code de la consommation).

cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique ».

Outre la promesse unilatérale, les parties à la négociation peuvent conclure un pacte de préférence.

### B- Le pacte de préférence

59. L'analyse de la jurisprudence montre que le pacte de préférence n'est pas utilisé par les juges pour sanctionner la rupture des pourparlers. On se contentera donc ici de reproduire son régime tel qu'il est décrit par le Code civil. Selon l'article 1123 du Code civil, « 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 déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. »

Outre les engagements unilatéraux, les parties pourraient également toutes deux souscrire des obligations.

## II- LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE CONTRACTER

Les parties à la négociation d'un contrat peuvent conclure une promesse synallagmatique de contracter. Celle-ci pourra constater l'engagement des parties (A) ou différer l'engagement à un acte ultérieur (B).

## A- L’engagement constaté dans la promesse

60. Une promesse synallagmatique de vente est valable en droit français. Si les parties envisagent la conclusion d’un contrat formel, elles peuvent constater leur engagement et s’engager ensuite à réaliser cette formalité.

En application du principe du consensualisme, le contrat sera alors formé dès le moment de la promesse. Dans un arrêt du 14 janvier 1987, la Cour de cassation décidait ainsi que « la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix et que le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités […] les parties à l'acte du 13 novembre 1978 s'étaient, dès cette date, entendues sur la chose et sur le prix et que si elles ont prévu l'entérinement de l'acte par un notaire, il ne résulte ni des dispositions de cet acte ni des circonstances de la cause qu'elles aient voulu faire de cette modalité accessoire un élément constitutif de leur consentement »[202].

Dans un arrêt du 22 novembre 2011, la Cour de cassation jugeait encore : « Attendu qu'ayant retenu, sans dénaturation, que le compromis de vente signé entre la société Champagne Beaumet, aux droits de laquelle vient la société Château Malakoff, et Mme X... contenait une clause intitulée "réitération authentique" dont les termes clairs et précis n'avaient pas lieu d'être interprétés et par laquelle les parties étaient expressément convenues que la réitération authentique n'était qu'une simple modalité technique de la réalisation d'une convention définitivement arrêtée entre elles, la cour d'appel a pu en déduire que ce compromis valait vente »[203].

De même, un arrêt du 16 décembre 2008 exposait que « la clause suivant laquelle le versement du prix et le transfert de propriété interviendraient lors de la signature de l'acte authentique, signifiait que les parties entendaient différer le transfert de propriété

[202] Cass 3ème civ., 14 janvier 1987, n° 85-16306, inédit. Voir aussi pour une promesse synallagmatique de bail, Cass. 3ème civ., 28 mai 1997, n° 95-17953, publié au Bulletin
[203] Cass. 3ème civ., 22 novembre 2011, n° 09-16272, inédit

du bien vendu et non faire dépendre de la réalisation de ces deux événements leur consentement à la vente »[204]. La vente était donc parfaite.

Dans un arrêt du 29 février 2012[205], la Cour de cassation rappelait que le bénéficiaire de la promesse pourra dans ce cas obtenir la réalisation forcée de la vente.

Toutefois, la promesse peut également subordonner la force obligatoire de l'engagement à la réalisation d'une formalité.

## B- L'engagement différé à un acte ultérieur

61. La promesse peut prévoir que l'engagement des parties nécessitera la réalisation d'un acte. Ainsi, dans un arrêt du 17 juillet 1997, la Cour de cassation refusait de reconnaître l'existence d'une vente alors que, par une interprétation souveraine de la promesse synallagmatique, la cour d'appel constatait que « toutes les pièces signées, soit séparément, soit simultanément, par les parties ne faisaient mention que d'une vente au jour de la signature de l'acte authentique et de simples intentions de vendre et d'acquérir »[206]. Un arrêt du 10 mai 2005 confirmait que « la règle selon laquelle la promesse de vente vaut vente n'a qu'un caractère supplétif »[207]. En l'espèce, la promesse stipulait que le consentement du promettant était subordonné à la condition de la signature de l'acte de vente authentique.

Dans ce cas, la promesse synallagmatique peut néanmoins être valable. Dans un arrêt du 2 avril 1979, une promesse synallagmatique de vente avait été conclue. Celle-ci prévoyait le transfert de propriété au jour de la réitération. Or, le défendeur a refusé de réitérer. La Cour de cassation refusa l'exécution forcée mais a admis la validité de la promesse et condamné le défendeur à verser des dommages et intérêts contractuels sur le fondement d'une obligation de faire. La Cour de cassation décidait que « l'arrêt relève que l'acte sous seing privé du 15 janvier 1975 a réservé le transfert de la propriété a l'acquéreur, au jour de la signature de l'acte authentique; que cet acte,

[204] Cass. 3ème civ., 16 décembre 2008, n° 07-21779, inédit
[205] Cass. 3ème civ., 29 février 2012, n° 10-26118, inédit
[206] Cass. 3ème civ., 17 juillet 1997, n° 95-20064, inédit
[207] Cass. 3ème civ., 10 mai 2005, n° 03-19238, inédit

n'ayant pas été dressé, le transfert de propriété n'a pas eu lieu et que le bien a été vendu à dame Y...; que la cour d'appel retient, justement, que les frères Z... n'étaient tenus jusqu'à la signature de l'acte notarié que d'une obligation de faire qui ne pouvait engendrer au profit des époux X... qu'une créance mobilière sous forme de dommages-intérêts »[208]. Un arrêt du 5 janvier 1983 a toutefois eu une attitude plus mesurée. Dans cette espèce, la cour d'appel avait jugé que, si l'accord sur la chose et sur le prix existait à la date de l'acte sous seing privé, les parties, en décidant que la vente ne prendrait son effet définitif qu'à la date où elle serait reçue par le notaire désigné, avaient réservé le transfert de la propriété des biens à l'acquéreur jusqu'au jour de la signature de l'acte notarié en sorte que jusqu'à cette date, Mme Y... n'était tenue que d'une obligation de faire ne pouvant engendrer au profit de l'acquéreur, en cas de refus de la venderesse d'exécuter son obligation, qu'une créance mobilière sous forme de dommages-intérêts. La Cour de cassation cassa cet arrêt, jugeant qu'en décidant ainsi, « sans préciser si la solennité d'un acte notarié était nécessaire pour engager vendeur et acquéreur dans les liens du contrat définitif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale a sa décision »[209]. De même, dans un arrêt du 20 décembre 1994, une cour d'appel avait décidé que le "compromis" stipulait que l'acquéreur serait propriétaire des biens vendus à compter seulement de la réitération par acte authentique, de sorte que le vendeur n'était tenu, envers l'acquéreur, que d'une obligation de faire pouvant se résoudre en dommages-intérêts. Ici aussi, la Cour de cassation casse l'arrêt et décide « Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté, par motifs adoptés, l'accord des parties sur la chose et sur le prix et sans relever d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[210].

Outre les engagements qui entrevoient la conclusion ultérieure du contrat, les parties peuvent également conclure des avant-contrats qui organisent le déroulement leur négociation.

---

[208] Cass. 3ème civ., 2 avril 1979, n° 77-13725, publié au Bulletin. Voir aussi Cass 1ère civ., 15 novembre 1994, n° 92-11265, publié au Bulletin, qui accepte ici aussi la responsabilité contractuelle pour violation d'une obligation de faire d'une partie qui a refusé de réitérer une promesse synallagmatique de vente, refusant l'octroi de dommages et intérêts faute de preuve d'une perte subie ou d'un gain manqué.
[209] Cass. 3ème civ., 22 novembre 1983, n° 82-14741, publié au Bulletin
[210] Cass. 3ème civ., 20 décembre 1994, n° 92-20878, publié au Bulletin

## SECTION 2 : LES AVANT-CONTRATS QUI ENCADRENT LA NEGOCIATION

Certains engagements formalisent l'avancement de la négociation (I). D'autres constituent des engagements détachables souscrits à l'occasion des pourparlers (II).

## I- LA FORMALISATION DE LA NEGOCIATION

Dès le début de la négociation et à chaque étape de celle-ci, les parties pourraient souhaiter formaliser l'avancement de leur négociation. Les documents peuvent avoir une force variable, selon que les parties ont conclu une lettre d'intention (A), un engagement d'honneur (B), un accord de principe (C), ou un accord partiel (D).

### A- La lettre d'intention

62. Il faut distinguer, sous le vocable de « lettre d'intention », la lettre de confort qui constitue une garantie financière accordée par une partie et ne fait pas l'objet de cette thèse, et la lettre d'intention qui constitue une étape de formalisation de la négociation, qui fera ici l'objet d'une analyse.

Le terme de lettre d'intention n'a pas de valeur clairement définie en droit. Il s'agit en effet d'un terme générique utilisé par la pratique pour manifester et formaliser la volonté de parties de démarrer une négociation. Les juges français recherchent, derrière ce vocable, quelle a été l'intention des parties. Ils peuvent donc, selon les cas, soit nier tout engagement, soir constater des obligations précontractuelles, soit même reconnaître la formation d'un contrat.

Dans un arrêt du 3 juin 2003[211], IMCO a engagé des négociations avec la Banque du Phénix. Celle-ci lui a transmis un protocole d'accord par fax non signé, fixant les conditions financières de leur accord. IMCO a accepté mais la Banque du Phénix n'a pas donné suite. IMCO a demandé l'exécution forcée. La cour d'appel l'a débouté et la Cour de cassation rejeta le pourvoi, estimant que la preuve de l'intention de

[211] Cass. Com., 3 juin 2003, n° 00-17008, inédit

s’engager n’était pas apportée. Elle s’est fondée sur le fait que « le document intitulé "protocole d'accord" ne comportait aucune signature non plus que la télécopie de transmission et qu'il n'avait reçu aucun commencement d'exécution ; qu'en l'état de ces constatations, dont il ressortait que la Banque du Phénix n'avait pas eu la volonté de s'engager en cas d'acceptation de la société IMCO, la cour d'appel, qui n'a subordonné le consentement des parties et la formation du contrat à aucune condition de forme, en a souverainement déduit que les documents litigieux ne constituaient pas une offre, mais une simple base de négociation ». Dans un arrêt du 6 novembre 2012, la Cour de cassation décidait « qu'aux termes de la "lettre d'intention" du 3 octobre 2008, il était indiqué : "Nous vous proposons que le prix de cession définitif soit déterminé (...) sur la base d'une situation comptable en forme de bilan qui serait établie de manière contradictoire, à la date du 30 septembre 2008, destinée notamment à déterminer le passif envers les tiers" et constaté que le montant du passif était inconnu au jour de la lettre d'intention, ce dont il résultait que la fixation du prix des parts sociales impliquait un nouvel accord de volonté des parties, […] le prix n'était ni déterminé, ni déterminable suivant les seules stipulations de l'acte du 3 octobre 2008 »[212].

63. La lettre d’intention peut elle-même nier toute valeur contractuelle. On rejoint ici la pratique anglaise des clauses « *subject to contract* ». Dans un arrêt du 1er avril 2021[213], une société menait une négociation avec un nouvel investisseur. Une lettre d'intention fixait un calendrier estimatif sur les opérations à mener avant la réalisation de l'opération finale qui devait avoir lieu au plus tard le 30 juin 2018. Les juges relevaient toutefois qu’une clause de cette lettre d’intention stipulait que celle-ci « ne constitue en aucun cas à ce stade pour aucune des parties un engagement ferme de réaliser l'opération, chacune restant libre de mettre fin à tout moment au projet d'Opération ».

La dénomination de lettre d’intention constitue souvent un indice de l’absence de volonté des parties d’être liées par un engagement contractuel. Ainsi, dans un arrêt rendu en 1998[214], la société Limagrain avait proposé d’acheter des actions d’une société à M. Faton. Celui-ci avait accepté de vendre ses actions dans un document appelé « lettre d’intention ». La négociation s’était poursuivie entre les parties et

[212] Cass. Com. 6 novembre 2012, n° 11-26582, inédit
[213] CA Paris, 1er avril 2021, n° 20/06187
[214] Cass. Com 10 mars 1998 (Société Groupe Limagrain Holding c/Louis Faton), n° 95-21126, inédit

celles-ci étaient arrivées à un protocole d'accord dont les termes financiers étaient très différents. Les parties n'étaient pas tombées d'accord sur le prix et M. Faton avait décidé de mettre fin aux négociations. Dans cet arrêt, bien que la lettre d'intention désigne les parts et le prix de base, la dénomination du document comme « lettre d'intention » ainsi que le fait que les parties avaient continué la négociation démontrait que les parties étaient toujours en période précontractuelle et n'entendaient pas être liées par les termes de la lettre d'intention.

De même, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 juin 2008[215], la société AIC Finances a adressé à la société Team Sécurité une lettre d'intention d'achat des parts de cette société. Mme C., gérante de cette société, possédait 120 des 1.000 parts de cette société. Par la lettre d'intention, la société AIC finances s'engageait à négocier de bonne foi son accord sur l'acquisition de la totalité des parts sociales de la société TEAM SECURITE et mentionnait qu'en raison de la position de la gérante restant en activité tout en gardant son capital, elle s'engagerait dans l'acte de cession à lui garantir sa sortie en capital. Or, AIC Finances a finalement acheté 880 parts de la société, licencié Mme C. et refusé d'acquérir ses parts. Mme C. a saisi le tribunal de commerce de Paris pour voir constater l'obligation d'achat de ses parts par la société AIC Finances sur un fondement contractuel, Elle prétendait à titre subsidiaire que la SAS AIC FINANCES et la SAS MDLS se trouveraient engagées sur un fondement quasi contractuel puisqu'elles lui avaient laissé croire qu'elles allaient acquérir ses parts sociales. La cour d'appel débouta Mme C. En effet, « l'acte de cession du 2 octobre 2003 conclu entre les cédants regroupant 88 % des parts sociales et la SAS MDLS venant aux droits de la société AIC FINANCES et qui comporte la signature de la société TEAM SECURITE représentée par Mme C. qui en a donc eu connaissance ne comporte aucune garantie de sortie en capital à son profit tout en mentionnant en son article X qu'il prévaut sur tous les engagements antérieurs ». En outre, « Mme C., qui subsidiairement fonde des demandes sur les dispositions de l'article 1371 du Code civil, ne caractérise pas plus les faits accomplis par ces deux sociétés susceptibles de les obliger à acquérir ses 120 actions au prix unitaire de 915 euros ».

[215] C.A. Paris, 5 juin 2008, n° 07/06454

64. Ce sont les principes de la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers qui, en principe, s'appliqueront. Dans un arrêt du 30 avril 2019[216], deux lettres d'intention ont été signées par l'acquéreur potentiel d'une société mais le vendeur a mis fin aux pourparlers. Les juges déboutèrent l'acquéreur de son action pour rupture des pourparlers, au motif que les vendeurs n'avaient commis aucune faute, les parties n'étant jamais tombées d'accord sur les conditions financières de l'acquisition.

Le juge peut toutefois reconnaître une valeur contractuelle à la lettre d'intention. Dans un arrêt du 12 juillet 1994[217], Geostock avait passé avec M. X un accord prévoyant sa fonction et sa rémunération, et envisageant la renégociation des conditions de rémunération en fonction des termes de contrats à négocier avec des tiers. M. X a demandé le versement de sa rémunération mais Geostock a prétendu que seul un accord de principe avait été négocié, qui n'imposait qu'une obligation de négocier de bonne foi. La Cour d'appel fit droit à la demande de X et la Cour de cassation rejeta le pourvoi, au motif que l'accord entre les parties contenait l'ensemble des éléments de formation d'un contrat[218].

La lettre d'intention constitue souvent une simple déclaration de la volonté de négocier. L'engagement d'honneur, lui aussi, n'aura en principe pas de valeur contractuelle.

## B- L'engagement d'honneur

65. Pour être lié par un contrat, il faut une intention de s'engager. Ainsi, un engagement d'honneur n'a en principe pas de valeur obligatoire[219]. Toutefois, les tribunaux français donnent parfois un effet à ces engagements d'honneur.

---

[216] CA Poitiers, 30 avril 2019, n° 18/00165
[217] Cass. Com., 12 juillet 1994, n° 92-19247, inédit
[218] Id. « recherchant la commune intention des parties, la Cour d'appel a souverainement retenu que les parties avaient conclu, le 18 juin 1982, une convention prévoyant la possibilité d'adaptation de la rémunération de M. X..., selon l'évolution du schéma de réalisation des opérations projetées »
[219] Voir par exemple C.A. Limoges, 27 août 1811, S., 12, 2, p. 237, lorsqu'un individu ne s'est « soumis qu'aux seules lois de l'honneur, il ne saurait être permis d'en invoquer d'autres contre lui » ; Cass. Req., 25 février 1835, Dalloz Jurisp. Gén, Vème Déni de justice, n° 14 ; C.A. Paris, 30 avril 1984, RTD civ., 1985, obs. J. Mestre, p. 730 ; C.A. Bordeaux, 16 octobre 1985, D. 1989, jurispr. Note I. Najjar, p. 436.

Dans un arrêt du 27 novembre 1985, la Cour de cassation reprochait ainsi à une cour d'appel d'avoir « écarté l'engagement "d'honneur", pris par le débiteur à l'occasion du divorce, de renoncer à demander ultérieurement la modification du montant de la pension alimentaire en se bornant à affirmer que cette renonciation n'était pas juridiquement opposable à son auteur »[220].

De même, dans un arrêt du 23 janvier 2007, la Cour de cassation décidait « qu'en s'engageant, fût-ce moralement, "à ne pas copier" les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente »[221].

Si la lettre d'intention et l'engagement d'honneur n'ont en principe pas de valeur contractuelle, la responsabilité des parties pourra croître s'ils concluent un accord de principe.

## C- L'accord de principe

66. Les tribunaux français reconnaissent la valeur d'un accord de principe. Ils admettent dans ce cas l'existence d'une obligation de moyen de négocier de bonne foi. Par exemple, dans un arrêt du 19 décembre 1989[222], une entreprise était entrée en négociation avec plusieurs organisations syndicales pour envisager la réduction du temps de travail avec maintien des rémunérations, précisant qu'en « tout état de cause, l'objectif des 35 heures sera atteint pour tous en 1985 ». Suite à l'échec des négociations, les syndicats ont demandé l'exécution forcée de l'accord. La Cour de cassation jugea que « la clause litigieuse, qui ne détermine pas à quelles conditions précises la durée hebdomadaire de travail sera réduite à 35 heures et quels seront les effets de cette réduction sur le montant des rémunérations, contrepartie du travail, ne constitue qu'un accord de principe ; que les parties, en vue de parfaire leur convention avaient, selon l'accord du 4 janvier 1982, contracté l'obligation de négocier sur la durée hebdomadaire du travail ». Les parties n'étaient pas « liées par une obligation de résultat ».

[220] Cass. 2ème civ., 27 novembre 1985, n° 84-13971, publié au Bulletin
[221] Cass. Com., 23 janvier 2007, n° 05-13189, publié au Bulletin.
[222] Cass. Soc. 19 décembre 1989, n° 88-13338, publié au Bulletin

Comme l'indique la Cour de cassation dans un arrêt du 10 janvier 2002, un « accord de principe donné par une banque 'sous les réserves d'usage' implique nécessairement que les conditions définitives de l'octroi de son concours restent à définir et oblige seulement celle-ci à poursuivre, de bonne foi, les négociations en cours »[223]. De même, dans un arrêt du 2 juillet 2002, la Cour de cassation écarta la responsabilité d'une banque qui, suite à un accord de principe, avait refusé d'accorder son concours bancaire à un promoteur immobilier. Les juges ont décidèrent que « la lettre du 16 novembre 1990 ne constituait qu'un accord de principe obligeant seulement la banque à poursuivre, de bonne foi, les négociations entreprises avec la SCI ; qu'en l'état de ce motif dont il se déduisait que les conditions définitives de l'octroi de son concours restaient à préciser, la cour d'appel, loin de violer le texte visé par la troisième branche du moyen, en a fait au contraire l'exacte application en décidant que la banque avait pu légitimement, en l'état des difficultés éprouvées à l'époque par le marché immobilier, exiger de la SCI la justification d'un quota de réservation minimum »[224].

Un arrêt du 7 novembre 2002[225] jugea qu'il ressortait du texte clair et non équivoque du document signé par les parties que celles-ci s'étaient engagées à négocier de bonne foi. Cet engagement entraînait une obligation de bonne foi et un engagement de négocier, bien qu'il n'existe pas d'obligation d'aboutir. La rupture fautive par l'une des parties constituait une défaillance contractuelle donnant lieu à des dommages-intérêts en faveur de l'autre partie. Les juges ont donc retenu ici la faute, tout en décidant que la rupture n'aurait pas été fautive si l'auteur de la rupture avait apporté la preuve que les rapports entre les parties étaient devenus intolérables.

67. Dans un arrêt du 30 avril 2019[226], les juges rappelaient qu'en « cas de non-respect d'un accord de principe par l'une des parties, sa responsabilité fautive peut être engagée, la condamnation à des dommages et intérêts pouvant sanctionner le manquement à la bonne foi et ou le manquement à l'obligation d'information, la partie qui l'invoque devant rapporter la preuve des manquements allégués ». Dans cette affaire, l'acquéreur potentiel d'une société avait émis un accord de principe, accepté par le

[223] Cass. Com., 10 janvier 2002, n° 10-26149, inédit
[224] Cass. Com., 2 juillet 2002, n° 00-13459, inédit
[225] C.A. Paris, 7 novembre 2002, Jurisdata n° 2002-219702
[226] CA Poitiers, 30 avril 2019, n° 18/00165

vendeur. Le vendeur avait ensuite mis fin aux pourparlers. Les juges refusaient de reconnaître la responsabilité du vendeur au motif que le protocole soumis à la signature du vendeur était différent des engagements pris par l'acquéreur dans l'accord de principe. Les juges en concluaient qu'il « ne peut pas être considéré comme fautif de sa part d'avoir refusé ultérieurement de procéder à la signature du protocole, de même que n'est pas caractérisée de sa part une mauvaise foi dans la conduite de cette deuxième phase de pourparlers, ni une rupture brutale et inexpliquée de ces derniers ».

De même, un arrêt du 12 mars 2019[227] considérait que « Par principe et en application de l'article 1112 du Code civil, selon lequel 'l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres', la participation à des négociations en vue de la conclusion d'un contrat est libre, elle peut constituer une obligation en cas de rédaction d'une lettre d'intention acceptée. En cas d'acceptation de l'invitation à entrer en pourparlers, le contrat n'est pas pour autant conclu, aussi longtemps qu'elles ne parviennent pas à tomber d'accord, les parties sont toujours libres de poursuivre les pourparlers. En cas de non-respect d'un accord de principe par l'une des parties, sa responsabilité fautive peut être engagée, la condamnation à des dommages et intérêt pouvant sanctionner le manquement à la bonne foi et ou le manquement à l'obligation d'information ». Dans cet arrêt, des négociations ont été engagées sur la vente d'un fonds de commerce et de murs. Les juges refusaient de reconnaître la responsabilité du cédant qui avait rompu les pourparlers, au motif que les pourparlers avaient été menés par un père au nom de ses deux fils, mais que suite à l'accord de principe, seul l'un des fils était intervenu aux négociations. Pour les juges, « Il s'ensuit que la confusion qui en est résultée pour les sociétés venderesses qui ont pu légitimement douter du sérieux des propositions, s'interroger sur la personne faisant réellement la proposition, qu'il doit être retenu qu'elles n'ont pas commis de rupture abusive des pourparlers pré-contractuels ».

L'accord de principe pourrait avoir une valeur de contrat s'il disposait d'un contenu suffisamment précis et de la volonté de s'engager. Dans un arrêt du 22 mai 2001, la Cour de cassation validait l'interprétation souveraine des juges du fond qui avaient

[227] CA Poitiers, 12 mars 2019, n° 18/01008

décidé que « les lettres adressées à M. X... par deux anciens dirigeants de France 2 peuvent tout au plus constituer des indices concernant l'existence de pourparlers »[228]. A contrario, on peut en déduire qu'un contenu suffisamment précis formerait donc le contrat.

Si l'accord de principe constitue un engagement supplémentaire des parties, on se situe encore normalement dans une période de négociation. La situation est moins claire si les parties ont conclu un accord partiel.

## D- L'accord partiel

68. Un accord partiel n'est pas le contrat définitif. Toutefois, les juges pourraient reconnaître que le contrat en négociation est formé en cas d'accord de principe sur les éléments essentiels, bien que des points restent à négocier.

Ainsi, dans un arrêt du 28 avril 87[229], Nolff et Commingues s'étaient engagées à créer une société, mais les modalités restaient à définir. Commingues mit fin aux négociations. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt qui avait reconnu l'existence d'une promesse de société car les parties étaient d'accord sur l'ensemble des points essentiels. La Cour de cassation décida ainsi que « la cour d'appel constate que l'engagement que M. Nolff avait pris à l'égard de M. Comminges dépassait le stade de " simples pourparlers ", qu'il ressort d'un compte rendu de réunion, à laquelle les deux parties avaient participé, qu'un accord était intervenu sur l'objet de la future société, sur l'importance et la nature des apports respectifs de chaque associé et sur la forme de la nouvelle société et que la rémunération de M. Comminges, qui devait exercer les fonctions de directeur commercial était également prévue ».

De même, dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2006[230], la banque Veneta avait négocié avec la banque française du commerce extérieur (BFCE) pour que cette dernière reprenne un risque de crédit. Les parties étaient tombées d'accord

[228] Cass. Com., 22 mai 2001, n° 95-19918, inédit
[229] Cass. Com., 28 avril 1987, (Nolff c/ Comminges), n° 85-17897, publié au Bulletin
[230] Cass. Com., 28 février 2006, n° 04-14719, inédit

sur un ensemble de points et BFCE avait déclaré le risque à la Banque de France et prélevé une commission. Toutefois, la négociation avait continué sur d'autres points du contrat. Suite au dépôt de bilan de la société couverte, BFCE avait refusé de couvrir. Sur l'action de la banque Veneta, la Cour d'appel a décidé que les parties étaient encore en négociation et que BFCE n'avait donc pas d'obligation contractuelle. La Cour de cassation a cassé l'arrêt, considérant que, « en déclarant le risque à la Banque de France puis en acceptant de percevoir la commission contractuelle pour le risque litigieux, la Banque française du commerce extérieur avait, ce faisant, reconnu implicitement mais nécessairement qu'un accord de volontés était intervenu entre les parties sur les éléments qu'elle-même tenait pour essentiels même si des discussions se poursuivaient par ailleurs pour parfaire le contrat sur des points secondaires et admis s'être engagée ». Ainsi, cet arrêt confirme que le critère, en droit français, est l'existence d'un accord entre les parties sur les éléments essentiels du contrat.

Outre les engagements qui formalisent la négociation, il est également possible de faire naître des obligations précontractuelles détachables de la négociation elle-même.

## II- LES AVANT-CONTRATS QUI CREENT DES OBLIGATIONS DETACHABLES

La négociation du contrat peut donner lieu à un ensemble d'obligations telles qu'une clause qui nie toute valeur contractuelle à la négociation (A) ou une clause d'exclusivité (B).

### A- La clause d'absence de valeur contractuelle

69. Une partie peut stipuler dans un projet de contrat que celui-ci ne vaudra pas contrat. Le juge peut également être amené à interpréter les termes d'un contrat de négociation pour constater l'absence d'engagement. Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 janvier 2019[231], une artiste avait été engagée par une société de production dans le cadre des deux premières saisons d'une série télévisée. Le contrat prévoyait

[231] C.A. Paris, 9 janvier 2019, n° 16/11996

que, dans l'hypothèse où la poursuite de la série serait décidée et la récurrence du rôle confirmée, pour les épisodes suivants de la série, l'artiste acceptait d'ores et déjà de tenir le rôle d'X dans la série mise en production. [...] Il était aussi mentionné que « le producteur ne s'engage nullement à ce que le personnage interprété par l'artiste soit présent dans chacun des épisodes tournés ». Le producteur décida de réaliser une troisième saison mais de supprimer le rôle de cette artiste. La cour d'appel rejeta l'action en responsabilité contractuelle sur le fondement d'un manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi, ne constatant « aucun élément de nature à établir la réalité d'une exécution déloyale du contrat de travail souscrit pour la saison 2 ». Elle ajouta « qu'aucun contrat n'a été formé pour la saison 3 en sorte qu'aucune demande pour une exécution déloyale d'un contrat qui n'a pas été souscrit, ni exécuté ne peut prospérer ».

Dans un arrêt du 14 septembre 2017[232], la Cour de cassation relevait que « dans un courriel du 23 avril 2008, M. X... avait mentionné que son engagement ne serait définitif qu'à la signature d'un engagement notarié, condition dont M. Y... avait pris acte, et constaté qu'aucune promesse de vente n'avait été signée, ni aucun autre document dont il ressortirait que les parties eussent renoncé à ce formalisme, la cour d'appel en a exactement déduit que la vente envisagée en 2008 n'était pas parfaite ». Ainsi, l'émission de ce courrier manifestait l'absence d'intention de l'acheteur d'être engagé tant que le respect de la formalité de la vente notariée n'avait pas été réalisée.

70. Les termes de l'offre peuvent convaincre le juge de l'absence de volonté de l'auteur de l'offre d'être engagé par l'acceptation. Dans un arrêt du 31 mars 2005[233] de la cour d'appel de Versailles, Mme X était entrée en négociations avec le studio Warner Bros pour mettre en place une collaboration. La société Warner Bros a transmis à Mme X. une proposition de contrat de licence. La cour d'appel a refusé de reconnaître l'existence d'un contrat, au motif que le courrier d'accompagnement indiquait « "J'insiste sur le fait que ces termes ne constituent pas un contrat en bonne et due forme" [et] que chacune des pages du document annexe porte la mention "Cette proposition ne peut en aucun cas faire foi de contrat - Toute utilisation des

[232] Cass. 3ème civ., 14 septembre 2017, n° 16-20904, inédit
[233] C.A. Versailles, 31 mars 2005, n° 03/08452

personnages devra faire l'objet d'un contrat de licence signé en bonne et due forme" »[234].

Outre cette clause d'absence de valeur contractuelle donnée aux échanges précontractuels, les parties à la négociation peuvent s'engager à respecter la confidentialité lors de leurs pourparlers.

### B- La clause de confidentialité

71. Rien n'interdit aux parties de souscrire des engagements de confidentialité. Dans l'arrêt du 23 janvier 2007 déjà cité, la Cour de cassation reconnaissait la validité d'un contrat par lequel la société Camaieu prenait « l'engagement, en tant que de besoin, de ne pas copier les produits commercialisés par Créations Nelson, sous la marque Comptoir des cotonniers ou tout autre marque qu'elle commercialise »[235].

Il existe donc plusieurs possibilités de formaliser la négociation au moyen d'avant-contrats. L'analyse de la jurisprudence permet également de constater que les juges ont recours aux quasi-contrats pour sanctionner les parties à l'occasion de la rupture des négociations.

## CHAPITRE 2 : LE QUASI-CONTRAT

Le fondement des quasi-contrats est rarement évoqué par les auteurs français d'ouvrages consacrés au droit des obligations et à la rupture des pourparlers. L'analyse de la doctrine conduirait donc à considérer que le droit français n'applique pas les quasi-contrats lorsque la négociation échoue. En revanche, juges et auteurs anglais reconnaissent des obligations fondées sur des quasi-contrats. Cette constatation, permise par la comparaison des droits français et anglais, a conduit à rechercher si les juges français se référaient à la notion de quasi-contrat pour sanctionner une partie à l'occasion de la rupture des négociations. L'analyse de la

[234] Il faudra toutefois tempérer ce pouvoir du juge, l'article 12 du Code de procédure civile imposant au juge de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »
[235] Cass. Com., 23 janvier 2007, n° 05-13189, publié au Bulletin

jurisprudence montre que les quasi-contrats sont régulièrement invoqués et reconnus par les juges français à l'occasion de la rupture des pourparlers.

Le principe, en droit français, est l'absence d'indemnisation des frais précontractuels (Section 1). Il existe toutefois des exceptions prévues par la jurisprudence sur le fondement de chacun des trois quasi-contrats (section 2).

## SECTION 1 : LE PRINCIPE D'ABSENCE D'INDEMNISATION DES FRAIS PRECONTRACTUELS

Les tribunaux français considèrent que les parties négocient en principe à leurs risques et périls (I). Ils rappellent également le caractère subsidiaire de l'action en quasi-contrat (II).

### I- LIBERTE CONTRACTUELLE ET REFUS D'INDEMNISATION AUTOMATIQUE DES FRAIS PRECONTRACTUELS

72. Lorsque les parties négocient un contrat, chacun est susceptible d'engager des dépenses précontractuelles. On a déjà vu que les tribunaux refusent en principe une action délictuelle. La position de principe est la même sur le fondement des quasi-contrats. Selon l'article 1300 du Code civil, « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ». Le Code civil distingue l'enrichissement injustifié, le paiement de l'indu et la gestion d'affaires.

En principe, l'échec des pourparlers n'entraîne pas le remboursement par celui qui a rompu des frais engagés par l'autre partie. Ainsi, dans un arrêt du 26 juin 1990, la société Dewulf Cailleret et fils était entrée en négociations avec la société de Neuter pour acquérir la société X. Au cours des négociations, la société Dewulf avait passé un contrat avec la société Argos pour rechercher un directeur général. Suite à l'échec des pourparlers, la société Dewulf avait demandé le remboursement de cette somme à la société de Neuter. La Cour de cassation rejeta cette action, décidant que « l'action *de in rem verso*, admise dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouve, sans cause

légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, ne peut trouver son application lorsque celle-ci a agi dans son intérêt et à ses risques et périls »[236].

Comme pour l'enrichissement injustifié, le principe est l'absence de responsabilité pour gestion d'affaires en cas d'échec des pourparlers. Dans un arrêt du 24 septembre 2007[237], l'hôtel Balzac était entré en négociations avec la société Epsilone pour lui confier un marché de rénovation. Les parties avaient conclu un contrat sous condition suspensive d'obtention d'une garantie par Epsilone. Or, le prestataire n'avait pas obtenu cette garantie. Aucun contrat n'avait donc été conclu. Epsilone avait demandé des dommages et intérêts délictuels pour rupture des négociations ainsi qu'une indemnité sur le fondement de la gestion d'affaire au regard des sommes avancées pour la fabrication de moules. La cour d'appel refusa l'action pour rupture des pourparlers, au motif que la cause de la rupture était le défaut de fourniture de garantie par Epsilone. Elle rejeta également l'action sur le fondement de la gestion d'affaires.
De même, dans un arrêt du 12 janvier 2000, la société Gesfop et M. X étaient entrés en négociation pour la réalisation d'une opération immobilière. Le projet de contrat prévoyait une indemnisation de M. X au titre des diligences qu'il avait entreprises en cas de retrait de sa part de l'opération. Or, les négociations n'avaient pas abouti. La Cour de cassation reconnut que le projet s'inscrivait dans le commencement des pourparlers et n'entraînait donc aucune obligation contractuelle. Elle rejeta également le recours fondé sur la gestion d'affaires. Elle décida en effet « que la facture du 12 octobre 1992, établie par M. X... au nom de la société immobilière du 53, rue de Paris et transmise par lui pour paiement à la Banque industrielle et immobilière (BIMP), ne portait que sur le règlement de diligences entreprises avant le 21 janvier 1991 pour lesquelles il n'avait qu'une espérance de gain sans qu'une rémunération ait été convenue entre lui-même et la BIMP ou la société immobilière du 53, rue de Paris ou la société Gesfop »[238].

Outre le fait que les juges français posent le principe de liberté contractuelle, ils rappellent le caractère subsidiaire de l'action en quasi-contrat.

---

[236] Cass. 1ère civ., 26 juin 1990, n° 89-11396, inédit
[237] C.A. Versailles, 24 septembre 2007, n° 06/01301
[238] Cass. 3ème civ., 12 janvier 2000, n° 98-12583, inédit

## II- LE CARACTERE SUBSIDIAIRE DE L'ACTION EN QUASI-CONTRAT

73. L'action pour enrichissement sans cause ne peut pas permettre à la victime d'une rupture de pourparlers qui échoue à prouver une rupture fautive d'obtenir une indemnisation. Ainsi, la Cour de cassation approuva, dans un arrêt du 20 mars 2014[239], l'argumentation d'une cour d'appel qui avait « fait application des principes relatifs à l'enrichissement sans cause et souligné son caractère subsidiaire » et avait décidé que « l'action *de in rem verso* n'est pas ouverte au demandeur qui n'apporte pas les preuves nécessaires au succès d'une action en responsabilité délictuelle ».

    L'action en quasi-contrat peut toutefois trouver à s'appliquer si les conditions propres aux quasi-contrats sont remplies.

# SECTION 2 : LE RECOURS AU QUASI-CONTRAT POUR REMBOURSER LES FRAIS PRE-CONTRACTUELS

Comme pour la responsabilité délictuelle, la position de principe d'absence de remboursement des frais précontractuels connaît des exceptions. Si les parties remplissent les conditions, les juges acceptent d'indemniser celui qui a engagé des frais précontractuels, que ce soit sur le fondement de l'enrichissement injustifié (I) ou d'un autre quasi-contrat (II).

## I- LA RECONNAISSANCE D'UNE ACTION POUR ENRICHISSEMENT INJUSTIFIE

74. Comme l'indique l'article 1303 du Code civil, « celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ». Si ces conditions sont réunies, indépendamment de tout fait

[239] Cass. 1ère civ., 20 mars 2014, n° 12-28318, inédit

générateur d'une responsabilité délictuelle, une partie à la négociation peut obtenir, après l'échec de la négociation, le remboursement de ses frais précontractuels.

Dans un arrêt du 3 juin 2008[240], un exploitant agricole était entré en négociations avec une cessionnaire potentielle de son exploitation. Les négociations avaient échoué après que la cessionnaire se soit installée sur les terres et ait participé à l'exploitation pendant 8 mois. Les juges rejetèrent la demande de dommages et intérêts liés à la rupture des pourparlers au motif que la cessionnaire ne démontrait pas que le cédant serait responsable du fait qu'elle n'avait pas repris l'installation. Elle accorda en revanche une indemnisation de 10.095 euros à la cessionnaire sur le fondement de l'enrichissement sans cause, « correspondant au salaire qu'il aurait versé à un salarié pour une période de huit mois ».

Dans un arrêt du 5 avril 2018[241], la société Eagle Aviation est entrée en négociations avec les sociétés Laval et Nicodis pour acquérir un avion en indivision. Au cours des pourparlers, Eagle Aviation a payé $650.000 à l'avionneur. Or, les négociations n'ont pas abouti et Laval et Nicodis ont acheté seuls l'avion. Dans cette affaire, la Cour de cassation reconnaissait l'existence d'un enrichissement sans cause et condamnait Laval et Nicodis à rembourser ces sommes à Eagle aviation.

Dans un arrêt du 9 juillet 2013[242], la société Calvin Klein est entrée en négociations avec la société Harold pour prendre à bail un local commercial. Harold a mis fin aux pourparlers. La Cour de cassation approuva la décision de la cour d'appel de reconnaître une responsabilité délictuelle indemnisant les frais de recherche de meubles et les frais de négociations, mais également la somme de 224 052, 66 euros, représentant les frais engagés par la société CKJE pour l'aménagement du magasin et la somme de 40 000 euros représentant les frais de planification afférents à ce magasin sur le fondement d'un quasi-contrat.

Dans un arrêt du 13 juillet 2004[243], Infotronic Girod est entrée en pourparlers avec Giraudy concernant la cession d'un contrat d'exploitation de panneaux d'affichage. Les négociations ont duré 6 ans et ont échoué, sans qu'une faute dans l'échec des pourparlers soit caractérisée. La Cour de cassation accueillait l'action d'Infotronic

[240] C.A. Dijon, 3 juin 2008, n° 07/01458
[241] Cass. 1ère civ., 5 avril 2018, n° 16-20106, inédit
[242] Cass. Com., 9 juillet 2013, n°12-17.434, inédit
[243] Cass. 1ère civ., 13 juillet 2004, n° 01-03608, publié au Bulletin

Girod envers Giraudy, qui avait exploité pendant 6 ans ces panneaux publicitaires. Giraudy contestait le bien-fondé de l'action, avançant que la société Infotonic Girod avait négligé d'agir pendant plus 6 ans, soit pour interdire l'exploitation, soit pour réclamer le prix de cession des panneaux publicitaires. La Cour de cassation décidait que « la seule imprudence ou négligence de celui qui a enrichi autrui en s'appauvrissant ne le prive pas de son droit d'invoquer l'enrichissement sans cause ; que la cour d'appel qui a relevé que le fait pour la société Infotonic Girod de s'être abstenue d'agir en raison du comportement de la société Giraudy ne la privait pas de son recours, a fait une exacte application des textes et des principes susmentionnés ».
Dans un arrêt du 28 mai 1991[244], une commune est entrée en pourparlers avec les propriétaires d'un terrain pour acquérir ceux-ci et construire une route. La commune a commencé les travaux, sans l'accord des vendeurs. Les pourparlers ont échoué. Les vendeurs ont obtenu la condamnation de la commune à leur verser la somme de 1.613.000 francs pour voie de fait. La commune, qui avait dépensé 1.800.000 francs pour aménager le lotissement, a agi sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour obtenir le remboursement de ces sommes. La Cour de cassation déboutait la commune de son action, au motif que « l'appauvrissement invoqué par le moyen est la conséquence de la faute que la commune a commise en entreprenant pour Mme X... des travaux, au titre d'une convention qui n'avait pas été conclue ».

Il faut prouver un enrichissement de l'auteur de la rupture. Dans un arrêt du 19 juin 2019[245], une société était entrée en négociation avec une autre au moyen d'une lettre d'intention pour commercialiser une base de données. L'acheteur avait mis fin aux négociations. La Cour de cassation rejetait l'action du vendeur sur le fondement de l'enrichissement sans cause au motif que « société Fors France ne démontrait pas que la société Santé actions avait profité de ses investissements ».

Outre l'action pour enrichissement injustifié, les juges français acceptent également d'utiliser le fondement de l'action en répétition de l'indu ou de la gestion d'affaires pour sanctionner une partie à l'occasion de la rupture des négociations.

[244] Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, n° 89-18719, inédit
[245] Cass. Com. 19 juin 2019, n° 18-11798, inédit

## II- LA RECONNAISSANCE D'UNE ACTION EN REPETITION DE L'INDU OU SUR LE FONDEMENT DE LA GESTION D'AFFAIRES

75. Comme l'énonce l'article 1302-1 du Code civil, « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ». L'action en répétition de l'indu peut trouver à s'appliquer dans le cadre de la rupture de pourparlers. Dans un arrêt du 30 octobre 2013[246], la Société Générale était entrée en pourparlers avec M. et Mme X en vue de racheter leurs prêts. La Société Générale avait adressé des offres de prêt et versé la somme prévue mais les emprunteurs n'avaient pas donné suite aux négociations. La Cour de cassation accueillait l'action en répétition de l'indu de la Société Générale à l'encontre des époux X. Elle jugeait que « l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire, le cas échéant, de la somme répétée, les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour l'accipiens de la faute commise par le solvens ; que c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel, ayant constaté qu'il résultait du déroulement des faits que la Société générale avait payé le Crédit lyonnais en croyant que le contrat de prêt avait été signé par M. et Mme X..., a retenu qu'elle était en droit d'exercer un recours contre ces derniers ».

76. Comme pour l'enrichissement indu, il peut exister des hypothèses de rupture des pourparlers dans lesquelles les juges se réfèreront à la gestion d'affaires. Selon l'article 1301 du Code civil, « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

    Dans un arrêt du 24 janvier 2008[247], un vendeur est entré en négociations avec un acheteur pour vendre son bien immobilier. La vente a échoué suite à un désaccord sur un sinistre subi par l'immeuble. La cour d'appel rejetait l'action pour enrichissement sans cause, décidant que « Bien que Francis X... ait engagé des frais à ses risques et périls de constats de l'état des lieux, honoraires d'architecte et d'étude des sols pour son projet de rénovation du bâtiment et taxes locales d'équipement en vue de la réalisation,

[246] Cass. 1ère civ., 30 octobre 2013, n° 12-22021, inédit
[247] CA Aix-en-Provence, 20 janvier 2008, n° 07/03079

dès lors qu'il ne justifie pas que l'accord a été anéanti par la faute de la venderesse, sa demande d'indemnisation en remboursement desdites sommes ne peut qu'être rejetée ». En revanche, elle accueillait l'action sur le fondement de la gestion d'affaires. Elle estimait en effet que, « en revanche, sur le fondement de la gestion d'affaires, Francis X... est bien fondée à demander remboursement des travaux de mise hors d'eau de l'immeuble qu'il a payé, dans l'intérêt de la propriétaire, pour la somme de 4. 503,34 euros suivant facture de la société SOPHOBAT ».

Dans un arrêt du 10 février 1998[248], la société Inter Marbres est entrée en négociations avec la société Bail équipement pour prendre un avion en crédit-bail. Les négociations n'ont pas abouti. La Cour de cassation constatait « qu'aucun accord n'est intervenu entre la société Bail Equipement et la société Inter Marbres mais que cette dernière, dans le cadre des pourparlers a pris des mesures de sauvegarde et d'assurance de l'avion ayant fait l'objet du contrat de crédit-bail sans qu'il soit démontré qu'elle ait été impliquée dans l'utilisation de l'appareil ou qu'elle ait eu un comportement de locataire; que la cour d'appel a pu en déduire, en justifiant légalement sa décision, que la société Inter Marbres avait droit au remboursement de ses frais au titre de la gestion d'affaires ».

Le droit français reconnaît donc plusieurs hypothèses de responsabilité liées à la rupture des pourparlers, sur un fondement contractuel, délictuel ou quasi-contractuel. Malgré l'affirmation de principe des auteurs et juges anglais, les tribunaux outre-Manche reconnaissent eux aussi une sanction du comportement des parties à l'occasion de la négociation.

# TITRE 2 : PRESENTATION DU DROIT ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

77. En droit anglais, une partie n'a pas l'obligation d'entamer des négociations ou de contracter. On peut trouver un exemple de cette liberté dans l'arrêt *Aragona v. Alitalia*[249]. Alitalia subissait des difficultés financières et avait renégocié ses contrats

[248] Cass. Com., 10 février 1998, 95-16.643, Inédit

[249] *Aragona v Alitalia Linee Aeree Italiane SPA* [2001] EWHC 463 (QB) : "« *I have considerable sympathy for the claimants in this case. The wording of the plan and the Cronache of 22nd May 1996 may well have*

avec ses salariés Italiens. Les salariés du Royaume-Uni l'ont assignée pour se voir reconnaître les mêmes droits. Le juge *Hegarty QC* a décidé que la négociation et le contrat n'avaient eu lieu qu'avec les salariés Italiens et qu'*Alitalia* n'avait aucune obligation ni de négocier, ni de conclure un accord similaire avec les salariés Britanniques. Ces derniers pouvaient avoir eu l'impression ou l'espoir de bénéficier également de cet accord mais n'avaient aucun recours car *Alitalia* avait toujours été claire sur le fait que le programme ne s'appliquerait qu'aux salariés italiens. Comme le rappelle l'arrêt *Emagine Films v. Mr Smith*[250], « être en négociation signifie nécessairement que les parties doivent être libre de tomber ou non d'accord, et de mettre fin aux négociations s'ils choisissent de le faire ».

78. Bien que le principe de liberté contractuelle ait décliné de 1870 à 1980, il a repris de la vigueur à partir de 1979 avec l'élection de Mme *Thatcher*[251]. Les tribunaux anglais affirment que les parties à un contrat ont la liberté de choisir non seulement ce que chacun va promettre de faire, mais également les conséquences de l'inexécution de leur promesse[252]. Comme l'a rappelé *Lord Diplock* dans l'affaire *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd*[253], l'un des principes de base du droit des contrats en *common law* est que les parties sont libres de déterminer quelles obligations elles souhaitent accepter. Le professeur *Cohen* ajoute qu'il existe une présomption de

---

*engendered a hope or even an expectation of shares amongst those who saw these documents or heard of them. It must have seemed scant reward for their loyalty and good industrial relations to find that shares were only going to be given to the Italian work force whose behaviour had been very different. Furthermore, as I have said, once this became known, the discontent of the United Kingdom work force was not handled well by the senior management of Alitalia. But I have to determine whether the claimants have any redress in law. For my part, even having regard to the fact that relationships between employer and employee can often be conducted in a highly informal fashion, I find it quite impossible to discern a binding contract between Alitalia and the claimants for the issue of shares*"

[250] *Emagine Films Ltd v Mister Smith Entertainment Ltd and Another*, [2019] EWHC 2085 (Ch): *"a negotiation necessarily means that the parties must be free to agree or disagree, and to walk away if they so choose"*

[251] Pour un rappel historique exhaustif, voir Atiyah P.S., *"An introduction to the law of contract"*, Clarendon law series, 5th edition, 1995, pp. 15-27

[252] *Ashington Piggeries Ltd v. Chistopher Hill Ltd* [1972] AC 441, p. 501, per Lord Diplock: "*Parties to contracts have freedom of choice not only as to what each will mutually promise to do, but also as to what each is willing to accept as the consequences of the performance or non-performance of those promises so far as those consequences affect any other party to the contract*"

[253] *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, *per* Lord Diplock *at* p. 848:"*a basic principle of the common law of contract is that the parties are free to determine for themselves what primary obligations they will accept*"

liberté dans la négociation contractuelle, sous réserve de règles spécifiques créant une responsabilité[254].

79. Le principe est donc en droit anglais la libre rupture des pourparlers, et l'absence de responsabilité si une partie rompt les négociations de manière prématurée ou arbitraire[255]. Les juges retiennent une conception objective du contrat, qui est vu comme un échange, un *bargain.* Les notions de *bargain* et de *consideration* poussent les parties à chercher le meilleur arrangement. Tant qu'un contrat n'a pas été définitivement formé, les engagements pris dans le cours de la négociation n'ont aucune valeur juridique : leur inexécution ou leur retrait n'engage pas la responsabilité de leur auteur. C'est ce qu'a rappelé le juge *Ratee J.* dans l'arrêt *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)*[256]. Dans cette affaire, *Regalian Properties Plc* négociait avec *London Dockland Development Corporation* la construction d'un bâtiment. Pendant la négociation, le demandeur commença les travaux de construction. Lorsque la négociation échoua, le tribunal écarta toute responsabilité et considéra que *Regalian Properties Plc* avait engagé ces frais à ses propres risques[257]. Ce principe de liberté contractuelle influe sur la responsabilité à l'occasion des négociations, car les parties savent qu'elles négocient en principe à leurs risques et périls. Cette conception est confirmée par le professeur *Farnsworth*, qui affirme que les pays de *common law* sont particulièrement sensibles au caractère 'aléatoire' des négociations comportant un espoir de gain et un risque de perte[258].

80. Dès 1919, le juge *Viscount Cave* affirmait, dans un arrêt de la *House of Lords*, la liberté de rompre les négociations[259]. Les juges consacrent la liberté de rompre les négociations tant que le contrat n'est pas conclu, et cela même si cela entraîne un

---

[254] N. Cohen, *in Good faith and fault in contract law*, J. Beatson and D. Friedman (dir.), Clarendon press, 1997, p. 30-31, *English law retains "an a priori assumption of freedom in the bargaining process, subject to special rules imposing liability"*.
[255] R. M. Goode, « *England* », in *Formation of Contracts and Pre-contractual liability*, ICC, 1990, p. 58.
[256] *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)* [1995] 1 WLR 212
[257] Id., Ratee J. *at* p. 231, "*Where, however much the parties expect a contract between them to materialise, both enter negotiations expressly ... on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time ... any cost incurred by [either party] in preparation for the intended contract will be incurred at his own risk*".
[258] E. A. Farnsworth, « *General Report* », in *Formation of Contracts and Pre-contractual liability*, ICC, 1990, p. 18.
[259] *Marshall & Co. v. Nicoll & Son* [1919] UKHL 615 (31 July 1919), per Viscount Cave, p. 617: "*if at any point during the correspondence either party had desired to withdraw from the negotiations he would have been at liberty to do so*".

sentiment d'injustice. Dans l'arrêt *Aisling v. Persimmon*[260], *Aisling* est entré en négociation avec *Persimmon* pour acheter son terrain. *Aisling* a dépensé £500.000 en frais précontractuels. Puis *Persimmon* a mis fin aux négociations. Le juge refusa de reconnaître un contrat et rappela la liberté de rompre les négociations. *Lord Glennie* décida que « Il me semble certain que, ayant bercé le demandeur de fausses espérances, les défendeurs étaient prêts à mettre fin aux négociations pour n'importe quel prétexte dès que l'accord avec QMUC serait conclu et il n'était plus dans leur intérêt de continuer à faire affaire avec les demandeurs. Mais ce tribunal est une cour de droit, et non pas de moralité ».

De même, dans l'arrêt *Bristol v. IDC*[261], *BGS* et *IDC* avaient conclu un contrat concernant l'utilisation d'un logiciel de formation de pilotes. Suite à un litige entre les parties, *BGS* avait proposé à *IDC* de fusionner leurs entreprises et *IDC* a continué à fournir son logiciel pendant le temps de la négociation. Puis *BGS* a mis fin aux négociations. Le juge *Richard Spearman Q.C.* décida que « Je n'ai pas de doute que les *Cownies* ressentent un sentiment d'injustice. Ils considèrent que Mr *Whittingham* a promis de fusionner *BGS* et *IDC*, promesse qui n'a pas été tenue. Toutefois, le juge *Master Marsh* les a déboutés de leur action. Je considère dans cette affaire que l'importance du contexte est qu'ils n'ont pas été assez malins pour limiter le champ d'application de l'accord de 2001 ou pour exclure les nouveaux produits de son cadre, mais à la place, et malgré un désaccord grandissant avec Mr *Whittingham*, ils ont accepté de fournir, ou ont été conduits à fournir, une quantité importante de nouveaux matériaux sur la base de ce contrat. Pour ces raisons, je décide la question 2.2 en faveur de BGS ».

81. Les juges anglais semblent attachés à la liberté contractuelle et à la liberté de rompre les négociations. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de

---

[260] *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor* [2008] ScotCS CSOH_140, &62 "*certainly it seems to me that, having strung the pursuers along, they were prepared to bring an end to the negotiations on a pretext once the agreement with QMUC was concluded and it was no longer in their interest to continue to deal with the pursuers. But the court is a court of law, not of business morality*"

[261] *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & Ors* [2014] EWHC 2145 (Ch), *"I do not doubt that the Cownies harbour a sense of injustice. They consider that Mr Whittingham had made a promise to merge BGS and IDC, which he did not keep. However, Master Marsh decided that issue against them. For present purposes, I consider that the significance of this backdrop is that it supports the probability that they were not astute to limit the operation of the 2001 Agreement or to exclude new product from its ambit, but instead, and in spite of increasing and periodic friction with Mr Whittingham, were content to supply, or were led into supplying, extensive new materials under it. For these reasons, I decide Issue 2.2 in favour of BGS*"

responsabilité pour rupture des pourparlers en droit anglais. Contrairement au droit français, le droit anglais ne connaît pas une catégorie bien définie par la doctrine de « responsabilité précontractuelle ». Les juges utilisent un ensemble d'actions en justice qui aboutissent à reconnaître des situations de responsabilité. Comme le décidait le juge *Nicholas Browne-Wilkinson* dans l'arrêt *Kingdom of Spain v. Christie, Manson and Wood Ltd*[262], « la manière pragmatique par laquelle le droit anglais s'est développé fait que les droits légaux d'une personne sont en fait ceux qui sont protégés par une cause d'action en justice […] ce n'est pas conforme au droit anglais d'analyser des droits comme quelque chose de séparé du remède fourni à l'individu ». Ce n'est donc pas au moyen d'un principe général que le droit anglais sanctionne un comportement précontractuel, mais par le biais d'un ensemble d'actions en justice. Dans l'arrêt *Knatchbull-Hugessen v. SISU capital*[263], *M. Justice Legatt* ajoutait que « Le contexte légal est également important. Comme l'apprennent plusieurs acheteurs ou vendeurs de maison à leurs dépens, il n'existe aucune obligation générale reconnue en droit anglais de dévoiler des informations qui seraient importantes à savoir pour l'autre partie, ni aucune interdiction en droit de négocier avec plus d'une personne sans informer l'autre partie de l'existence d'autres négociateurs. De la même manière, si une partie engage des frais pour entamer ou poursuivre des négociations qui ne résultent pas dans la conclusion d'un contrat, ces coûts de manière générale ne sont pas recouvrables auprès de l'autre partie à la négociation même si les négociations échouent parce qu'une partie se comporte de manière déraisonnable ou conclut avec une autre personne avec laquelle elle entretenait des négociations parallèles sans en avoir informé son partenaire qui a engagé des frais. C'est la règle générale ou la position par défaut ».

---

[262] *Kingdom of Spain v. Christie, Manson and Wood Ltd* [1986] 1 WLR 1120, p. 1129: In "*the pragmatic way in which English law has developed, a man's legal rights are in fact those which are protected by a cause of action. [It] is not in accordance, as I understand it, with the principles of English law to analyse rights as being something separate from the remedies given to the individual*".

[263] *Knatchbull-Hugessen & Ors v SISU Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 (Mercantile), &21-22: *"The legal background is equally important. As many prospective house buyers or sellers know to their cost, there is no general duty currently recognised in English law to conduct contractual negotiations in good faith. There is a duty not to misrepresent facts, but there is no duty to disclose facts which it would be material for the other party to negotiations to know, nor is there any constraint in law which prohibits someone from carrying on negotiations with more than one counterparty at the same time without informing them about the existence of the other or others. By the same token, if a party incurs costs as a result of entering into or pursuing contractual negotiations which do not result in any concluded agreement, those costs as a general rule are not recoverable from the other party to the negotiations even if the negotiations fail because the other party acts unreasonably or concludes an agreement with someone else with whom it has been negotiating without telling the party who has incurred the costs. That is the general rule or default position*"

Le *common law* fournit un certain nombre d'actions aux juges qui leur permettent de sanctionner la rupture des pourparlers (Sous-titre 1). L'analyse de la jurisprudence montre également un rôle prépondérant de l'*equity* (Sous-titre 2)

## SOUS-TITRE 1 : LA SANCTION DE LA RUPTURE DES POURPARLERS PAR LES ACTIONS DE COMMON LAW

Le droit anglais distingue entre les actions de *common law* et les actions en *equity*. Les principales actions de *common law* applicables à la responsabilité pour rupture des pourparlers seront des actions pour *tort* (Chapitre 1) et sur le fondement d'un contrat (Chapitre 2).

### CHAPITRE 1 : LES ACTIONS POUR TORT

Le droit français et le droit anglais distinguent tous deux les actions contractuelles de celles basées sur un fondement extra-contractuel. Il existe toutefois une différence fondamentale : alors que le droit français admet sur un principe général de responsabilité délictuelle, le droit anglais utilise un ensemble d'actions en justice, des *torts*, qui obéissent chacun à des conditions d'application différentes. A côté de plusieurs *torts* pour *misrepresentation* (Section 1), d'autres *torts* peuvent sanctionner la rupture des pourparlers (Section 2).

#### SECTION 1 : LA SANCTION DE LA MISREPRESENTATION

Historiquement, le droit anglais sanctionnait les déclarations intentionnelles sur le fondement du *tort of deceit* (I). Le *common law* a ensuite étendu l'action au *tort of negligent misrepresentation* (II).

##### I- LE TORT OF DECEIT

Le *common law* accepte un *tort of deceit*, mais se révèle exigeant sur le respect des conditions (A). Les sanctions du *tort of deceit* sont spécifiques à cette action (B).

## A- Les conditions du *tort of deceit*

82. Le *tort of deceit* sanctionne la *misrepresentation* frauduleuse émise par l'une des parties[264]. L'arrêt *Derry v. Peek*[265] a posé les conditions de l'action pour *deceit*. La victime doit prouver une *misrepresentation of facts*, frauduleuse, qui a conduit la victime à agir à son détriment. Le juge *Jackson LJ* précise dans un arrêt de la *Court of Appeal Eco 3 Capital Limited v Ludsin Overseas Limited*[266] qu'il faut : i) que le défendeur émette une déclaration fausse transmise au demandeur, ii) que le défendeur sache que la déclarations est fausse ou soit insouciant sur la question de savoir si la déclaration est exacte ou fausse, iii) que le défendeur s'attende à ce que le demandeur agisse sur la foi de cette déclaration et iv) que le demandeur agisse sur la foi de cette déclaration et subisse un préjudice en conséquence.

Il faut tout d'abord établir l'existence d'une *misrepresentation*. Une *misrepresentation* consiste à réaliser une déclaration fausse ou ne pas corriger une déclaration devenue fausse. Les tribunaux considèrent que le fait de ne pas corriger une déclaration qui était exacte lorsqu'elle avait été émise, mais qui est devenue fausse peut être constitutif d'une *misrepresentation*. Les juges, dans l'affaire *With v. O'Flanagan*[267], ont ainsi sanctionné un médecin qui avait vendu sa clientèle et fourni des chiffres d'affaires exacts concernant l'année antérieure, mais n'avait pas signalé la baisse de sa clientèle du fait de sa maladie. Il doit s'agir d'une déclaration de faits et non pas d'une opinion[268].

---

[264] Stathis Banakas "*Liability for incorrect financial information: Theory and practice in a general clause system and in a protected interest system*", Revue Européenne de Droit Privé, 1999, p. 261 à 286, p268.
[265] *Derry v. Peek* (1889) 14 App cas 337
[266] *Eco 3 Capital Limited v Ludsin Overseas Limited* [2013] EWCA Civ 413, & [77]: "*What the cases show is that the tort of deceit contains four ingredients, namely: i) The defendant makes a false representation to the claimant. ii) The defendant knows that the representation is false, alternatively he is reckless as to whether it is true or false. iii) The defendant intends that the claimant should act in reliance on it. iv) The claimant does act in reliance on the representation and in consequence suffers loss*". Voir aussi *Dadourian Group International Inc v Simms* [2009] EWCA Civ 169; [2009] 1 Lloyd's Rep 601.
[267] *With v. O'Flanagan* [1936] Ch 575
[268] *Bisset v. Wilkinson* [1927] AC 177 qui refuse la responsabilité pour une déclaration concernant la capacité d'accueil de moutons sur un terrain qui n'avait jamais été utilisé pour cet usage, voir infra p…

Cette *misrepresentation* doit être frauduleuse. Une *misrepresentation* est frauduleuse lorsque la déclaration a été faite avec la connaissance de sa fausseté, ou sans croire à sa vérité, ou avec insouciance, sans savoir ou vouloir savoir si l'information est exacte ou pas[269]. La simple imprudence ne suffit pas. L'insouciance va plus loin que l'inattention[270]. Une négligence, même grave, est insuffisante[271]. C'est la raison pour laquelle la fraude est difficile à prouver. Dans l'affaire *Derry v. Peek*, une société avait fait un appel public à l'épargne en affirmant qu'elle avait le droit d'exploiter le tramway alors qu'elle avait seulement un bon dossier déposé, qui fut refusé. Le juge ne reconnut pas un *tort of deceit* car l'auteur de la déclaration pensait obtenir l'autorisation[272]. La fraude en droit anglais n'est pas subjective. Elle répond à un standard objectif[273]. Il faut une connaissance clairement établie du défendeur[274] mais ses motifs ne sont pas pris en compte[275]. Il ne faut pas prouver l'intention de causer le dommage. En revanche, le demandeur doit prouver l'intention du défendeur de le tromper[276].

Il faut enfin que la *misrepresentation* ait conduit l'autre partie à agir à son détriment[277]. Un exemple de responsabilité pour deceit peut être trouvé dans l'arrêt *OMV v. Glencore*[278]. *OMV* a commandé du pétrole iranien à *Glencore*. *Glencore* lui a dit qu'il livrait du pétrole iranien alors qu'il s'agissait d'un mixte. Le juge reconnut la responsabilité de *Glencore* pour *deceit*.

---

[269] *Derry v. Peek* (1889) 14 App cas 337, *per* Lord Herschell *at* p. 374, "*Fraud is proved when it is shewn that a false representation has been made, (1) knowingly, or (2) without belief in its truth, or (3) recklessly, careless whether it be true or false*".
[270] *Thomas Witter Ltd v. TBP Industries Ltd* [1996] 2 All ER 573, 587.
[271] *Angus v. Clifford* [1891] 2 Ch 449, at p. 464
[272] Aujourd'hui, une telle solution ne serait plus appliquée dans les faits de l'affaire *Derry v. Peek* puisque le *Companies Act* 1948 s43 prévoit l'octroi de dommages et intérêts en cas de *misrepresentation* sur un document invitant à souscrire des actions, sans qu'il soit nécessaire de prouver la fraude.
[273] *Whittaker v. Campbell* [1984] QB 318, *per* Robert Goff L.J. *at* p. 327: "*Fraud is, in relation to a contract, a fraudulent misrepresentation by one party which induces the other to enter into a contract or apparent contract with the representee*".
[274] *Associated Leisure Ltd v. Associated Newspapers Ltd* [1970] 2 QB 450, p. 456.
[275] *Bradford Building Soc v. Borders* [1941] 2 All ER 205, *at* p. 211; *Brown Jenkinson & Co Ltd v. Percy Dalton (London) Ltd* [1957] 2 QB 621; *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp (N°2)* [2000] 1 Lloyd's Rep 218.
[276] *Polhill v. Walter* (1932) 3 B&Ad 114, 110 ER 43; *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp* [1995] 2 Lloyd's Rep 365, 373; *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241, 251 per Millett LJ.
[277] Sur cette condition, voir l'analyse de l'arrêt *Downs v. Chappel* [1997] 1 WLR 426, CA, infra, p…
[278] *OMV Petrom SA v. Glencore International AG* [2017] EWCA Civ 195

Il est donc possible de sanctionner les déclarations précontractuelles sur le fondement du *tort of deceit*, à condition de respecter les conditions d'applications de ce *tort*.

## B- Le montant de l'indemnisation

83. Le principe en *tort* est l'indemnisation de la perte subie. Toutefois, le *quantum* de l'indemnisation sera différent selon que le *tort* est intentionnel ou non. Comme le décidait *Lord Blackburn* dans l'arrêt *Livingston v Rawyards Coal Co*[279], « Lorsqu'un dommage est compensé par des dommages et intérêts, pour fixer la somme d'argent allouée à la réparation du dommage, il faudrait être aussi proche que possible de la somme d'argent qui rétablira le demandeur dans la position dans laquelle il aurait été s'il n'avait pas subi le fait générateur. Cette somme peut être influencée par un grand nombre de critères tels, par exemple, que la question de savoir si le dommage a été imposé de manière malicieuse ou avec une pleine conscience qu'il était imposé par la personne qui a commis le fait générateur. Dans ce cas, tout devrait être fait contre l'auteur du fait générateur. Beaucoup de choses qui ne seraient pas accordées dans une action contre un défendeur qui a commis une erreur innocente seraient accordées contre un défendeur qui a agi de manière intentionnelle ou volontaire, sur le fondement qu'il ne devrait pas pouvoir profiter de son action ».

Dans l'arrêt de la *House of Lords Smith New Court Securities v Citibank NA*[280], *Lord Steyn* distingue lui aussi entre l'évaluation de l'indemnisation en *deceit* et en

---

[279] *Livingston v Rawyards Coal Co* (1880) 5 App Cas 25 at 39: "*I do not think there is any difference of opinion as to its being a general rule that, where any injury is to be compensated by damages, in settling the sum of money to be given for reparation of damages you should as nearly as possible get at that sum of money which will put the party who is injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation. That must be qualified by a great many things which may arise—such, for instance, as by the consideration whether the damage has been maliciously done, or whether it has been done with full knowledge that the person doing it was doing wrong. There could be no doubt that there you would say that everything would be taken into view that would go most against the willful wrongdoer—many things which you would properly allow in favour of an innocent mistaken trespasser would be disallowed as against a willful and intentional trespasser on the ground that he must not qualify his own wrong, and various things of that sort.*"

[280] *Smith New Court Securities v Citibank NA* [1997] AC 254, P279F-280F: "*That brings me to the question of policy whether there is a justification for differentiating between the extent of liability for civil wrongs depending on where in the sliding scale from strict liability to intentional wrongdoing the particular civil wrong fits in. It may be said that logical symmetry and a policy of not punishing intentional wrongdoers by civil remedies favour a uniform rule. On the other hand, it is a rational and defensible strategy to impose wider liability on an intentional wrongdoer*. As *Hart and Honoré, Causation in the Law*, 2nd ed. (1985), p. 304 observed, *an innocent plaintiff may, not without reason, call on a morally reprehensible defendant to pay the whole of the loss he*

*negligence*. Selon lui, « il pourrait être prétendu qu'une symétrie logique et une politique visant à ne pas punir les défendeurs intentionnels par des dommages et intérêts civils favoriserait une règle uniforme. Toutefois, c'est une stratégie rationnelle et défendable d'imposer une responsabilité plus importante à un défendeur intentionnel. […] Une telle politique qui vise à imposer une sanction plus stricte à un défendeur intentionnel a un double objectif. Premièrement, elle permet de décourager la fraude […]. Deuxièmement, entre le fraudeur et la victime innocente, des considérations morales militent en faveur du fait d'imposer au fraudeur de supporter le risque de perte causé directement par sa fraude. Je ne m'excuse pas de me référer à des considérations morales. Le droit et la morale s'entremêlent de manière inextricable. Dans une large mesure, le droit est simplement une formulation et une déclaration de la moralité ».

Dans le même arrêt, *Lord Browne-Wilkinson* décidait que « lorsqu'une *misrepresentation* frauduleuse a été réalisée, plusieurs règles d'indemnisation s'appliquent : Premièrement, la mesure du dommage lorsqu'un contrat a été permis par une déclaration frauduleuse est la réparation de l'ensemble du dommage qui résulte du fait de s'être engagé dans le contrat. Deuxièmement, pour évaluer un tel dommage, celui-ci est en principe calculé à la date à laquelle le contrat a été conclu. Ce n'est toutefois pas une règle inflexible. Il peut exister des circonstances dans lesquelles il sera justifié de n'exiger du demandeur de ne prendre en compte que les biens actuels pourvu qu'il se soit comporté raisonnablement. Troisièmement, les dommages et intérêts en *deceit* ne sont pas limités au dommage raisonnablement prévisible. Quatrièmement, les dommages et intérêts peuvent comprendre le préjudice

---

*caused. The exclusion of heads of loss in the law of negligence, which reflects considerations of legal policy, does not necessarily avail the intentional wrongdoer. Such a policy of imposing more stringent remedies on an intentional wrongdoer serves two purposes. First it serves a deterrent purpose in discouraging fraud. Counsel for Citibank argued that the sole purpose of the law of tort generally, and the tort of deceit in particular, should be to compensate the victims of civil wrongs. That is far too narrow a view. Professor Glanville Williams identified four possible purposes of an action for damages in tort: appeasement, justice, deterrence and compensation*: *(1951) 4 Current Legal Problems 137. He concluded, at p. 172: 'Where possible the law seems to like to ride two or three horses at once; but occasionally a situation occurs where one must be selected. The tendency is then to choose the deterrent purpose for tort of intention, the compensatory purpose for other torts.' And in the battle against fraud civil remedies can play a useful and beneficial role. Secondly, as between the fraudster and the innocent party, moral considerations militate in favour of requiring the fraudster to bear the risk of misfortunes directly caused by his fraud. I make no apology for referring to moral considerations. The law and morality are inextricably interwoven. To a large extent the law is simply formulated and declared morality*. And, as *Oliver Wendell Holmes, The Common Law (edited by M. De W. Howe), (1968), p. 106,* observed, *the very notion of deceit with its overtones of wickedness is drawn from the moral world*"

subi en conséquence de l'acquisition du bien »[281]. Le demandeur doit également réduire son dommage une fois qu'il a découvert la fraude[282].

Outre l'action pour *deceit*, une action pour *negligence* peut être envisagée.

## II- LE TORT OF NEGLIGENT MISREPRESENTATION

L'action pour *negligence*, qui évoque pour un juriste français la responsabilité délictuelle prévue à l'article 1241 du Code civil, peut difficilement s'appliquer à la responsabilité pour rupture des pourparlers en raison de la réticence à indemniser un dommage purement économique (A). L'attitude des tribunaux change toutefois en présence d'une *misrepresentation* (B).

### A- La difficulté en droit anglais de sanctionner un dommage purement économique pour négligence

84. L'indemnisation des comportements précontractuels sur le fondement du *tort of negligence* se heurte à un obstacle. En effet, les tribunaux anglais refusent par principe d'indemniser un dommage purement économique. Un « *purely economic loss* » est un dommage purement financier, c'est-à-dire qui ne résulte pas d'un dommage à la personne ou à la propriété du demandeur[283]. Le droit anglais n'accepte d'indemniser un dommage économique subi par une personne que s'il est la conséquence d'un dommage physique[284] ou lorsqu'il résulte d'un *tort* intentionnel[285]. C'est la raison pour

[281] Ibid. p. [264-5]: "*First, that the measure of damages where a contract has been induced by fraudulent misrepresentation is reparation for all the actual damage directly flowing from (i.e. caused by) entering into the transaction. Second, that in assessing such damages it is not an inflexible rule that the plaintiff must bring into account the value as at the transaction date of the asset acquired: although the point is not adverted to in the judgments, the basis on which the damages were computed shows that there can be circumstances in which it is proper to require a [plaintiff] only to bring into account the actual proceeds of the asset provided that he has acted reasonably in retaining it. Third, damages for deceit are not limited to those which were reasonably foreseeable. Fourth, the damages recoverable can include consequential loss suffered by reason of having acquired the asset.*"

[282] Ibid., p. 266H-267D "*the plaintiff must take all reasonable steps to mitigate his loss once he has discovered the fraud*."

[283] P. Giliker & S. Beckwith, *Tort*, Sweet & Maxwell; 4th ed., 2011

[284] *Spartan Steel & Alloys Ltd v. Martin & Co (Contractors) Ltd* [1973] QB 27.

[285] *Intentional tort*, Voir par exemple *Downs v. Chappel* [1997] 1 WLR 426, CA

laquelle le caractère purement économique du dommage n'empêche pas une indemnisation sur le fondement du *tort of deceit*[286].

Jusque 1972, l'impossibilité d'indemniser un dommage purement économique sur le fondement du *tort of negligence* ne faisait aucun doute. Il existait un principe fermement établi en droit anglais selon lequel le *tort of negligence* était possible pour les dommages physiques et les dommages matériels mais pas pour des dommages économiques[287]. La seule exception était l'arrêt *Hedley Byrne*[288] qui exigeait une « relation spéciale »[289]. En 1972, l'arrêt *Dutton v. Bognor Regis* a semé le doute en admettant l'action pour *negligence* d'un acheteur d'une maison contre le conseil municipal qui avait à tort approuvé les fondations[290]. La *Court of appeal* dans l'arrêt *Ross v. Caunters*[291], puis la *House of Lords* dans l'arrêt *White v. Jones*[292], ont accepté la réparation pour une perte purement économique alors que n'existait pas la relation spéciale exigée par l'arrêt *Hedley Byrne*. Dans l'affaire *Ross v. Caunters*, un *solicitor* n'avait pas informé son client que le testament qu'il voulait réaliser était illégal, rendant nulles toutes les donations prévues. Dans l'affaire *White v. Jones*, un *solicitor* n'avait pas exécuté un testament. L'arrêt *Anns v. Merton*[293] accepta également une responsabilité pour perte économique dans une affaire dans laquelle *Merton* avait omis de vérifier la construction d'un bâtiment, ce qui avait permis des défauts de construction et l'apparition de fissures. Cette expansion se poursuivit avec la reconnaissance par la *House of Lords* en 1983, dans l'arrêt *Junior Books v. Veitchi Co Ltd*, d'un principe général de responsabilité pour perte économique[294]. Dans cette affaire, la *House of Lords* accepta un recours en *negligence* contre les sous-traitants de la construction d'un immeuble. Les propriétaires, maîtres d'ouvrage, avaient signé une transaction mettant fin à leur litige avec le contractant principal, et ne pouvaient donc plus assigner le sous-traitant sur le fondement contractuel.

---

[286] *Derry v. Peek* (1889) 14 App Cas 337.
[287] Voir par exemple *Weller & Co v. Foot Disease Research Institute* [1966] 1 QB 569; *Spartan Steels & Alloys Ltd v. Martin & Co (Contractors) Ltd* [1973] QB 27
[288] *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465
[289] Ib. *per* Lord Pierce: "*There is also, in my opinion, a duty of care created by special relationships which though not fiduciary give rise to an assumption that care as well as honesty is demanded*"
[290] *Dutton v. Bognor Regis UDC* [1972] 1 QB 372
[291] *Ross v. Caunters* [1980] Ch 297
[292] *White v. Jones* [1995] 2 AC 207
[293] *Anns v. Merton LBC* [1978] AC 728
[294] *Junior Books v. Veitchi Co Ltd* [1983] AC 520.

A la suite de cette expansion, les tribunaux sont revenus en arrière, et se sont montrés plus exigeants pour indemniser un dommage purement économique dans le cadre d'une action pour *negligence*. L'arrêt *Murphy v. Brentwood DC*[295] exigea ainsi de nouveau que le demandeur prouve l'existence d'une relation spéciale. Dans l'arrêt *Muirhead v. Industrial Tank Specialities*[296], Muirhead avait contacté une entreprise afin de stocker des homards. Cette entreprise avait fait appel à un sous-traitant pour lui fournir une pompe de circulation d'eau de mer, laquelle s'était révélée défectueuse. *Lord Goff* refusa la responsabilité pour *tort of negligence* au motif que le demandeur ne connaissait pas l'existence du sous-contractant, lequel ne pouvait donc pas avoir assumé une responsabilité vis-à-vis de *Muirhead*. L'arrêt *Murphy v. Brentwood DC* n'affecta que le *common law* anglais et pas les autres pays de *common law*, qui continuent à admettre l'indemnisation d'un dommage purement économique[297]. Aujourd'hui, les tribunaux anglais adoptent donc une attitude restrictive. Comme le souligne le Professeur *Samuel*[298], le test de *foreseeability* (prévisibilité) n'est pas suffisant dans les affaires de perte économique. Le défendeur, pour être responsable, doit être débiteur d'une obligation de protéger l'intérêt financier spécifique de ce demandeur. Le principe demeure que les gens doivent supporter eux-mêmes leurs pertes économiques, qu'ils soient investisseurs, consommateurs, employés, ou même élèves. L'indemnisation d'un dommage purement économique n'est donc pas impossible mais exige d'apporter la preuve d'une relation de proximité exigée par l'arrêt *Murphy v. Brentwood DC.* Dans l'arrêt *Williams v. Natural Life Health Foods*[299], le juge *Lord Steyn* confirma que l'indemnisation d'un dommage purement économique était possible pour toute assomption de responsabilité et pas seulement pour des déclarations. L'arrêt *Barrett v. Enfield LBC*[300] proposa un test selon lequel la

---

[295] *Murphy v. Brentwood DC* [1991] 1 AC 398, *per* Lord Bridge *at* p. 481: "*These economic losses are recoverable if they flow from breach of a relevant contractual duty, but, here again, in the absence of a special relationship, they are not recoverable in tort*"

[296] *Muirhead v. Industrial Tank Specialities* [1986] QB 507, [1986] 3 All ER 705

[297] Voir par exemple *Intercargill CC v Hamlin* [1996] AC 624 (PC).

[298] G. H. Samuel, op. cit., p.518 : le principe est que les gens doivent supporter leurs propres pertes qu'ils soient investisseurs (*Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605, p651), consommateurs (*Consumer Protection Act* 1987, s5(2)), employés (*Reid v. Rush & Tompkins plc* [1990] 1 WLR 212), ou même écoliers (*Van Oppen v. Bedford Charity Trustees* [1990] 1 WLR 235)

[299] *Williams v. National Life Health Foods* [1998] 1 WLR 830, [1998] 2 All ER 577.

[300] *Barrett v. Enfield LBC* [1999] 3 WLR 79.

reconnaissance de la responsabilité pour perte économique doit être juste et raisonnable.

Il ne pourrait pas exister de présomption de responsabilité dans des relations familiales ou personnelles. Celle-ci serait limitée à des transactions commerciales. Toutefois, dans l'affaire *Chaundry v. Prabhakar*[301], la *Court of Appeal* a retenu la responsabilité d'un ami de la famille qui avait conseillé gratuitement un véhicule d'occasion, lequel s'était révélé impropre à la route.

85. Le refus de l'indemnisation du *purely economic loss* a été critiqué[302]. L'un des arguments pour refuser cette responsabilité est le risque d'une responsabilité illimitée. Cet argument est repris par certains juges anglais[303]. Toutefois, comme l'indique le professeur *Van Dunné,* il serait possible d'éviter cette responsabilité illimitée par le biais des notions de prévisibilité et de cause[304].

Comme on l'a vu, le *common law* est réticent à admettre l'indemnisation pour *negligence* d'un dommage purement économique. Les tribunaux semblent faire un accueil plus favorable, en revanche, à l'indemnisation d'un dommage purement économique lorsqu'il résulte d'une *misrepresentation*.

## B- La reconnaissance du tort of negligent misrepresentation

86. En l'absence de *deceit*, les tribunaux ont admis la possibilité d'agir pour *misrepresentation* sur le fondement du *tort of negligence*. Il faudra donc prouver les éléments de la *negligence*[305] et que le dommage soit réparable. Les tribunaux reconnaissent qu'à l'occasion des négociations, les parties sont débitrices d'une *duty of care* de ne pas émettre de *misrepresentation*. En outre, les tribunaux reconnaissent

[301] *Chaundry v. Prabhakar* [1989] 1 WLR 29
[302] Voir par exemple P. Giliker, op. cit.
[303] Voir par exemple *Smith v. Eric S. Bush* [1990] 1 AC 831 et *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 AC 605
[304] Jan M. Van Dunné, "*Liability for Pure Economic Loss: Rule of Exception ? A Comparatist's View of the Civil Law. Common Law Split on Compensation of Non-Physical Damage in Tort Law*", Revue Européenne de Droit Privé, 1999, p397-428, p. 426
[305] Le *Misrepresentation Act* 1967 crée une présomption de faute en cas de *negligent misrepresentation*. Le contrat n'étant pas formé, le *Misrepresentation Act* 1967 ne s'appliquera toutefois pas.

que malgré son caractère purement économique, le dommage est réparable. L'obligation existant entre les parties à la négociation de ne pas émettre de *misrepresentation* ferait naître la relation spéciale exigée par les tribunaux pour faire exception au refus d'indemniser un *purely economic loss*. L'arrêt *Walford v. Miles*[306] a rappelé cette possibilité d'engager la responsabilité d'un négociateur sur le fondement de la *negligent misrepresentation* pour une déclaration précontractuelle. Tel est le cas également de l'arrêt *Esso Petroleum v. Mardon*[307]. L'arrêt *Box v. Midland Bank*[308] a lui aussi accepté une responsabilité pour *negligence*. Dans cette affaire, le tribunal anglais estima qu'une victime d'une déclaration précontractuelle réalisée au cours des négociations pouvait obtenir des dommages et intérêts sur le fondement du *tort of negligent misreprentation.*

87. Il est possible de sanctionner une *misrepresentation* sur le fondement de l'*equity* ou sur un fondement légal. L'*equity* permet de sanctionner une déclaration précontractuelle qu'elle soit frauduleuse, négligente ou même innocente. Toutefois, cette action aura peu d'application à la période précontractuelle puisqu'elle conduit à la *rescission* du contrat. Ce n'est donc qu'en présence d'un contrat qu'elle peut être utile, par exemple pour qu'un juge refuse de donner effet à un avant-contrat. De même, depuis 1967, le Parlement anglais a adopté le *Misrepresentation Act* 1967. Celui-ci présente deux avantages principaux. Premièrement, dès lors qu'on prouve l'existence d'une *misrepresentation*, la négligence est présumée et c'est à l'auteur de la déclaration de prouver qu'il n'a pas émis cette déclaration de manière négligente. En outre, en cas de déclaration innocente, le *Misrepresentation Act* permet au juge de prononcer une indemnisation en lieu et place de la *rescission*. C'est donc un élargissement important des sanctions pour *misrepresentation*. Toutefois, comme pour l'action en *equity*, le *Misrepresentation Act* ne s'applique que s'il existe un contrat.

Outre les actions pour *misrepresentation*, le droit anglais accepte d'autres recours extra-contractuels destinés à sanctionner un comportement précontractuel.

---

[306] *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, voir infra p…
[307] Voir infra p…
[308] *Box v. Midland Bank* [1979] 2 Lloyd's Rep 291; [1981] 1 Lloyd's Rep 434. Il faut toutefois tenir compte du fait que cet arrêt a été rendu dans une période expansionniste et il n'est donc pas certain qu'un juge accepterait aujourd'hui de faire droit à une telle action. V. P. Giliker, op. cit., p. 118

## SECTION 2 : LES AUTRES ACTIONS EXTRA-CONTRACTUELLES EN DROIT ANGLAIS

Le droit anglais ne connait pas de principe général de responsabilité délictuelle analogue aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Si les tribunaux sont réticents à indemniser un dommage purement économique sur le fondement de la *negligence*, rien ne s'oppose à une telle action sur le fondement d'un autre *tort*. On a déjà présenté l'exemple du *tort of deceit*. D'autres *torts* peuvent sanctionner des situations précontractuelles (I). Une responsabilité dont la source est légale peut également exister (II).

### I- LES ACTIONS SUR LE FONDEMENT D'UN AUTRE TORT

88. Le champ d'application limité de l'action pour *negligence* peut donner à un juriste français une vision erronée de l'étendue de la responsabilité extra-contractuelle. En effet, à côté de l'action pour *negligence*, le *common law* a développé d'autres *torts* qui, eux aussi, peuvent sanctionner un comportement commis à l'occasion de la négociation. Dans l'arrêt *Mitchell v. Smith*[309], un actionnaire d'une société voulait vendre des parts de celle-ci. Les négociations ont échoué. Le juge décida qu'il n'y avait pas de contrat. Il sanctionna toutefois le demandeur qui avait commis une diffamation judiciaire (*judicial slander*). L'arrêt *Whitney v. Monster & MSL*[310] identifie une autre hypothèse de responsabilité « indirecte ». Dans cette affaire, *Whitney* était employé de *Monster*, et son contrat a été repris par *MSL*. *Whitney* a

[309] *Mitchell v. Smith* [1919] SLR 578, p. 585, *per* Lord MacKenzie: "*The action in which the admittedly defamatory statements were made was at the instance of the present pursuer against the present defender for damages for breach of contract. The defender pleaded that there was no concluded agreement, and upon this point he was successful" "he believed the conduct on the part of the pursuer referred to in the minute was a gross act of fraud on the part of the pursuer, and that all information in regard thereto was deliberately and fraudulently withheld from the defender during the negotiations; that the pursuer fraudulently concealed from the defender that a petition for winding up the said company had been presented to the Court based to a great extent on charges of misconduct on the part of the pursuer; that the proposal in the alleged agreement to cancel policies of the company could only be given effect to by the pursuer by an abuse of his powers as director; and that the pursuer intimated calls of 10s. a share fraudulently for the purpose of obtaining private profit at the expense of the shareholders. As the Lord Ordinary observes, these statements are undoubtedly defamatory, and I agree*"

[310] CPR r.38.6(1), *"Unless the court orders otherwise, a claimant who discontinues is liable for the costs which a defendant against whom the claimant discontinues incurred on or before the date on which notice of discontinuance was served on the defendant."*

assigné *MSL* pour une modification de son contrat de retraite et demandé £908.303. Or, au cours du procès, *MSL* a obtenu des éléments de la part de *Monster* qui affaiblissaient fortement les prétentions de *Whitney*. En principe, le code de procédure civile anglais prévoit que celui qui met fin à une action judiciaire doit rembourser les frais judiciaires engagés par l'autre. Au cours de l'action judiciaire, *MSL* a proposé à *Whitney, subject to contract,* de mettre fin au litige, chacun conservant ses propres coûts. *Whitney* a dans un premier temps refusé puis les parties ont continué à négocier sur cette possibilité. Suite à la découverte du nouvel élément transmis par *Monster, MSL* a refusé cet accord. *Whitney* a mis fin à son action et *MSL* lui a demandé le remboursement de ses coûts à hauteur de £170.000. Le juge décida qu'en principe le *CPR r. 38.6(1)* s'applique. Cependant, ce principe ne s'applique pas en cas de bonne raison de mettre fin à l'action. Une telle « bonne raison » peut exister si elle est connectée à un comportement du défendeur qui justifie de lui faire supporter ses propres frais. Le juge décide que les parties étaient toujours en négociation, que les nouveaux éléments changeaient les paramètres de cette négociation sur les coûts[311] et qu'en conséquence *MSL* pouvait mettre fin aux négociations sans engager sa responsabilité[312].

Outre les actions pour *tort*, la responsabilité extra-contractuelle peut résulter d'une action légale.

## II- LES ACTIONS SUR UN FONDEMENT LEGAL

89. La responsabilité peut résulter d'une cause légale. Ainsi, selon la section *47A* du *Competition Act 1988*, la victime d'un comportement anti-concurrentiel peut demander l'indemnisation de la perte subie par un comportement anti-concurrentiel. Dans l'arrêt *Enron v. English Welsh & Scottish Railway*[313], il s'agissait de la faute d'un tiers. Suite à un appel d'offre par *EME, Enron* et *EWSR* avaient postulé. Mais *EWRS*, opérateur des rails, avait accordé des conditions discriminatoires à *Enron* qui

[311] *Whitney v Monster Worldwide Ltd & Anor* [2010] EWHC 1298 (Ch), &77: « *I agree with Mr Hilliard that this was a changing circumstance that is part and parcel of the litigation process* »
[312] Ibid., &77: « *the Trustees were entitled to withdraw from the negotiations when they discovered about them* »
[313] *Enron Coal Services Ltd v English Welsh & Scottish Railway Ltd* [2009] CAT 36

l'avaient placé dans une situation concurrentielle défavorable. Une action en indemnisation était donc possible.

Lorsqu'une partie négocie avec une entité publique, il est possible d'imaginer une action pour *legitimate expectation*. Comme le déclarait le juge *Fennelly J.* dans l'arrêt *Glencar*[314], une personne publique pourrait engager sa responsabilité pour ses déclarations si celles-ci créaient une attente raisonnable de la part des destinataires de la déclaration qui rendait injuste le fait que cette entité publique revienne sur ses déclarations. L'octroi de dommages et intérêts pour violation d'une obligation de *legitimate expectation* a été reconnue dans l'arrêt *Duggan v. An Taoiseach & Ors.*[315]. Toutefois, dans l'arrêt *Triatic Limited v. The County Council of the County of Cork*[316], le juge *Miss Justice Laffoy* émet des doutes sur l'application de cette doctrine aux négociations.

La liberté de choisir son contractant et refuser de contracter avec une partie peut être limitée par des obligations légales ou par la sanction de la discrimination. Tel était le cas dans l'arrêt *Orange Communications Ltd v. Director of Telecommunications*[317] dans lequel le tribunal faisait droit à l'action d'*Orange* en contestation de la décision du *Director of Telecommunication* dans l'attribution d'une licence d'exploitation des réseaux mobiles en Irlande faisant suite à la libéralisation du secteur. Le *Director of Telecommunication* avait illégalement avantagé l'opérateur local.

---

[314] *Glencar Exploration v Mayo County Council* [2002] I.R., 84, at p. 162: "*In order to succeed in a claim based on failure of a public authority to respect legitimate expectations, it seems to me to be necessary to establish three matters. Because of the essentially provisional nature of these remarks, I would emphasise that these propositions cannot be regarded as definitive. Firstly, the public authority must have made a statement or adopted a position amounting to a promise or a representation, express or implied as to how it will act in respect of an identifiable area of its activity. I will call this the representation. Secondly, the representation must be addressed or conveyed either directly or indirectly to an identifiable person or group of persons, affected actually or potentially, in such a way that it forms part of a transaction definitively entered into or a relationship between that person or group and the public authority or that person or group has acted on the faith of the representation. Thirdly, it must be such as to create an expectation reasonably entertained by the person or group that the public authority will abide by the representation to the extent that it would be unjust to permit the public authority to resile from it. Refinements or extensions of these propositions are obviously possible. Equally they are qualified by considerations of public interest including the principle that freedom to exercise properly a statutory power is to be respected …*"

[315] *Duggan v. An Taoiseach & Ors.* [1989] 1 I.L.R.M. 710

[316] *Triatic Limited v. Cork County Council* [2006] IEHC 111 (31 March 2006): "*there are strong policy reasons why the court should not extend the law on legitimate expectation to the conduct of negotiations. It was submitted that to do so would lead to considerable uncertainty. That is so. It would also interfere with the free flow of negotiations in general. That may be so; it would inevitably lead to lack of predictability*"

[317] *Orange Communications Ltd. v. Director of Telecommunications* [1999] IEHC 254

Outre les actions extra-contractuelles, le juge peut également sanctionner le comportement des parties en négociation sur un fondement contractuel. Alors que le droit anglais semble plus restrictif que le droit français s'agissant des actions extra-contractuelles, il étend la catégorie des contrats pour sanctionner les négociateurs.

## CHAPITRE 2 : LA SANCTION DE LA RUPTURE DES POURPARLER PAR DES ACTIONS CONTRACTUELLES

Le droit anglais des contrats est limité par l'exigence d'une *consideration*. En revanche, les tribunaux acceptent de reconnaître des engagements contractuels aussi bien implicites (Section 1) qu'exprès (Section 2).

### SECTION 1 : LES CONTRATS IMPLICITES

De nombreux ouvrages de droit comparé mettent en avant la réticence des juges anglais à reconnaître, comme dans de nombreux pays soumis au droit civil, une obligation générale de bonne foi. Toutefois, comme le rappelait le juge *Humphrey Lloyd QC* dans l'arrêt *Aballe v. Alstom*[318], « Historiquement, le droit anglais a atteint le même objectif par l'utilisation, par exemple, de techniques d'amélioration telles que l'implication de termes, l'interprétation de termes comme sujets à une obligation de raisonnable, une vision pragmatique des termes contractuels, et peut-être avant tout une application du principe déterminée par l'arrêt *Mackay v. Dick*[319] ». Les tribunaux anglais sanctionnent en effet les comportements précontractuels par une interprétation

[318] *Abballe (Trading As G.F.A) v. Alstom Uk Ltd* [2000] EWHC Technology 122: "*In my judgment to present the case on the basis of breach of an implied obligation of good faith is equally unsupportable. Obligations to interpret or to perform a contract in good faith are recognised by other legal systems whose laws also derive in part from Roman law (but not I believe an obligation to negotiate in good faith to the extent of subordinating one's interests). Historically English law has achieved the same objectives by the use, for example, of ameliorating techniques such as implying terms, construing provisions as subject to the requirement of "reasonableness", taking a pragmatic view of contractual terms, and perhaps above all, in the application of the principle set out in Mackay v Dick. There have been indications recently that English law might in certain circumstances recognise an obligation to perform a contract in good faith (see the dicta of Sir Thomas Bingham MR in Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd 19 October 1994, CA, unreported but which was not cited to me). There is so far as I am aware nothing to displace Walford v Miles in which it was held that "a duty to negotiate in good faith was unworkable in practice*"."

[319] *Mackay v Dick* (1881) 6 App Cas 251, qui accepte une obligation implicite de collaboration entre les parties dans l'exécution du contrat.

étendue de la notion de contrat implicite (I). Ils demeurent toutefois réticents à reconnaître une obligation implicite de bonne foi (II).

## I- LES IMPLIED TERMS

Même si les parties ne se sont pas entendues sur certains termes du contrat, le juge pourrait ajouter ceux-ci à l'aide des *implied terms*. Le mécanisme des *implied terms* permet de donner un effet contractuel à des négociations. L'analyse systématique des décisions de justice montre que cet argument est souvent utilisé dans les arrêts relatifs à la rupture des négociations. La victime, ne bénéficiant pas d'un recours lié à cette rupture elle-même, tente de convaincre le juge que les parties ont conclu un contrat et demande au juge de compléter ce contrat. Si la possibilité de reconnaître des *implied terms* est reconnue en droit anglais (A), elle obéit à des conditions précises (B).

### A- Le principe de reconnaissance des *implied terms*

90. Le *common law* anglais permet aux juges de reconnaître des *implied terms*. Dans l'arrêt *Coal Cliff Collieries Pty Ltd v. Sijehama Pty Ltd*[320], le juge *Kirby P* décidait que le juge peut « compléter, élargir ou clarifier des termes exprès mais ne peut pas s'engager dans un exercice de rédaction du contrat pour les parties en imposant des termes sur lesquels elles ne sont pas elles-mêmes entendues et pour lesquelles il n'existe aucun critère objectif ».

Dans l'arrêt du *Privy Council Attorney General of Belize v Belize Telecom Limited*[321], *Lord Hoffmann* ajoutait que « dans chaque cas dans lequel une partie prétend que des

[320] *Coal Cliff Collieries Pty Ltd v. Sijehama Pty Ltd* (1991) 24 NSWLR 1, p. 20 "*Courts are not well equipped, drawing on their own experience, to fill out the detail of such contracts where the parties leave gaps in their own agreement. The fact that this may result in wasted time and money is a risk which parties to negotiation must always weigh up. Courts cannot enforce such agreements because they are incapable of judging where the negotiation on particular points would have taken the parties, acting bona fide but legitimately in their own interests. It will be a matter of fact and degree in each case whether the gap left by the parties is simply too wide to be filled. The Court can supplement, enlarge or clarify the express terms but it cannot properly engage in an exercise of effectively making the contract for the parties by imposing terms which they have not themselves agreed to and for which there are no reliable objective criteria*."

[321] *Attorney General of Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10, &21 "*It follows that in every case in which it is said that some provision ought to be implied in an instrument, the question for the court is whether such a provision would spell out in express words what the instrument, read against the relevant background, would reasonably be understood to mean.[…] There is only one question: is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably be understood to mean?*"

termes devraient être *implied*, la question pour le tribunal est de déterminer si une telle clause semblerait évidente, le sens raisonnable de l'instrument, lu au regard du contexte […] Il n'y a qu'une question : Est-ce que ce serait la signification raisonnable de l'instrument, lu globalement au regard du contexte ».

Dans l'arrêt *Jackson* v *Dear*[322], le juge *Briggs J.* déclarait que « des *implied terms* peuvent être nécessaires pour exprimer ce que le contrat signifie, lorsque la seule signification cohérente avec les autres clauses du document, lues au regard du contexte, est que quelque chose doit arriver ».

Dans l'affaire de la *Court of Appeal Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co. S.A. v. Okta Crude Oil Refinery*[323], le juge *Rix LJ* décidait que « lorsqu'aucun contrat n'existe, l'utilisation d'une expression telle que "*to be agreed*" en relation à un terme essentiel empêchera probablement l'existence d'un contrat. De même, lorsqu'aucun contrat n'existe, l'absence d'accord sur un élément essentiel du contrat pourrait empêcher celui-ci d'exister, sur le fondement de l'*uncertainty*. Toutefois, particulièrement dans les relations commerciales entre des parties habituées au commerce en question, et particulièrement lorsque les parties ont agi pensant qu'elles étaient liées par un contrat, les tribunaux voudront reconnaître des termes implicites, lorsque c'est possible, pour permettre la poursuite du contrat. Lorsqu'un contrat a existé, même l'expression « *to be agreed* » en relation à des obligations futures n'est pas nécessairement fatale à l'existence du contrat. Particulièrement dans le cas des contrats prévoyant une exécution future sur une période, où les parties peuvent vouloir ou devoir laisser des points à ajuster dans le fonctionnement de leur contrat, les tribunaux vont assister les parties, afin de préserver plutôt que de détruire des

---

[322] *Jackson* v *Dear* [2012] EWHC 2060 at [39] "*implied terms may be necessary to spell out what the agreement means, where the only meaning consistent with the other provisions of the document, read against the relevant background, is that something is to happen*". Confirmé en appel par la *Court of Appeal* [2013] EWHC Civ 89 at [15] to [18]

[323] *Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Co. S.A. v. Okta Crude Oil Refinery* [2001] EWCA Civ 406: [2001] 2 Lloyds Rep 76 p.89/90 "*Where no contract exists, the use of an expression such as "to be agreed" in relation to an essential term is likely to prevent any contract coming into existence, on the ground of uncertainty. This may be summed up by the principle that "you cannot agree to agree". Similarly, where no contract exists, the absence of agreement on essential terms of the agreement may prevent any contract coming into existence, again on the ground of uncertainty. However, particularly in commercial dealings between parties who are familiar with the trade in question, and particularly where the parties have acted in the belief that they had a binding contract, the Courts are willing to imply terms, where that is possible, to enable the contract to be carried out. Where a contract has once come into existence, even the expression "to be agreed" in relation to future executory obligations is not necessarily fatal to its continued existence. Particularly in the case of contracts for future performance over a period, where the parties may desire or need to leave matters to be adjusted in the working out of their contract, the Courts will assist the parties to do so, so as to preserve rather than destroy bargains, on the basis that what can be made certain is itself certain. Certum est quod certum reddi potest."*

échanges, sur la base du fait qu'il est possible de rendre certain le contrat de nouveau. *Certum est quod certum reddi potest* ».

Dans l'arrêt *Liverpool City Council v Irwin*[324], *Lord Wilberforce* décidait que « lorsqu'il existe entre les parties un contrat bilatéral complet, les tribunaux peuvent parfois ajouter des *implied terms*. C'est très courant dans les contrats marchands où il existe un usage établi : dans ce cas les juges expriment ce que les parties savent et accepteraient sans hésitation comme étant partie intégrante du contrat ».

Dans l'arrêt du *Privy Council Attorney General of Belize v Belize Telecom Limited*[325], *Lord Hoffmann* rappelait que « le tribunal n'a aucun pouvoir d'améliorer l'instrument qu'il est chargé d'interpréter, qu'il s'agisse d'un contrat, d'une loi ou de statuts d'association. Il ne peut pas introduire des termes qui le rendraient plus juste ou raisonnable. Il doit seulement découvrir ce que l'instrument signifie ». Le juge précisait que l'interprétation du contrat est objective et non pas subjective. Il décidait que « le sens n'est pas nécessairement ou toujours ce que les auteurs ou parties à ce document auraient pensé. Il s'agit du sens que l'instrument aurait pour une personne raisonnable ayant toute la connaissance qui serait raisonnablement accessible à une personne à laquelle il s'adresse. C'est donc le sens objectif qui est conventionnellement appelé l'intention des parties, ou l'intention du Parlement, ou l'intention de toute personne ou entité qui serait l'auteur de l'instrument »[326].

91. C'est un principe bien affirmé en droit anglais : Une fois le contrat écrit conclu, c'est lui qui s'applique et remplace l'ensemble des échanges intervenus pendant les négociations. On ne prendra pas en compte les échanges précontractuels pour

---

[324] *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239, p. 253 E à 254 A "*Where there is, on the face of it, a complete, bilateral contract, the courts are sometimes willing to add terms to it, as implied terms: this is very common in mercantile contracts where there is an established usage: in that case the courts are spelling out what both parties know and would, if asked, unhesitatingly agree to be part of the bargain. In other cases, where there is an apparently complete bargain, the courts are willing to add a term on the ground that without it the contract will not work*—this is the case, if not of *The Moorcock* (1889) 14 P.D. 64 *itself on its facts, at least of the doctrine of The Moorcock as usually applied"*

[325] Op. cit., §16: "*The court has no power to improve upon the instrument which it is called upon to construe, whether it be a contract, a statute or articles of association. It cannot introduce terms to make it fairer or more reasonable. It is concerned only to discover what the instrument means".*

[326] Ibid., §16 "*However, that meaning is not necessarily or always what the authors or parties to the document would have intended. It is the meaning which the instrument would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably be available to the audience to whom the instrument is addressed*: see *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912-913. *It is this objective meaning which is conventionally called the intention of the parties, or the intention of Parliament, or the intention of whatever person or body was or is deemed to have been the author of the instrument*"

interpréter ses termes. Le juge *Martin Rodger QC* rappelait dans l'arrêt *Elleray v. Bourne*[327] que « pour déterminer les droits contractuels des parties, il n'est pas important que leur accord antérieur soit que la commission sera payée en plus du prix d'achat. La preuve des négociations des parties et de leurs intentions subjectives est inadmissible pour comprendre le sens de leur accord. Il n'importe pas non plus à ce stade que *Mr Cottrell* ait commis une erreur lorsqu'il a complété le document. Ce qui importe est ce qu'un observateur informé aurait déduit du document dans lequel les parties ont reproduit leur accord ». C'est une pratique courante en droit des contrats soumis au droit anglais d'inclure une « *entire agreement clause* ». Cela permettra d'annuler et remplacer l'ensemble des négociations antérieures et ainsi de priver le contractant de se référer à ces négociations pour interpréter le contrat. Un exemple d'une telle clause peut être trouvé dans l'arrêt *Vitol v. Beta renowable*[328] dans lequel le contrat contenait la clause suivante : « *the contract contains the entire agreement between the parties and supersedes all previous negotiations, representations, agreements or commitments with regard to its subject matter* ».

## B- Les conditions de l'implication d'un term

92. Comme le rappelle le juge *Hughes* dans l'arrêt *Ali v Petroleum Company of Trinidad and Tobago*, « le processus d'implication d'un terme dans un contrat ne doit pas devenir la réécriture du contrat dans un sens que le tribunal juge raisonnable. Ou celui que le tribunal préfère pour l'accord que les parties ont négocié. Un terme ne doit être *implied* que s'il est nécessaire pour que le contrat fonctionne »[329].

---

[327] *Elleray v Bourne & Ors, Re Cummings Hall Lane (PARK HOMES - SALE)* [2018] UKUT 3 (LC), &75: *"For the purpose of determining the parties' contractual rights it does not matter that their prior consensus (including when Miss Elleray handed over the purchase money plus the commission to Mr Cottrell) was that the commission would be paid in addition to the purchase price. Evidence of the parties' negotiations and subjective intentions is inadmissible as an aid to understanding the meaning of their agreement. Nor, at this stage, does it matter that Mr Cottrell made a mistake in completing the documents. What matters is the meaning which an informed observer would attribute to the documents in which the parties recorded their agreement*"

[328] *Vitol SA v Beta Renowable Group SA* (Rev 1) [2017] EWHC 1734 (Comm), §9

[329] *Ali v Petroleum Company of Trinidad and Tobago* [2017] UKPC 2; [2017] ICR 531 (*Privy council) per Lord Hughes at* & 7, *"It is enough to reiterate that the process of implying a term into the contract must not become the re-writing of the contract in a way which the court believes to be reasonable. Or which the court prefers to the agreement which the parties have negotiated. A term is to be implied only if it is necessary to make the contract work"*

Le juge *Legatt* estimait dans l'arrêt *Knatchbull-Hugessen v. SISU Capital*[330] qu'il existait 5 conditions pour que le juge reconnaisse un *implied term :* (1) qu'il soit raisonnable et équitable ; (2) qu'il soit nécessaire pour donner un effet économique au contrat ; (3) tellement évident qu'il va sans dire ; (4) capable d'une expression claire ; (5) qu'il ne soit pas en contradiction avec un terme exprès du contrat. *Lord Hoffman* ajoutait que « cette liste doit être regardée, non pas comme une série de tests indépendants qui doivent chacun être surmontés, mais plutôt comme un ensemble de manières par lesquelles les juges ont essayé d'exprimer l'idée centrale que les *implied terms* proposés doivent exprimer ce que le contrat signifie ou ont exprimé la raison pour laquelle tel n'était pas le cas »[331].

*Lord Neuberger PSC* dans l'arrêt *Marley v Rawlings*[332] ajoutait que « lorsqu'il interprète un contrat, le tribunal recherche l'intention des parties et le fait en identifiant la signification des mots pertinents, (a) au regard (i) du sens naturel et ordinaire de ces mots, (ii) du but global du document, (iii) des autres clauses du document, (iv) des faits connus ou présumés connus par les parties au moment du contrat et (v) du sens commun, mais (b) en ignorant les preuves de l'intention subjective des parties ».

Dans l'arrêt *Donwin Productions Limited v. EMI Films Limited*[333], *Pain J* constatait que les parties étaient tombées d'accord, par des termes inclus dans une lettre, sur tous les éléments qu'elles regardaient comme essentiels excepté la durée du bail. Mais

---

[330] *Knatchbull -Hugessen & Ors v Sisu Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 (Mercantile). Voir aussi *BP Refinery v Hastings* (1977) 52 ALJR 20

[331] Op. cit. at [27]: "*this list is best regarded, not as series of independent tests which must each be surmounted, but rather as a collection of different ways in which judges have tried to express the central idea that the proposed implied term must spell out what the contract actually means, or in which they have explained why they did not think that it did so*"

[332] *Marley v Rawlings* [2014] UKSC 2, [2014] 2 WLR 213, "[18] *During the past 40 years, the House of Lords and Supreme Court have laid down the correct approach to the interpretation, or construction, of commercial contracts in a number of cases starting with Prenn v Simmonds* [1971] 1 WLR 1381 *and culminating in Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] 1 WLR 2900. [19] *When interpreting a contract, the court is concerned to find the intention of the party or parties, and it does this by identifying the meaning of the relevant words, (a) in the light of (i) the natural and ordinary meaning of those words, (ii) the overall purpose of the document, (iii) any other provisions of the document, (iv) the facts known or assumed by the parties at the time that the document was executed, and (v) common sense, but (b) ignoring subjective evidence of any party's intentions*. In this connection, see *Prenn*, at pp 1384–1386 and *Reardon Smith Line Ltd v Yngvar Hansen-Tangen (trading as H E Hansen-Tangen) [1976] 1 WLR 989* , per Lord Wilberforce, *Bank of Credit and Commerce International SA v Ali [2002] 1 AC 251*, para 8, per Lord Bingham of Cornhill, and the survey of more recent authorities in *Rainy Sky*, per Lord Clarke of Stone-cum-Ebony JSC, at paras 21–30.".

[333] *Donwin Productions Limited v. EMI Films Limited*, 9 March 1984, unreported

puisque les parties étaient déjà tombées d'accord sur cette question précédemment, il n'était pas nécessaire que ce point apparaisse dans la lettre pour que les parties soient liées par un contrat.

Dans l'arrêt *Marks and Spencer v BNP Paribas*, le juge *Neuberger* ajoutait qu'un *implied term* est « une obligation qui est reconnue dans un contrat, au regard des termes exprès, du sens commun commercial, et des faits connus par chacune des parties au moment où le contrat est conclu »[334]. Selon lui, une obligation implicite peut être reconnue seulement « si, sans cette obligation, le contrat manquerait de cohérence commerciale ou pratique »[335].

Dans l'arrêt *Alstom v. Jarvis*[336], *Alstom* a conclu un contrat avec *Railtrack* qui contenait un mécanisme de *pain/gain*. *Alstom* a sous-contracté une partie à *Jarvis*. *Jarvis* a travaillé pendant la négociation du contrat. Les parties se sont entendues sur la plupart des points excepté le *pain/gain*. *Jarvis* a accepté le principe du *pain/gain* mais ne voulait supporter qu'une partie de la perte proportionnelle à sa part du contrat. Le juge reconnaissait 1) qu'il existait un contrat sur les éléments essentiels même si les parties ne s'étaient pas entendues sur le *pain/gain* et 2) qu'il existait un accord sur le principe du *pain/gain*. Le juge pouvait pallier l'absence d'accord sur le mécanisme de ce *pain/gain*. Il décidait que « dans cette affaire, il y avait dès l'origine un accord sur le principe que le sous-contrat comprendrait un mécanisme de *pain/gain […]* Selon moi, il y avait plus entre les parties que l'évocation d'une "notion" de *pain/gain* et le fait que les parties ne se soient pas entendues sur les termes prévus n'était pas « fatal » »[337].

Dans l'arrêt *EVP v. Malabu*[338], le juge utilisait le mécanisme des *implied terms* pour une situation qu'on pourrait qualifier de précontractuelle. *Malabu* voulait vendre un champ de pétrole. Il a conclu un mandat exclusif avec *EVP*, sans prix fixé. *EVP* a

---

[334] *Marks and Spencer v BNP Paribas* [2016] AC 743, §15
[335] Ibid. &17
[336] *Alstom Signalling Ltd. (t/a Alstom Transport Information Solutions) v Jarvis Facilities* Ltd [2004] EWHC 1232 (TCC), §62: "*In this case, from the outset there was agreement in principle that the Sub-Contract terms would include a pain/gain provision"*
[337] Ibid., §65: *"In my judgment, there was more to the parties' pain/gain understanding that a mere "notion" and their failure to agree on "precise terms" was not fatal"*
[338] *Energy Venture Partners Ltd v Malabu Oil and Gas Ltd* [2013] EWHC 2118 (Comm)

plusieurs fois évoqué la somme de $200 millions mais aucun accord n'a été trouvé. Il a travaillé 1,5 ans et trouvé un acquéreur. Le juge reconnaissait que le contrat était valable, refusait de reconnaître un accord pour $200 millions, acceptait un *implied term* selon lequel *EVP* devait être payé un prix raisonnable et fixait ce montant à $110 millions sur la base des négociations sur cette commission allant de 55 à 150 millions.

Si les juges peuvent donc avoir recours à des *implied terms* pour faire face à des hypothèses de rupture des pourparlers, ils demeurent réticents à reconnaître une obligation implicite de bonne foi.

## II- L'OBLIGATION IMPLICITE DE BONNE FOI

93. La décision est citée dans l'ensemble des ouvrages de droit des contrats anglais : dans l'arrêt *Walford v. Miles*[339], *Lord Ackner* refusait de reconnaître une obligation implicite de négocier de bonne foi. Le juge décide que « le concept d'une obligation de conduire des négociations de bonne foi est de manière inhérente contraire à la position adversariale des parties engagées dans des négociations. Chaque partie aux négociations peut poursuivre son propre intérêt, tant qu'elle évite de commettre une *misrepresentation*. Elle doit donc pouvoir, si elle l'estime approprié, menacer de se retirer des négociations ou effectivement mettre fin aux négociations dans l'espoir que l'autre partie cherche à rouvrir les négociations en lui offrant des conditions améliorées. Mr *Naughton*, bien sûr, accepte que l'obligation dont il se prévaut ne comprend pas une obligation de mener les négociations à leur terme. Mais cela laisse une question essentielle : comment un vendeur peut-il savoir s'il peut mettre fin aux négociations ? Comment un tribunal peut-il évaluer le respect d'une telle 'obligation' ? Une obligation de négocier de bonne foi est autant ingérable en pratique qu'elle est inconsistante avec la position des parties à la négociation ».

---

[339] *Walford and others v. Miles and another* [1992] 2 AC 128, *per Lord Ackner*: "*However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton, of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an 'agreement'? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party*".

94. L'arrêt *Triatic Limited v. The County Council of the County of Cork*[340] refusait, lui aussi, une obligation implicite de négocier de bonne foi. Dans cette affaire, le comté de *Cork* est entré en négociations avec *Triatic* pour l'utilisation d'un fort. Les parties ont négocié mais n'ont finalement pas abouti, au motif que *Triatic* voulait implanter un hôtel et non pas une auberge de jeunesse, ce qui risquait de dénaturer la vocation historique du site. *Triatic* a demandé le remboursement de ses frais de négociation sur la base de la violation d'une obligation implicite de bonne foi. Le juge *Miss Justice Laffoy* refusait cette argumentation. Selon le juge, « l'inexécution alléguée est que le défendeur ne pouvait pas se désengager autrement que de bonne foi et pour une raison valide et ni l'un ni l'autre n'existaient. Mais si les négociations n'avaient pas pris le tour qu'elles ont pris en septembre 1997 et que les négociations avaient continué, et que les parties n'avaient pas réussi à atteindre un consensus sur le prix d'acquisition, comment serait-il possible de prétendre que l'une ou l'autre des parties ne pourrait pas mettre fin aux négociations ? […] Si, selon le demandeur, une obligation de négocier de bonne foi est implicite dans le contrat, qui doit être remplie par chacune des parties, une approche subjective plutôt qu'une approche objective serait nécessaire pour rendre une décision. A mes yeux, le tribunal serait confronté à une mission impossible ».

95. Dans l'arrêt *Aballe v. Alstom*[341], les parties négociaient un contrat de *consortium*. *Aballe* a assigné *Alstom* sur le fondement de la violation d'une obligation implicite de

---

[340] *Triatic Limited -v- Cork County Council* [2006] IEHC 111: "*The breach alleged is that the defendant was not entitled to disengage other than for bona fide and valid reasons and none such existed. But, if the dealings between the parties had not taken the turn they took in September, 1997 and negotiations had continued, and if the parties were unable to reach consensus on the acquisition price, how could it be said that one or other party could not withdraw?" […] "Given that on the plaintiff's case an obligation to deal in good faith is to be implied in the alleged agreement, which must be assumed to bind both contracting parties, a subjective, rather than an objective approach would be required in making that decision. In my view the court would be faced with an impossible task*"

[341] Ibid.: "*In my judgment to present the case on the basis of breach of an implied obligation of good faith is equally unsupportable. Obligations to interpret or to perform a contract in good faith are recognised by other legal systems whose laws also derive in part from Roman law (but not I believe an obligation to negotiate in good faith to the extent of subordinating one's interests). Historically English law has achieved the same objectives by the use, for example, of ameliorating techniques such as implying terms, construing provisions as subject to the requirement of "reasonableness", taking a pragmatic view of contractual terms, and perhaps above all, in the application of the principle set out in Mackay v Dick. There have been indications recently that English law might in certain circumstances recognise an obligation to perform a contract in good faith (see the dicta of Sir Thomas Bingham MR in Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd* 19 October 1994, CA, unreported *but which was not cited to me). There is so far as I am aware nothing to displace Walford v Miles in which it was held that "a duty to negotiate in good faith was unworkable in practice".*

négocier de bonne foi. Selon le demandeur, « il existait une obligation de 'négocier de bonne foi' afin de déterminer les termes restant à négocier dans le contrat de consortium »[342]. Le juge *Humphrey Lloyd QC* décidait que « selon moi, présenter cette affaire sur le fondement de la violation d'une obligation implicite de bonne foi est également insoutenable. Des obligations d'interpréter ou d'exécuter des contrats de bonne foi sont reconnues dans d'autres systèmes juridiques dont les lois dérivent du droit Romain (mais je ne pense pas que cette obligation de négocier de bonne foi s'étende à une obligation de renoncer à son propre intérêt). […] Il y a eu des indications récemment que le droit anglais pourrait reconnaître une obligation d'exécuter un contrat de bonne foi (voir le jugement de *Sir Thomas Bingham MR* dans l'arrêt *Philips Electronique Grand Public SA v British Sky Broadcasting Ltd* 19 October 1994, CA, non publié). Il n'y a rien dont je sois au courant qui remette en cause le jugement de l'affaire *Walford v. Miles* selon lequel 'une obligation de négocier de bonne foi était ingérable en pratique' ». Dans l'arrêt *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes, Bingham LJ.* affirmait lui aussi que ,bien que la plupart des systèmes de droit civil contiennent un principe général de bonne foi applicable à la formation des contrats, il n'existe pas d'équivalent en droit anglais, excepté dans le cas limité des contrats *uberrimae fidei*[343].

96. Une *duty of good faith* peut exister en droit anglais pour certains types de contrats tels que les *uberrimae fidei contracts* ou en présence d'une *fiduciary relationship*. Elle concerne toutefois le plus souvent une obligation précontractuelle d'information, qui ne fait pas l'objet de cette thèse puisque le litige intervient alors que le contrat avait été conclu. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt *Gordon Connolly v. Neville Stuart Brown*[344]. Dans cet arrêt, *Connolly* a donné mandat à *Neville*, agent immobilier, de vendre son terrain. Il y a eu plusieurs offres jusque £450.000. *Neville* a proposé d'acheter le terrain. Il a mis fin au mandat. Suite à une réelle négociation, les parties sont tombées d'accord sur un prix de £450.000 et £2.000 par maison construite. Juste avant de signer le contrat, *Neville* a reçu une marque d'intérêt de *Bryant Homes* pour

[342] *Abballe (Trading As G.F.A) v. Alstom Uk Ltd* [2000] EWHC Technology 122: "*there was an obligation to "negotiate in good faith" so as to settle the outstanding terms of the consortium agreement*"
[343] *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes* [1989] 1 QB 433
[344] *Gordon Connolly v. Neville Stuart Brown* [2006] CSOH 187, §95 "*it is clear that they did not act on the simple basis that they trusted the defender. They negotiated with him, quite hard on occasions, and throughout their dealings*"

acheter pour £1,1million. *Neville* n'a pas informé *Connolly* et a signé avec elle le contrat pour £450.000 et £2.000 par maison puis revendu à *Bryant Homes*. Le juge décidait que l'agent immobilier avait une *fiduciary relationship,* et donc une *duty of good faith* mais que celle-ci avait disparu par la résiliation du mandat et le fait que *Connolly* avait réellement négocié. Le prix de £450.000 était *fair and reasonable* au moment de la négociation et l'offre de *Bryant Homes,* qui avait anticipé mieux que les autres l'évolution du marché, était imprévisible. Comme *Neville* était libéré de sa *fiduciary relationship,* il n'avait pas d'obligation d'information.

97. Dans l'arrêt *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd (trading as Medirest)* [345], *Jackson LJ* déclarait qu'il « n'existe pas d'obligation générale de bonne foi en droit anglais des contrats, bien qu'une obligation de bonne foi puisse être reconnue dans certaines catégories de contrats […] Si les parties veulent imposer une telle obligation, elles doivent le prévoir expressément ».

Outre la reconnaissance d'*implied terms*, le *common law* anglais accepte largement la validité d'un contrat qui organise les négociations, pourvu que celui-ci respecte les conditions d'existence d'un contrat posées par le droit anglais.

## SECTION 2 : LES COLLATERAL CONTRACTS

Les tribunaux anglais sont réticents à reconnaître des *agreements to agree* ou des obligations contractuelles de bonne foi (I). Ils réservent en revanche un accueil plus favorable aux autres *collateral contracts* (II).

### I- AGREEMENT TO AGREE ET OBLIGATION DE BONNE FOI

La validité d'un engagement contractuel de négocier ou de contracter (A) ou d'un engagement contractuel de négocier de bonne foi (B) est probablement le point qui a

[345] *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd (trading as Medirest)* [2013] EWCA Civ 200, §105: "*there is no general doctrine of "good faith" in English contract law, although a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract: see …* [the YSP case] at paragraphs 120-131. *If the parties wish to impose such a duty they must do so expressly*.".

suscité le plus de discussion en jurisprudence dans les affaires relatives à la rupture des pourparlers, notamment depuis l'arrêt *Walford v. Miles*.

## A- Le refus de la validité d'un *agreement to agree*

98. Les juges affirment régulièrement qu'un *agreement to agree* n'a pas de valeur contractuelle. Ainsi, dans l'arrêt *Foley* v *Classique Coaches Ltd*, le juge *Maugham LJ* décidait qu'il « est indiscutable qu'à moins qu'il existe un accord sur tous les termes matériels du contrat, il n'existe pas d'obligation. Un *agreement to agree* dans le futur n'est pas un contrat »[346]. Dans l'arrêt *Courtney & Fairburn v. Tolaini Bros Ltd*, la *Court of Appeal* déclarait que « le droit n'a pas reconnu un engagement de négocier et si une question fondamentale est laissée à la négociation il n'y a pas de contrat »[347].

Dans l'arrêt *Little* v *Courage Ltd*[348], *Millett LJ* confirmait que « un engagement de *best endeavours* d'obtenir un permis de construire ou une licence d'exportation est suffisamment certain et peut être appliqué. Un engagement de *best endeavours* de conclure un contrat, toutefois, est similaire à un engagement de conclure, de tenter de conclure, ou de négocier en vue de conclure ; tous sont incertains et incapables d'entraîner une obligation légalement obligatoire ».

99. La décision de principe en la matière est l'arrêt *Walford v. Miles*[349]. Dans cet arrêt, *Lord Ackner* décidait qu'un engagement de négocier n'a aucun contenu légal. Selon lui, « la raison pour laquelle un engagement de négocier, comme un engagement de

---

[346] *Foley* v *Classique Coaches Ltd* [1934] 2 KB 1, p. 13 "*It is indisputable that unless all the material terms of the contract are agreed there is no binding obligation. An agreement to agree in the future is not a contract; nor is there a contract if a material term is neither settled nor implied by law and the document contains no machinery for ascertaining it*"

[347] *Courtney & Fairburn v. Tolaini Bros Ltd* [1975] 1 WLR 297, "*the law did not recognise a contract to negotiate and where a fundamental matter was left to be the subject of negotiation there was no contract.*"

[348] *Little* v *Courage Ltd* (1994) 70 P&CR 469, p.476: "*An undertaking to use one's best endeavours to obtain planning permission or an export licence is sufficiently certain and is capable of being enforced: an undertaking to use one's best endeavours to agree, however, is no different from an undertaking to agree, to try to agree, or to negotiate with a view to reaching agreement; all are equally uncertain and incapable of giving rise to an enforceable legal obligation.*"

[349] *Walford* v *Miles* [1992] 2 AC 128, p.138C-G : "*The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable, is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours. This uncertainty is demonstrated in the instant case by the provision which it is said has to be implied in the agreement for the determination of the negotiations. How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for termination of negotiations?*"

conclure un contrat, est inapplicable, est simplement parce qu'un tel engagement n'est pas certain. Tel n'est pas le cas d'un engagement de *best endeavours*. Cette incertitude est démontrée dans cette affaire par la demande d'ajouter un *implied term* dans l'accord pour la détermination de la négociation. Comment pourrait-on décider, subjectivement, si une raison valable de rompre les négociations existait ? ». Dans l'arrêt *Triatic Limited v. County Council of the County of Cork*[350], le juge *Laffoy J.* reprenait cette distinction entre *duty of best endeavours* et *duty of good faith*.

Dans l'arrêt *Halifax Financial Services v Intuitive Systems*[351], le juge *McKinnon J.* décidait que les tribunaux ont de manière constante refusé d'imposer aux parties de se livrer à un processus coopératif, particulièrement dans des négociations de bonne foi, au motif de l'impossibilité légale et pratique de suivre et faire appliquer ce processus.

Dans l'arrêt *Rok Build Limited*[352], *ROK*, entrepreneur, a conclu un contrat de construction avec *Harris*. Ils ont eu un litige sur le paiement d'une somme de £900.000. Ils ont entamé des négociations pour trouver un accord sur le paiement de cette somme, évoquant une somme de £ 100.000. Dans un accord du 26 septembre 2006, les parties déclaraient que « notre compréhension est que pendant que des négociations sont en cours sur le montant à payer, vous ne chercherez pas à obtenir une décision de justice en votre faveur »[353]. *Harris* prétendait qu'il s'agissait d'un engagement de ne pas entamer des poursuites tant que les négociations n'étaient pas terminées. Le juge décidait qu'un tel accord serait inapplicable pour *uncertainty*.

Dans l'arrêt *Abballe v. Alstom*, *Abballe* est entrée négociation avec *Alstom*. Les parties ont signé un contrat de négociation prévoyant que les parties négocieraient un *consortium*. Le juge *Humphrey Lloyd QC* décidait que « l'analyse des faits montre manifestement un accord qui non seulement serait incomplet matériellement, mais également qui serait inapplicable même si les parties l'avaient vu comme

---

[350] *Triatic Limited v. County Council of the County of Cork* [2007] 3 IR 57, &67
[351] *Halifax Financial Services v Intuitive Systems* [1999] 1 All ER (Comm) 303
[352] *Rok Build Ltd v Harris Wharf Development Company Ltd* [2006] EWHC 3573 (TCC), &25: *"Mr. Sears further submits that there was in any event a binding agreement reached between the parties not to enforce the award so long as negotiations were continuing in respect of the final account.[…] It would be unenforceable in my judgment by reason of uncertainty*"
[353] "*Our understanding is that whilst meaningful negotiations are in progress on the final account you will not seek to enforce an adjudication decision given in your favour*"

obligatoire »[354]. Non seulement le contrat était trop incomplet pour permettre l'implication de termes manquant (il fallait une analyse de risques, une planification et un programme, un budget, qui chacun pourraient avoir influencé l'accord des parties)[355]. Mais, de plus, il s'agissait d'un *agreement to agree* qui serait *unenforceable*. Le juge décidait, se basant sur les arrêts *Walford v. Miles* et *Little v. Courage*, qu'une « obligation apparente de s'engager dans un contrat dans le futur telle que celle prévue par la clause 2 de ce contrat est inapplicable »[356].

Dans le même arrêt, le juge *Humphrey Lloyd QC* justifiait le refus de la validité d'un *agreement to agree* : « Le raisonnement de l'arrêt *Walford v. Miles* me semble être qu'un engagement de négocier requiert de la part d'une partie de considérer son meilleur intérêt et si une telle obligation était applicable cela imposerait à cette partie d'abandonner son meilleur intérêt. C'est différent d'un engagement de *best endeavours* de faire quelque chose. Conformément à l'acception habituelle de ce terme, une partie a l'obligation de faire ce qu'une personne prudente placée dans sa situation aurait fait ou aurait dû faire. S'il existe un litige sur ce qui aurait dû être fait, un tribunal ou un arbitre pourrait décider ce qu'une personne prudente aurait fait ou aurait dû faire. De plus, la *Court of Appeal* disait dans l'arrêt *Little v. Courage Ltd* qu'un 'engagement de *best endeavours* d'aboutir à un accord, toutefois, n'est pas différent d'un engagement d'aboutir à un accord ou d'essayer d'aboutir à un accord, ou de négocier en vue d'aboutir à un accord ; tous sont incertains et incapable d'entraîner une obligation légalement obligatoire'. Une partie ne peut pas être obligée d'abandonner ou de subordonner ses intérêts à ceux de l'autre partie, ce qui serait le cas si un engagement de négocier était obligatoire. Dans le cas d'un engagement de *best endeavours* de faire quelque chose, une partie doit accepter qu'un tribunal puisse déterminer ce qu'est son meilleur intérêt et dans ce cas des critères objectifs

[354] *Abballe (Trading As G.F.A) v. Alstom Uk Ltd* [2000] EWHC Technology 122, &17: "*The factual matrix thus manifestly describes an agreement that was not only incomplete in material or potentially material respects but also an agreement which would be regarded as legally unenforceable even if its terms had not been subject to specific reservations and even if the parities had regarded it as enforceable*"
[355] Idem
[356] Ib. &21: "*In English law Walford v Miles and the dicta in Little v Courage make it clear, in my judgment, that an apparent obligation to agree a contract such as that called for by clause 2 is unforceable*"

s'appliqueraient à ce qui serait autrement considéré comme purement égoïste et subjectif »[357].

De même, dans l'arrêt *L&R v. TBI*[358], *L&R* et *TBI* ont conclu un contrat de vente de parts de *TBI* à *L&R*. Le contrat prévoyait que les parties « *shall use reasonable endeavours to agree the terms of a joint-venture* » pour l'acquisition des aéroports de *Cardiff* et de *Belfast*. *Lord Justice Mummery* refusait la valeur contractuelle de cet engagement. Il décidait que « les recours contractuels doivent échouer, car il est impossible d'interpréter la clause 8.7 du contrat de vente et le document relatif à la *joint-venture* comme étant de 'nature immédiatement contractuelle'. Il s'agissait seulement d'une déclaration d'intention qui n'avait pas vocation à devenir obligatoire. Le soi-disant contrat de *joint-venture* était 'trop vague pour être capable d'une exécution avec une suffisante certitude' ». Le juge se référait à l'arrêt *Little v. Courage* pour refuser la valeur d'un accord de *best endeavours to agree* et concluait qu'en « l'absence de critères objectifs de l'accord de vente, la clause était trop vague et trop incertaine pour être obligatoire. Les parties n'avaient pas déterminé le terrain à transférer ; il n'y avait pas d'accord sur la date de paiement ; et les termes du contrat de *joint-venture* n'étaient pas déterminés »[359].

---

[357] *Little* v *Courage Ltd* (1994) 70 P&CR 469, p.476: "23. *An undertaking to use one's best endeavours to agree, however, is no different from an undertaking to agree, or to try to agree, or to negotiate with a view to reaching an agreement; all are equally uncertain and incapable of giving rise to a legally enforceable obligation. 24. A party is not required to abandon or to subordinate its interests to those of the other party which would be the case if an agreement to negotiate were enforceable. In the case of an otherwise complete agreement to use one's best endeavours to perform something the party has to accept that a court or other tribunal may determine what is in its own best interests and to that extent some of the objective criteria would be applied to what will otherwise be regarded as purely selfish or subjective*"

[358] *London & Regional Investments Ltd. v TBI Plc & Anor* [2002] EWCA Civ 355, &29 "*The contractual claims were bound to fail, as it was impossible to construe clause 8.7 of the Sale Agreement and the joint venture note as being of "immediate contractual nature." There was merely a declaration of intent, which was not intended to be contractually binding. The so-called joint venture contract relied upon by L&R was "too vague to be capable of being enforced with any certainty." In any event, TBI used reasonable endeavours and did everything it was obliged to do under clause 8.7*"

[359] Ibid., §39-40: "*A claim for breach of clause 8.7 of the Sale Agreement has no real prospect of success. It was no more than an agreement to agree.* As *Millett LJ stated in Little v. Courage Limited* (1994) 70 P. &C.R. 469 at 476 "*….an undertaking to use one's best endeavours to agree…is no different from an undertaking to agree, to try to agree, or to negotiate with a view to reaching an agreement; all are equally uncertain and incapable of giving rise to an enforceable obligation." [cf "Use best endeavours to obtain planning permission": IBM United Kingdom Limited v. Rockware Glass Limited [1980] FSR 335]. In the absence of objective criteria in the Sale Agreement and related documents, the clause is too vague and uncertain to be enforced. The relevant "airport" land to be transferred to an unidentified transferee is not precisely ascertained; there is no agreement as to when TBI is to be paid; and the terms of the venture are not agreed*"

Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[360], *ICL* postulait pour un appel d'offre. *Countrywide* a accepté de préparer gratuitement la partie liée à la communication contre l'assurance qu'ils deviendraient sous-traitants pour la communication. *ICL* a été sélectionné mais la nouvelle directrice marketing d'*ICL* a choisi un autre sous-traitant. Le budget lié à la communication dans l'appel d'offre était de £780.000. Le profit de *Countrywide* aurait été de £375.000. Le juge rejetait l'action contractuelle car c'était un *agreement to agree* (le prix et les conditions du contrat étaient encore à discuter). Le juge *Nicholas Strauss QC* décidait que *Countrywide* « savait qu'il faudrait des négociations détaillées et il n'existe aucun élément qui permettrait de déduire la formation d'un contrat de l'intention de conclure un contrat obligatoire avant que les négociations aboutissent […] Ce qui existait était un engagement clair que si *ICL* décrochait l'appel d'offre, il offrirait à *Countrywide* le sous-contrat relatif aux relations publiques et à la communication, selon des termes à négocier. En d'autres termes, il existait un accord selon lequel *ICL* promettait, si certaines conditions étaient réunies, ce qui était le cas, de négocier. Un tel engagement n'a pas de valeur contractuelle ».

Dans l'arrêt *Phillips Petroleum Co Ltd*[361], le juge *Potter LJ* décidait que « la volonté des tribunaux de ne pas donner de force obligatoire à une obligation de *best endeavours* de conclure me semble être avec raison basée sur la difficulté de gérer une telle obligation, dans le sens de définir une ligne entre ce qui doit être regardé comme raisonnable ou non dans un domaine dans lequel les parties peuvent avoir légitimement des vues et des intérêts différents, mais n'ont prévu aucun critère sur la base duquel un tiers peut évaluer ou déterminer cette question en cas de litige ».

---

[360] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB): *"knew that there would have to be detailed negotiations and there is nothing from which an intention to enter into a binding contract before the negotiations were concluded can properly be inferred. […] What did exist was a clear arrangement or understanding [that if] the bid succeeded, then Countrywide would be offered the public relations and communication sub-contract, on terms to be negotiated. In other words, there was an agreement under which (as from April 1995) ICL Pathway promised, if certain conditions were met, as they were, to negotiate. It is trite law that such an agreement is unenforceable: see Walford v. Miles* [1992] 2 A.C. 128"

[361] *Phillips Petroleum Company UK Ltd v Enron Europe Ltd* [1997] CLC 329, p.343C-D : "*The unwillingness of the courts to give binding force to an obligation to use 'reasonable endeavours' to agree seems to me to be sensibly based on the difficulty of policing such an obligation, in the sense of drawing the line between what is to be regarded as reasonable or unreasonable in an area where the parties may legitimately have differing views or interests, but have not provided for any criteria on the basis of which a third party can assess or adjudicate the matter in the event of a dispute*."

Dans l'arrêt *Triatic Limited v. The County Council of the County of Cork*[362], les parties avaient négocié dans le cadre d'une exclusivité de négociation. Suite à l'expiration de cette période d'exclusivité, les parties avaient continué à négocier. Le juge *Miss Justice Laffoy* décidait que « l'argument du demandeur est qu'il existait un engagement de continuer la négociation jusqu'à ce qu'elle conduise à la formation du contrat […]. Je n'ai aucun doute que si on pouvait prouver l'existence d'un tel engagement, celui-ci serait inapplicable pour *uncertainty* ».

100. Il existe toutefois des atténuations de ce refus de la validité des *agreement to agree*. Dans l'arrêt *The Queensland Electricity Generating Board* v. *New Hope Collieries Pty Ltd*[363], le *Privy council* considéra qu'une obligation implicite de *reasonable endeavours* de s'entendre sur les termes d'un contrat de vente de biens et le manquement à faire tout ce qui serait raisonnablement nécessaire pour nommer un arbitre était valable. Il était implicite que les termes financiers de l'accord seraient « *fair and reasonable* » et l'accord définissait des lignes directrices sur la manière dont un prix *fair and reasonable* serait déterminé. Comme l'indiquait *Lorg Hodge* dans l'arrêt *R&D Construction v. Halllam*[364], « dans ce cas, l'obligation de *reasonable endeavours* s'applique à un objet déterminé. Elle ne vise pas la négociation d'un contrat complexe complet ».

Si le refus d'un *agreement to agree* est catégorique, les juges ont assoupli leur position quant à la validité d'une obligation expresse de bonne foi.

## B- L'acceptation limitée d'une obligation expresse de bonne foi

[362] *Triatic Limited v. Cork County Council* [2006] IEHC 111: "*What happened after November, 1996 was that, while the defendant considered the development proposal submitted by the plaintiff to be inadequate, on the initiative of the defendant, a new phase of negotiation commenced on 3rd February, 1997. In essence, the plaintiff's case is that there was an agreement to continue those negotiations until they would come to fruition in the form of a formal contract, which, as a matter of law, can only mean until the defendant's officials were prepared to recommend the agreed terms for the development, subject to planning permission, and the acquisition of Fort Camden by the plaintiff to the elected members. I have no doubt that, if a finding could be made on the evidence that there was such an agreement, it would be unenforceable for lack of certainty*"

[363] *R & D Construction Group Ltd v. Hallam Land Management Ltd* [2009] ScotCS CSOH_128

[364] *The Queensland Electricity Generating Board* v. *New Hope Collieries Pty Ltd* [1989] 1 Lloyd's Rep 205 (PC), &45 "*In this case the reasonable endeavours are directed towards a particular object. It is not the negotiation of a complete agreement of some complexity*"

Les juges anglais peuvent reconnaître des obligations expresses de bonne foi (1). Toutefois, l'acceptation de telles clauses n'est pas généralisée (2).

### 1) L'évolution de la jurisprudence quant à la reconnaissance d'une obligation expresse de bonne foi

101. On peut remarquer que, depuis l'arrêt *Walford v. Miles*, la plupart des litiges présentés aux juges relatifs à une obligation expresse de bonne foi concernent des parties étrangères[365]. Il est en effet courant dans un contrat international de choisir le droit anglais et la juridiction anglaise. Ceux-ci sont en effet bien connus des juristes internationaux et réputés fiables et adaptés aux opérations du commerce international. L'inclusion d'une obligation de bonne foi est une pratique courante dans les contrats soumis au droit civil mais également au *common law* dans des pays tels que les USA[366]. La prévisibilité du droit anglais pour des parties étrangères a été mise à mal par l'arrêt *Walford v. Miles*. Cette difficulté a conduit plusieurs auteurs à militer pour une remise en cause de l'arrêt *Walford v. Miles*. Elle a également justifié un article remarqué de *Lord Steyn*[367]. Dans l'arrêt *Abballe v. Alstom*[368], le conseil du défendeur s'appuyait sur le fait que « le contrat était expressément soumis au droit anglais et quelle que soit la nationalité du demandeur, le lieu d'exécution du contrat ou le caractère international du projet, les obligations des parties ne pourraient être que celles qui sont reconnues par le droit anglais ». Dans l'arrêt *National Westminster Bank v. Rabobank*[369], le juge refusait de donner effet à une clause de négociation de bonne foi, se fondant sur les arrêts *Walford v. Miles* et *Interfoto v. Stiletto*. Rappelant que l'arrêt *Interfoto* limitait l'obligation de bonne foi aux contrat *uberrimae fidei*, le

[365] Voir analyse statistique, 2ème partie de la thèse

[366] A titre d'exemple, on peut citer un modèle de contrat de partenariat entre entrepreneurs proposé par Chris Guillebeau dans son ouvrage de vulgarisation de l'entrepreneuriat « 100€ pour lancer son business », Pearson, 2014, p. 217 « Ces partenaires s'engagent à collaborer de bonne foi à l'occasion du projet mutuellement bénéfique [Nom du projet] ».

[367] Discours prononcé par Lord Steyn lors de la Sultan Azlan Shah lecture à Kuala Lumpur le 24 Octobre 1996 (113 LQR 433 (1977))

[368] *Abballe (Trading As G.F.A) v. Alstom Uk Ltd* [2000] EWHC Technology 122: "*The agreement was expressly subject to English law and accordingly whatever the nationality of the claimant, the location of the works and the international character of the project, the obligations of the parties could only be those which were enforceable under English law*"

[369] *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] EWHC 1056 (Comm): "*This is not such a case and was not converted into such a case by the good faith agreement*"

juge *Mr Justice Colman* décidait que « ce n'était pas un tel contrat et ce n'était pas devenu un tel contrat par l'intégration d'une clause de bonne foi dans le contrat ».

102. Des arrêts ont tenté d'assouplir la position de l'arrêt *Walford v. Miles*. Ainsi, dans l'arrêt *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom*[370], le juge *Colman J.* décidait qu'il « faut observer que les parties n'ont pas seulement accepté de négocier une solution à leur litige de bonne foi. Dans cette affaire, elles sont allées plus loin que cela en identifiant une procédure de résolution amiable »[371]. « Si, dans cette affaire, la clause 41.2 avait prévu que les parties doivent tenter de résoudre leur litige de bonne foi, une telle clause n'aurait pas été valable. Toutefois, la clause a continué en décrivant la manière par laquelle cette tentative devait être menée, c'est-à-dire 'via une procédure de résolution amiable comme recommandé par le *CEDR*'. Cet engagement peut donc être analysé non pas seulement comme une tentative de bonne foi de résoudre leur litige, mais aussi comme la participation à une procédure recommandée par le *CEDR […]* Par conséquent, je conclus que la clause 41.2 contient des obligations mutuelles suffisamment définies entre les parties pour qu'elles s'engagent dans une procédure de médiation, sélectionnent un médiateur et au moins présentent des arguments et documents et se présentent physiquement à cette médiation. Il ne peut pas y avoir de difficultés sérieuses à déterminer si une partie a rempli une telle obligation »[372].

103. Dans l'arrêt *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (No 3)*[373], la *Court of appeal* a accepté la validité d'une obligation expresse de bonne foi. Dans cet

---

[370] Ibid. §23-24: "*if in the present case the words of clause 41.2 had simply provided that the parties should attempt in good faith to resolve the dispute or claim, that would not have been enforceable. However, the clause went on to prescribe the means by which such an attempt should be made, namely 'through an ADR procedure as recommended to the parties by CEDR.' The engagement can therefore be analysed as requiring not merely an attempt in good faith to achieve resolution of a dispute, but also the participation of the parties in a procedure to be recommended by CEDR.*"

[371] *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom* [2002] 2 All ER (Comm) 1041, §21: "*It is to be observed that the parties have not simply agreed to attempt in good faith to negotiate a settlement. In this case they have gone further than that by identifying a particular procedure, namely an ADR procedure as recommended to the parties by the Centre for Dispute Resolution, to which I refer as CEDR.*"

[372] Ibid. §29: "*Accordingly in the present case I conclude that clause 41.2 includes a sufficiently defined mutual obligation upon the parties both to go through the process of initiating a mediation, selecting a mediator and at least presenting that mediator with its case and its documents and attending upon him. There can be no serious difficulty in determining whether a party has complied with such requirements.*"

[373] *Petromec Inc & Ors v Petroleo Brasileiro SA Petrobras & Ors* [2005] EWCA Civ 891: "*The traditional objections to enforcing an obligation to negotiate in good faith are (1) that the obligation is an agreement to agree and thus too uncertain to enforce, (2) that it is difficult, if not impossible, to say whether, if negotiations*

arrêt, les parties avaient conclu un contrat de négociation comprenant la clause suivante : « *Brasoil* accepte de négocier de bonne foi les coûts additionnels prévus dans la clause 12.1 et 12.2 et le temps additionnel prévu dans la clause 12.2 ci-dessus ». Le juge *Longmore LG* présentait les arguments liés à l'*enforceability* d'une obligation de négocier de bonne foi. Selon lui, « Les objections traditionnelles à l'effet obligatoire d'une obligation de négocier de bonne foi sont que (1) cette obligation est un *agreement to agree* et serait donc trop incertaine pour être obligatoire, (2) qu'il est trop difficile, voire impossible, de dire si des négociations sont menées de bonne ou mauvaise foi, et (3) que puisqu'il est impossible de déterminer si des négociations menées de bonne foi auraient conduit à la conclusion d'un accord ou de déterminer les termes d'un tel accord s'il avait été atteint, il serait impossible d'évaluer le dommage subi par la violation d'une telle obligation. Je doute, toutefois, qu'aucune de ces objections soit de bonnes raisons d'affirmer que l'obligation de négocier de bonne foi prévue dans la clause 12.2 serait inapplicable dans cette affaire ». Le juge applique ensuite chacune des trois objections au cas analysé : « La première objection, que l'obligation est un *agreement to agree*, a peu de poids dans le cas présent. Elle est contenue dans le contrat de supervision qui est lui-même valable. […] Si un accord n'est pas atteint, le tribunal va lui-même devoir déterminer le coût raisonnable d'une telle mise à niveau du navire. S'il existe des dommages déterminables qui découlent de la violation de l'obligation de négocier de bonne foi, ils devraient pouvoir être déterminés de manière relativement aisée »[374]. « Ces raisons s'appliquent également à la troisième objection, la difficulté d'évaluer le dommage. Si le tribunal est capable de conduire l'exercice de détermination du coût raisonnable de la mise à niveau du navire pour Petromec, il ne devrait pas y avoir de difficulté à décider ce que l'effet de la violation de l'obligation de négocier de bonne foi aurait été. A moins qu'il existe des

---

*are brought to an end, the termination is brought about in good or in bad faith, and (3) that, since it can never be known whether good faith negotiations would have produced an agreement at all or what the terms of any agreement would have been if it would have been reached, it is impossible to assess any loss caused by breach of the obligation. I doubt, however, if any of these objectives would be good reasons for saying that the obligation to negotiate in good faith contained in clause 12.4 is unenforceable in this particular case*"

[374] Ibid.: "*The first objection, that the obligation is an agreement to agree, carries little weight in the present case. It is contained in the Supervision Agreement which is itself legally enforceable. […] If agreement is not reached, the court will itself have to ascertain what the reasonable cost of such upgrade should be. If there are any ascertainable losses which arise from a failure to negotiate in good faith, they will likewise to ascertainable with comparative ease*"

facteurs spécifiques, le montant devrait être le même que le coût raisonnable »[375]. « C'est la seconde objection qui pourrait poser le plus de difficultés, c'est-à-dire le fait que le concept de mettre fin à des négociations de mauvaise foi serait plutôt insaisissable. Mais la difficulté du problème ne devrait pas être une excuse pour le tribunal de se passer de l'assistance des parties en déclarant une invalidité simple de l'obligation […] L'autorité à laquelle se réfère principalement *Mr Hancock* en faveur d'une telle invalidité est la décision de la *House of Lords* dans l'arrêt *Walford v. Miles* qui, bien sûr, nous lie en ce qu'il décide. Ma principale distinction entre cet arrêt et celui-ci est que dans l'arrêt *Walford v. Miles* il n'y avait pas de contrat du tout puisque tout était '*subject to contract'* ; il n'y avait de plus aucune obligation expresse de bonne foi. Il s'agissait de négociations pour la vente d'une entreprise dans lesquelles le vendeur potentiel avait accepté de ne pas négocier avec un tiers et de ne négocier qu'avec l'acheteur potentiel. Toutes les négociations étaient '*subject to contract*' et la *House of Lords* a décidé que la clause d'exclusivité de négociation n'était pas valable car elle n'était pas limitée dans le temps. Le demandeur a tenté de résoudre la difficulté en prétendant qu'il existait un *implied term* dans l'accord selon lequel, tant que le vendeur souhaiterait vendre son entreprise, il négocierait de bonne foi avec le demandeur. La *House of Lords* a décidé qu'il était impossible de trouver un tel *implied term* car ce serait ingérable en pratique et de manière inhérente inconsistant avec la position de parties négociant '*subject to contract*'. Le contrat d'exclusivité était donc trop incertain pour être valable »[376]. Dans l'affaire Petromec, le juge décide que « la

---

[375] Ibid.: "*These reasons also apply to the third objection, the difficulty of ascertaining loss. If the court is able to conduct the exercise of finding the reasonable cost to Petromec of the upgrade, there should be no difficulty in deciding what the result of good faith negotiations is likely to have been. Unless there are special factors present, it is likely to be the same as the reasonable cost*"

[376] Ibid.: "*It is the second objection that is likely to give rise to the greatest problem viz that the concept of bringing negotiations to an end in bad faith is somewhat elusive. But the difficulty of a problem should not be an excuse for the court to withhold relevant assistance from the parties by declaring a blanket unenforceability of the obligation. […] The authority chiefly relied on by Mr Hancock in support of blanket unenforceability was the decision of the House of Lords in Walford v Miles, which (of course) binds us for what it decides. The main distinction between that case and this was that in that case there was no concluded agreement at all since everything was "subject to contract"; there was, moreover, no express agreement to negotiate in good faith. There were negotiations for the sale of a business in the course of which the defendant prospective vendor agreed not to negotiate with any third party and to negotiate only with the claimant prospective purchaser. All the negotiations were subject to contract and the House of Lords held that the "lock-out agreement" was unenforceable because there was no provision saying how long it was to last. The claimants sought to resolve this difficulty by asserting that it was an implied term of the agreement that, while the defendant wanted to sell the business, they would negotiate in good faith with the claimants. The House of Lords held that it was impossible to imply such a term since it was unworkable in practice and inherently inconsistent with the position of a party negotiating "subject to contract". The lock-out agreement was therefore too uncertain to be enforceable*"

clause 12.3 du contrat de supervision n'est pas un simple engagement de négociation. Il est important qu'il s'agit d'une obligation expresse qui fait partie d'un contrat complexe rédigé par des solicitors londoniens et imprimé sur le papier à entête de *Linklaters & Paines*. Ce serait une chose forte que de déclarer inapplicable une clause que des parties ont délibérément et expressément accepté. […] Décider qu'une telle clause n'a 'pas de contenu légal' pour reprendre les termes de *Lord Ackner* aurait pour effet que le droit remettrait en cause délibérément les attentes raisonnables d'honnêtes gens, pour reprendre en l'adaptant légèrement le titre du discours prononcé par *Lord Steyn* lors de la *Sultan Azlan Shah lecture* à Kuala Lumpur le 24 Octobre 1996 (113 LQR 433 (1977) à la page 439, *Lord Steyn* espérait que la *House of Lords* reconsidèrerait sa position. Ce n'est pas une option pour ce tribunal. Je dirai simplement que l'arrêt *Walford v. Miles* ne nous impose pas de décider que l'obligation expresse de négocier contenue dans la clause 12.3 du contrat de supervision est dénuée de substance légale »[377].

104. Dans l'arrêt *Astor Management v Atalaya Mining*, le juge *Legatt* définit le contenu d'une obligation de bonne foi. Selon lui, une obligation de bonne foi « se limite à refléter l'attente qu'une partie se comportera honnêtement envers l'autre et n'adoptera pas un comportement calculé pour aller à l'encontre de l'objectif du contrat ou qui pourrait être regardé comme commercialement inacceptable par des personnes raisonnables et honnêtes[378].

### 2) Les limites à la reconnaissance d'une obligation expresse de bonne foi

[377] Ibid. &121: "*Clause 12.3 of the Supervision Agreement is not a bare agreement to negotiate. It is not irrelevant that it is an express obligation which is part of a complex agreement drafted by City of London solicitors and issued under the imprint of Linklater & Paines (as Linklaters were then known). It would be a strong thing to declare unenforceable a clause into which the parties have deliberately and expressly entered. I have already observed that it is of comparatively narrow scope. To decide that it has "no legal content" to use Lord Ackner's phrase would be for the law deliberately to defeat the reasonable expectations of honest men, to adapt slightly the title of Lord Steyn's Sultan Azlan Shah lecture delivered in Kuala Lumpur on 24th October 1996 (113 LQR 433 (1977)). At page 439 Lord Steyn hoped that the House of Lords might reconsider Walford v Miles with the benefit of fuller argument. That is not an option open to this court. I would only say that I do not consider that Walford v Miles binds us to hold that the express obligation to negotiate as contained in clause 12.4 of the Supervision Agreement is completely without legal substance*"

[378] *Astor Management v Atalaya Mining* [2017] EWHC 425 (Comm) *per Leggatt LJ at* §98: *a duty to act in good faith "does no more than reflect the expectation that a contracting party will act honestly towards the other party and will not conduct itself in a way which is calculated to frustrate the purpose of the contract or which would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people".*

105. Si l'arrêt *Petromec* ouvre la porte à la validité d'une obligation expresse de bonne foi, les juges restent toutefois réticents à accepter une telle obligation. Ainsi, dans l'arrêt *Esso Ireland v. Nine One*[379], le demandeur et le défendeur étaient américains. Ils ont conclu un contrat de concession d'un espace alimentaire dans 32 stations Esso. A l'issue du contrat, les parties négocient mais n'aboutissent pas. Esso avait engagé des négociations parallèles avec d'autres restaurateurs. Le contrat contenait une obligation de négocier de bonne foi. Après avoir analysé l'arrêt *Petromec*, le juge considérait que l'obligation de bonne foi était nulle, sur le fondement de l'arrêt *Walford v. Miles*. Il décidait « je trouve le raisonnement de *Lord Ackner* persuasif, en considération des faits qui me sont présentés. De nouveau, dans cette affaire, il n'existe pas de contrat conclu. Les parties se sont engagées à négocier ou, alternativement, et si approprié à conclure des négociations 'de bonne foi' en vue de parvenir à un accord entre elles. […] Je conclus que la clause 4.1 est insuffisamment précise pour la considérer comme applicable, en ce qu'elle prévoit que 'chacune des parties négociera de bonne foi'. Le tribunal ne peut pas interposer son opinion de ce qui constitue une 'bonne foi' dans le contexte de la 'position adversariale des parties' poursuivant toutes deux légitimement leur intérêt économique ». Le juge distinguait avec une obligation de *best endeavours*. Il estimait « qu'une distinction doit être réalisée, comme *Lord Ackner* l'a fait, entre les cas dans lesquels les parties ont conclu un engagement de *best endeavours*, comme dans l'arrêt *Rooney v. Byrne*, où les paramètres des obligations contractuelles peuvent être déterminées par le tribunal, et une obligation de négocier de bonne foi, qui va quasi-inévitablement manquer de précision et de certitude »[380]. Le juge ajoutait que même si l'obligation de négocier de bonne foi était valable, elle ne serait pas violée ici car les parties ont négocié et ne sont pas tombées d'accord. Comme l'indiquait le juge, « on ne peut pas dire qu'il y a eu un manque de bonne foi de la part du demandeur. C'était

---

[379] *Esso Ireland Ltd & Ireland Roc Ltd* [2013] IEHC 514, &38: *"I similarly find Lord Ackner's reasoning to be persuasive, given the facts before the court. Again, in this case, there is no subsisting concluded agreement. The parties agreed to furnish notice of an intent to negotiate, or otherwise, and if appropriate to hold negotiations "in good faith" with a view to agreeing a new arrangement between them. This is a matter entirely separate from the termination of the Operating Agreement by operation of its terms. I conclude that Clause 4.1 is insufficiently precise for this court to hold it to be enforceable, insofar as it stipulates that "both parties shall negotiate in good faith." The court cannot interpose its opinion of what constitutes "good faith" in the context of "the adversarial position of the parties", both legitimately pursuing their business interests"*

[380] Ibid. §39: "*A distinction must be drawn, as Lord Ackner did, between cases where the parties reached an agreement to employ best endeavours, such as Rooney v. Byrne, where the parameters of the contractual duties may be readily discernible to the court, and a duty to negotiate in good faith, which will almost inevitably lack precision and certainty*".

simplement un cas dans lequel les parties n'ont pas atteint de consensus et les négociations ont pris fin. Un engagement tel que celui qui s'est produit entre le demandeur et un tiers ne pourrait pas être analysé comme un manquement à l'obligation alléguée de négocier de bonne foi, même si je reconnaissais la valeur de cette obligation et l'interprétais de la manière la plus généreuse »[381].

106. Dans l'arrêt *Abballe v. Alstom*[382], le juge *Humphrey Lloyd QC* refusait l'existence d'une obligation implicite de bonne foi mais donnait des indications sur le contenu d'une telle obligation. En l'espèce, les parties étaient entrées en négociation. Le contrat de négociation prévoyait qu'*Alstom* pourrait rompre les négociations si le projet était économiquement non viable. Le juge décidait que « si, contrairement à la conclusion à laquelle j'ai abouti, l'accord imposait une obligation ou était sujet à une obligation de bonne foi, il serait nécessaire d'analyser les faits pour déterminer si les difficultés suggérées par *Alstom* auraient rendu impossible la poursuite et qu'ainsi sa rupture des pourparlers n'aurait pas eu pour effet de priver *Mr Abballe* de quoi que ce soit de tangible ou d'une perte de chance[383]. « Il apparaissait ainsi (comme on aurait pu le prévoir) que ce projet n'aurait pas pu prospérer à moins que le financement nécessaire soit sécurisé et couvert par des crédits d'export »[384]. « Dès lors la référence dans la clause 2 à 'd'autres investisseurs' caractérise non seulement le fait que des domaines d'incertitude devaient être résolus avant que le contrat de consortium puisse être conclu mais également que la mise en place du projet et la clause 2 dépendait de la participation d'autres investisseurs ».

---

[381] Ibid. &41: "*it cannot be said that there was any neglect or want of bona fides on the part of the plaintiffs. It was simply a case that the parties could not reach consensus and thus negotiations terminated. Such engagement as did take place between the plaintiffs and third parties could not constitute a breach of the purported duty to negotiate in good faith, even if it were the case that such duty was deemed to be enforceable and interpreted in the most generous conceivable terms*".

[382] Ibid.: "*Thus the reference in clause 2 to "other investors" is especially significant as indicating not merely areas of uncertainty which had to be resolved before Consortium Agreement could be concluded but also that the implementation of the project and of clause 2 was dependent on others being lined up to participate*"

[383] *Abballe (Trading As G.F.A) v. Alstom Uk Ltd* [2000] EWHC Technology 122: "*If, contrary to the conclusions that I have reached, the agreement imposed an obligation to proceed or was subject to the obligations of good faith it would be necessary to investigate the facts to see whether the difficulties suggested by Alstom would have made it impossible to proceed so that its withdrawal could not be said to deprived Mr Abballe of anything tangible or even the loss of a chance*"

[384] Ibid.: "*It appeared therefore (as one might have expected) that this project would and could not have gone forward unless the necessary finance had been secured and backed by export credits*"

107. L'arrêt *Emagine Films v. Mr Smith* révèle la difficulté d'imposer une obligation de bonne foi. Pour le juge, « la position prise par les parties dans cet arrêt quant au résultat de la négociation constitue un bon exemple du raisonnement qui conduit à refuser de donner une force obligatoire à un engagement de négocier de bonne foi. L'argument de M. Smith est qu'il pouvait mettre fin aux négociations puisque celles-ci avaient atteint une impasse. Selon Emagine, M. Smith aurait dû continuer à négocier car l'accord était à portée de vue. Cela montre précisément la difficulté relevée par *Lord Ackner* dans l'arrêt *Walford v. Miles* : puisque chaque partie peut poursuivre son propre intérêt pendant la négociation, comment M. Smith pouvait-il déterminer le point à partir duquel il pouvait considérer que la négociation avait échoué et qu'il pouvait mettre fin aux négociations ? » [385].

108. En revanche, dans l'arrêt *Rosalina v. New Balance*[386], Le juge *Mrs Justice May* reconnaissait la validité de l'obligation expresse de bonne foi en s'appuyant sur l'arrêt *Petromec*. Elle décidait que « l'obligation de négocier n'était pas illimitée ; elle durait seulement jusqu'à ce que l'accord de 2012 expire et éventuellement 90 jours après. Si tel n'était pas le cas, la clause serait nulle pour incertitude ».

109. Dans l'arrêt *Knatchbull-Hugessen v. SISU Capital*[387], le juge *Legatt* décidait que « nonobstant la décision de la *House of Lords* dans l'arrêt *Walford v. Miles*, il est désormais généralement accepté qu'un tel contrat puisse imposer à une ou aux deux parties de conduire les négociations de bonne foi, voir par exemple *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (No 3)* [2005] EWCA Civ 891, [2006] 1 Lloyd's Rep

---

[385] *Emagine Films Ltd v Mister Smith Entertainment Ltd and Another* [2019] EWHC 2085 (Ch) &66: "*The rationale for refusing to enforce a requirement for good faith negotiations is, indeed, exemplified by the position taken by the parties in this case as to the outcome of the negotiations between Mister Smith and the Wongs. Mister Smith's case is that it was entitled to terminate the negotiations since Mr Garrett and Mr Fisher considered, in good faith, that those negotiations had reached an impasse. eMagine's case is that Mister Smith should have continued negotiating with the Wongs because a deal was in sight. This raises precisely the difficulty adverted to by Lord Ackner in Walford v Miles: given that each party was entitled to pursue its own interest in the negotiations, how was Mister Smith to determine the point at which it was entitled to terminate the negotiations as having failed?"*

[386] *Rosalina Investments Ltd & Anor v New Balance Athletic Shoes (UK) Ltd* [2018] EWHC 1014 (QB), §48: "*the duty to negotiate was not open-ended; it lasted only until the 2012 Agreement expired and possibly up to 90 days thereafter. If it were otherwise then the clause would be void for uncertainty*"

[387] Ibid. &27: "*in circumstances where a party has undertaken to conduct negotiations in good faith for a specified period against the background that in the absence of such an agreement there is no legal duty of good faith in negotiation, the clear and unambiguous meaning of the agreement is that the undertaking is limited to the period specified in the contract and does not extend beyond it*"

121 »[388]. Comme dans l'arrêt *Rosalina*, la clause de négociation de bonne foi était stipulée pour une durée limitée et ne s'appliquait donc pas au-delà. Le juge *Legatt* décidait ainsi que « dans des circonstances dans lesquelles une partie a pris l'engagement de conduire des négociations de bonne foi dans le contexte selon lequel en l'absence d'une telle clause il n'existe pas d'obligation légale de bonne foi dans les négociations, la signification claire et non ambiguë de la clause est que l'engagement est limité à la période spécifiée dans le contrat et ne s'étend pas au-delà ». Appliqué aux faits de l'espèce, le juge concluait : « il me semble impossible d'ajouter dans le contrat une obligation implicite selon laquelle le défendeur devait conduire des négociations avec *SISU* de bonne foi après l'expiration de la période d'exclusivité » [389].

110. Dans l'arrêt *Rosalina Investments Ltd & Anor v New Balance Athletic Shoes (UK) Ltd*[390], le juge précisait que « s'il est peut-être désormais généralement accepté qu'un tel contrat puisse imposer à une ou aux deux parties de conduire les négociations de bonne foi […], la validité d'une telle clause dépendra de la question de savoir si le tribunal est satisfait du fait que les objections traditionnelles à de telles clauses identifiées par *Longmore LJ* dans l'arrêt *Petromec* at [116] n'existent pas ».

111. Dans l'arrêt *Chilli v. The Commission of New Towns*[391], Chilli a négocié pour l'achat d'un terrain par une entreprise à une collectivité. Les parties ont conclu un *lock-out agreement* comprenant une obligation de négocier de bonne foi selon laquelle « chaque partie doit à l'autre une obligation de bonne foi ». Le juge acceptait la validité de cette clause et décidait que la négociation a eu lieu de bonne foi. Les parties avaient conclu un *lock-out agreement*. Chilli s'était mis à la recherche d'un

---

[388] *Knatchbull -Hugessen & Ors v SISU Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 (Mercantile), &23: "Notwithstanding the decision of the *House of Lords in* Walford v Miles [1992] 2 AC 128, it is also now generally accepted that such a contract may impose an obligation on one or both parties to conduct negotiations in good faith, see eg *Taylor v Burton & Anor* [2015] EWCA Civ *142* Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (No 3) [2005] EWCA Civ 891, [2006] 1 Lloyd's Rep 121"

[389] Ibid., §26: "*It seems to me impossible to imply into that agreement an undertaking by the Charity to conduct negotiations with SISU in good faith after the end of the Exclusivity Period*"

[390] *Rosalina Investments Ltd & Anor v New Balance Athletic Shoes (UK) Ltd* [2018] EWHC 1014 (QB), &50: "*Whilst it may now be "generally accepted that [a contract] may impose an obligation on one or both parties to conduct negotiations in good faith*" (per Leggatt J (as he then was) in *Trustees of Edward Higgs Charity v SISU Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 at [23]), the validity of such a provision will depend upon the court being satisfied that the traditional objections to such clauses identified by Longmore LJ in *Petromec* at [116] do not arise: see the discussion in the judgment of Toulson LJ in *Bee Load* at [94-95]"

[391] « *Each owes the other a duty of good faith* »

partenaire et avait identifié Esh. Les parties ont continué la négociation. Chilli a demandé une extension de l'exclusivité de négociation. EP a accepté tout en indiquant qu'il n'accepterait pas d'autre partenaire que Esh. Or, Esh s'est désengagé du projet. Le juge *Mr Justice Jack* décidait que « je suis convaincu par les preuves que j'ai entendues et les documents que j'ai lus que EP et TVR ont négocié avec Chilli de bonne foi, c'est-à-dire, pourvu que Chilli respecte leurs attentes, ils souhaitaient conclure avec Chilli. Ils n'étaient pas certains que Chilli en serait capable, certains individus ayant plus de doutes que d'autres. Malgré ces doutes, il y avait de la bonne volonté envers Chilli. C'est la raison pour laquelle EP souhaitait conclure un accord d'exclusivité de négociation et étendre les deadlines qui n'étaient pas remplies. En février 2005, Chilli a été accepté comme développeur préféré. Ce n'est qu'après l'échec du projet de joint-venture avec Esh qu'EP a mis fin aux négociations »[392]. Le juge concluait que « l'argument principal de l'action menée contre EP et TVR était d'un comportement anormal, c'est-à-dire qu'ils avaient conduit Chilli à penser qu'il avait de réelles chances de devenir le développeur alors qu'il n'y avait aucune chance car les négociations étaient une simulation. Cette allégation n'est pas supportée par les preuves »[393].

112. Dans l'arrêt *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corpn*[394], le juge *Leggatt J* militait pour la reconnaissance d'une obligation implicite de bonne foi au stade de l'exécution des contrats. Il rappelait que « la vision générale des commentateurs est que le droit anglais des contrats ne reconnaît aucun principe général de bonne foi » et concluait que « l'hostilité anglaise traditionnelle envers une doctrine de bonne foi dans

---

[392] *Chilli Developments Ltd v The Commission for the New Towns (Known as English Partnerships) & Anor* [2008] EWHC 1310 (QB), &29: "*I am satisfied by the evidence I heard and the documents that I have read that EP and TVR negotiated with Chilli in good faith, that is to say, provided Chilli could meet their requirements they were willing that EP enter a development agreement with Chilli. They were not confident that Chilli would be able to do so, and some individuals were more doubtful that others, but they were willing to give Chilli the chance. Despite the doubts, there was goodwill towards Chilli. That was why EP was willing to enter the lock-out agreements and to extend the deadlines when they were not met. In February 2005 Chilli was accepted as EP's preferred developer. It was only after the failure of the proposed joint venture with Esh supported by the Yorkshire Bank, that EP called a halt*"

[393] Ibid., &47: "*The main allegation made in this action against EP and TVR and so also against their representatives was of serious misconduct, namely that together they had led Chilli along to believe that it had a real chance of entering a development agreement with EP when there was no chance because the negotiations were a sham. That allegation was not supported by the documentary evidence*"

[394] *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corpn* [2013] EWHC 111, at [120]-[153]: *"[T]he general view among commentators appears to be that in English contract law there is no legal principle of good faith of general application"; "the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced*"

l'exécution des contrats, dans la mesure où elle demeure, est déplacée ». Le juge décidait qu'en « droit anglais une obligation de bonne foi peut être reconnue dans certaines catégories de contrats, par exemple les contrats de travail et les contrats entre partenaires ou d'autres dont la relation est considérée comme fiduciaire … il ne semble pas y avoir de difficulté, suivant la méthodologie établie du droit anglais pour l'implication de termes, pour reconnaître une telle obligation dans des contrats commerciaux ordinaires se basant sur l'intention présumée des parties »[395]. *Legatt J* ajoutait que « Ce que requiert la bonne foi dépend du contexte […] De nombreux contrats … impliquent une relation de long terme entre des parties qui s'impliquent de manière substantielle. De tels contrats 'relationnels', comme on les appelle parfois, peuvent nécessiter un grand degré de communication, coopération et une exécution prévisible basée sur une confiance mutuelle et impliquent une obligation de loyauté qui n'est pas prévue dans les termes du contrat mais est implicite à l'engagement des parties et lui donne une efficacité économique. Des exemples de tels contrats sont les contrats de joint-venture, de franchise ou des contrats de distribution de long terme »[396]. Il ajoutait : « Bien que ses exigences dépendent du contexte, le test de bonne foi est objectif en ce sens qu'il ne dépend pas de la perception par une partie du comportement mais de la question de savoir si dans ce contexte particulier le comportement serait regardé comme commercialement inacceptable par des personnes raisonnables et honnêtes »[397].

---

[395] Ibid. at [131]: "*Under English law a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract, for example contracts of employment and contracts between partners or others whose relationship is characterised as a fiduciary one. … there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties".*

[396] Ibid., "[141] *What good faith requires is sensitive to context …[142] … many contracts … involve a longer term relationship between the parties which they make a substantial commitment. Such "relational" contracts, as they are sometimes called, may require a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements. Examples of such relational contracts might include some joint venture agreements, franchise agreements and long term distributorship agreements …*"

[397] Ibid., "[144] *Although its requirements are sensitive to context, the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party's perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people. The standard is thus similar to that described by Lord Nicholls in a different context in his seminal speech in Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 2 AC 378 at pp.389-390. *This follows from the fact that the content of the duty of good faith is established by a process of construction which in English law is based on an objective principle. The court is concerned not with the subjective intentions of the parties but with their presumed intention, which is ascertained by attributing to them the purposes and values which reasonable people in their situation would have had.*"

Si l'on exclut les doutes des juges anglais sur la validité d'une *agreement to agree* ou d'une obligation de bonne foi, les tribunaux anglais acceptent largement la validité des *collateral contracts*.

## II- LA VALIDITE DE PRINCIPE DES COLLATERAL CONTRACTS

Le *common law* accepte les *collateral contracts* en vue de créer des obligations (A) ou de réduire la valeur contractuelle des négociations (B).

### A- La reconnaissance des *collateral contracts*

Les parties peuvent, comme en droit français, stipuler plusieurs obligations précontractuelles, qu'elles concernent par exemple les frais précontractuels (1), une exclusivité de négociation (2), ou une obligation de *best endeavours* (3).

#### 1) Le *collateral contract* relatif aux frais précontractuels

113. Un contrat peut organiser la négociation et prévoir le remboursement des frais engagés par l'une des parties. Dans l'arrêt *Knatchbull-Hugessen v. SISU Capital*[398], les demandeurs étaient les *trustees* d'un club de football. Ils ont contacté SISU pour que celui-ci l'aide à faire face à des difficultés financières en rachetant 50% du stade. Ils ont conclu un avant-contrat de négociation prévoyant pour une durée limitée une obligation d'exclusivité, une obligation de négocier de bonne foi et le remboursement des frais des *trustees* pour un montant maximal de £29.000. Suite à l'expiration de l'exclusivité, les *trustees* ont renégocié leur dette et remboursé celle-ci. Ils ont mis fin aux négociations avec SISU et demandé le remboursement de leurs frais pour £29.000. SISU a demandé le remboursement de ses frais de £290.000 sur le fondement de la violation de l'obligation de bonne foi. Le juge reconnaissait la validité de l'avant-contrat relatif au remboursement des frais des *trustees*. Les *trustees* avaient donc droit au remboursement de leurs frais même s'ils étaient à l'origine de la rupture des

[398] *Knatchbull -Hugessen & Ors v Sisu Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 (Mercantile), &23: "*Such a contract may also confer a right to recover from the other party costs and expenses incurred in negotiations which prove abortive*"

négociations. SISU n'avait droit à rien. L'obligation de remboursement des frais n'était stipulée qu'au bénéfice des *trustees*. Le juge *M. Justice Legatt* déclarait ainsi que les parties peuvent conclure un contrat qui va réguler leur relation. « Un tel contrat peut aussi conférer un droit au remboursement par l'autre partie de coûts et dépenses engagés dans la négociation qui a échoué ». De même, dans l'arrêt *Radiant Shipping Co. Ltd v. Sea Containers Ltd*[399], Sea Containers Ltd négociait avec Radiant Shipping Co. Ltd pour la vente d'une société. Le contrat comportait une clause aux termes de laquelle si Sea Containers mettait fin aux négociations, il indemniserait les frais précontractuels engagés par Radiant Shipping. Dans cet arrêt, la *Queen's Bench* réaffirmait la validité d'une clause de remboursement de frais précontractuels.

Une clause peut également prévoir l'absence de remboursement des frais précontractuels. Ainsi, dans l'arrêt *The Lisheen Mine v. Mullock*[400], Lisheen avait émis un appel d'offre pour sélectionner un contractant. L'appel d'offre contenait la clause suivante : « Lisheen envisage de conclure un contrat d'un an pour le transport maritime de concentrés de zinc et de plomb sur des trajets définis. Lisheen se réserve le droit de refuser certaines ou l'ensemble des propositions. Lisheen ne sera pas responsable des coûts engagés dans la réponse à l'appel d'offre ».

Outre l'accord de remboursement des frais précontractuels, les parties peuvent s'entendre sur une obligation d'exclusivité de négociation.

### 2) L'accord d'exclusivité de négociation

114. La validité d'un contrat d'exclusivité de négociation a été rappelée par l'arrêt *Walford v. Miles*[401]. Dans cet arrêt, *Lord Ackner* décidait qu'il « n'existe aucune raison

---

[399] *Radiant Shipping Co. Ltd v. Sea Containers Ltd* [1995] C.L.C. 976. Voir aussi *Hellmuth Obata & Kassabaum Inc. (t/a Hok Sport) v King*, 2000 WL 1480187 pour un accord de remboursement de frais précontractuels sous forme d'un *implied collateral contract*.

[400] *The Lisheen Mine v. Mullock & Sons (Shipbrokers) Ltd & ors* [2015] IEHC 50, §17: "*Lisheen intends to issue a one year contract for the ocean freight of zinc and lead concentrates on selected routes. Lisheen reserves the right to reject any and all proposals. Lisheen shall not be liable for any costs incurred in the submission of a proposal"*

[401] *Walford* v *Miles* [1992] 2 AC 128, p. 139: « *There is clearly no reason in the English contract law why A, for good consideration, should not achieve an enforceable agreement whereby B agrees for a specified period of time, not to negotiate with anyone except A in relation to the sale of his property. There are often good commercial reasons why A should desire to obtain such an agreement from B. B's property, which A*

en droit anglais pour laquelle une partie, pour une bonne *consideration*, ne pourrait pas conclure un accord valable selon lequel B accepte pour une période déterminée de ne pas négocier avec un tiers la vente de sa propriété. Il existe souvent de bonnes raisons commerciales pour lesquelles A désirerait un tel engagement de B. La propriété de B, qu'A envisage d'acquérir, peut nécessiter d'engager des frais financiers et de temps non négligeables avant qu'A soit en position de déterminer ce qu'il est prêt à offrir pour son acquisition. A pourrait considérer qu'il n'est pas prêt à prendre le risque de dépenser ce temps et cet argent à moins qu'il ait une espérance suffisante, s'il désire acquérir ce bien, non seulement que B soit toujours propriétaire, mais également prêt à prendre son offre en considération. A peut vouloir de prémunir contre le risque que, pendant qu'il évalue l'opportunité de faire une offre pour acquérir la propriété de B, B l'ait déjà vendu ou, alternativement, soit tellement avancé dans les négociations avec un tiers qu'il ne souhaite plus, ou ne puisse plus, négocier avec A. Mais j'insiste sur le fait que c'est un accord négatif. B, en acceptant de ne pas négocier pour une période définie avec un tiers, s'enferme hors d'autres négociations. Il ne s'est pas engagé légalement à négocier avec A. Ce que A a obtenu, c'est une opportunité exclusive, pendant une période déterminée, d'essayer d'aboutir avec B, une opportunité pour laquelle, à moins qu'il conclue cet agreement sous forme d'un *deed,* il doit fournir une *consideration ».* Toutefois, dans cette affaire, *Lord Ackner* a considéré que cet accord n'était pas valable car il manquait une caractéristique basique d'un *lock-out agreement*, c'est-à-dire la durée d'exclusivité. Le contrat n'était donc pas valable pour *uncertainty.*

---

*contemplates purchasing, may be such as to require the expenditure of not inconsiderable time and money before A is in a position to assess what he is prepared to offer for its purchase or whether he wishes to make any offer at all. A may well consider that he is not prepared to run the risk of expending such time and money unless there is a worthwhile prospect, should he desire to make an offer to purchase, of B, not only then still owning the property, but of being prepared to consider his offer. A may wish to guard against the risk that, while he is investigating the wisdom of offering to buy B's property, B may have already disposed of it or, alternatively, may be so advanced in negotiations with a third party as to be unwilling, or for all practical purposes unable, to negotiate with A. But I stress that this is a negative agreement – B by agreeing not to negotiation for a fixed period with a third party, locks himself out of such negotiations. He has in no legal sense locked himself into negotiations with A. What A has achieved is an exclusive opportunity, for a fixed period, to try and come to terms with B, an opportunity for which he has, unless he makes his agreement under seal, to give good consideration. I therefore cannot accept [Walford's counsel's] proposition, which was the essential reason for his amending paragraph 5 of the statement of claim by the addition of the implied term, that without a positive obligation on B to negotiate with A, the lock-out agreement would be futile*."

115. Dans l'arrêt *Pitt v. PHH Asset Management Limited*[402], la *Court of appeal* a donné valeur à un engagement d'exclusivité de négociation par lequel le vendeur s'engageait à vendre sa propriété au demandeur pour £200.000 et s'engageait à ne considérer aucune autre offre pour une durée de deux semaines à compter de la réception du projet de contrat. Dans l'arrêt *Triatic Limited v. The County Council of the County of Cork*[403], le juge *Miss Justice Laffoy* validait une clause d'exclusivité et refusait la responsabilité du défendeur. Ce dernier n'avait en effet négocié qu'avec le demandeur pendant la période d'exclusivité.

116. Dans l'arrêt *Kwik Save Store v. Stockton*[404], la ville de Stockton a exproprié un centre commercial pour le redévelopper, comprenant notamment un magasin Kwik Stores. Elle a demandé au développeur du site de négocier avec Kwik leur réinstallation. Les négociations entre le développeur et Kwik n'ont pas abouti et le développeur a finalement signé avec LIDL. Une des défenses de Kwik était que le développeur était entré en négociation avec LIDL. Toutefois, le juge décidait qu'il n'y avait pas de faute. Kwik et le développeur avaient un contrat de négociation de 3 mois à compter du 20 janvier 2000 et, à l'issue de ce délai, le développeur retrouvait sa liberté et pouvait sans commettre une faute entamer des négociations avec un tiers. Le juge *Frics* décidait que « Mr Danby continua à mettre en garde le développeur sur les problèmes éventuels liés au fait de traiter avec un tiers après le 21 avril 2000, mais à mes yeux il n'avait pas à s'inquiéter après cette date, puisqu'à partir de ce moment le développeur était libre de conclure avec LIDL, ou avec toute autre partie qui aurait exprimé un intérêt ».

---

[402] *Pitt v. PHH Asset Management Limited* [1993] 4 All ER 961

[403] *Triatic Limited v. Cork County Council* [2006] IEHC 111: "*I am prepared to find that between March, 1995 and November, 1996 there was a contractual relationship between the defendant and the plaintiff created by the letter of 10th March, 1995 and the subsequent extensions of the exclusivity period. That agreement was in the nature of what Lord Ackner described as a "lock-out" agreement. What the plaintiff achieved under it was an exclusive opportunity for the extended period to submit a comprehensive development proposal for Fort Camden. The defendant complied with its obligations under that agreement. It dealt exclusively with the plaintiff in relation to the development of Fort Camden up to the expiry of the exclusivity period. It accepted and considered the development proposal presented to it by the plaintiff. In my view, on the evidence, it did so in a bona fide manner*"

[404] *Kwik Save Stores Ltd v Stockton On Tees Borough Council* [2004] EWLands ACQ_132_2002: "*Mr Danby did continue to warn the developer about potential problems of treating with another party after 21 April 2000, but in my view he need have no concerns beyond that date, as by then the developer was free to conclude terms with Lidl, or any other party that had expressed interest*"

Les parties à la négociation peuvent donc prévoir une obligation d'exclusivité de négociation. Elles peuvent également contracter une obligation de *best endeavours*.

### 3) L'obligation de *best endeavours*

117. La réticence du droit anglais à accepter la validité des clauses de bonne foi peut être relativisée par l'acceptation de clauses de *best endeavours*.

Dans l'arrêt *R&D Construction v. Hallam*[405], Hallam avait conclu un contrat avec option d'achat du terrain de Mrs Kerr. Il a conclu un contrat avec R&D pour lui revendre ce terrain sous la condition suivante : « le vendeur [Hallam] acceptant un prix d'achat pour les biens objets du contrat avec le propriétaire actuel à un prix globalement acceptable pour le vendeur (le vendeur ayant une obligation de *best endeavours* à cet égard) ». Le demandeur affirmait que la clause était *unenforceable*. *Lord Hodge* rejetait toutefois cet argument et décidait qu'il ne considèrait pas que cette clause est inapplicable comme constituant un *agreement to agree*. Il jugeait que « si les tribunaux sont prêts à réguler une obligation de *best endeavours* d'obtenir un permis de construire ou une licence d'exportation, comme le suggère *Lord Ackner* dans l'arrêt *Walford v. Miles*, ou d'utiliser leurs *best endeavours* pour sécuriser un permis de construire avec les autorités locales (*Yewbelle Ltd* v *London Green Developments Ltd* [2008] 1 P & CR 17 (CA), ils devraient pouvoir réguler la négociation d'un prix dès lors que l'objet de la négociation peut être déterminé objectivement »[406]. Il ajoutait que « c'est correct, comme *Mr Borland* le soutient, qu'un 'prix globalement acceptable' est un critère subjectif mais cela ne signifie pas que le tribunal ne peut pas le déterminer à partir des preuves fournies […] Je ne pense pas que la nature subjective de l'objet de l'*endeavour* crée une incertitude légale. C'est

[405] "*the Seller [Hallam] agreeing a purchase price for the Subjects with the current proprietor in terms wholly acceptable to the Seller (the Seller being required to use all reasonable endeavours in this regard)*"

[406] *R & D Construction Group Ltd v. Hallam Land Management Ltd* [2009] ScotCS CSOH_128, &46: "*If the courts are prepared to police an obligation to use reasonable endeavours to obtain a planning permission or an export licence, as Lord Ackner suggested in Walford v Miles, or to use all reasonable endeavours to secure a planning agreement with a local authority (Yewbelle Ltd v London Green Developments* Ltd [2008] 1 P & CR 17 (CA)*), the court should be able to police the negotiation of a price so long as the object of the negotiations can be objectively ascertained. See also IBM United Kingdom Ltd v Rockware Glass Ltd* (1980) FSR 335"

une question de fait »[407]. Sur les faits de l'espèce, Mrs Kerr refusait le prix proposé par Hallam que R&D aurait accepté. Mrs Kerr aurait accepté une proposition plus élevée. R&D prétendait qu'il aurait pu lui aussi augmenter son prix d'achat mais n'avait pas pris d'engagement de le faire. Le juge décidait sur cette base que « R&D n'a pas prouvé que l'évaluation de £606,000 que Mrs Kerr était prête à accepter le 2 mars 2004 constituait un prix qui était globalement acceptable par Hallam sans une assurance qu'R&D réhausserait son offre d'achat […] Par conséquent je pense qu'Hallam n'a pas manqué à son obligation de *reasonable endeavours* de s'engager à un tel prix avec Mrs Kerr »[408].

118. Les parties peuvent donc stipuler des obligations pendant la négociation au moyen d'un *collateral contract*. Elles peuvent de la même manière nier toute valeur contractuelle à leur négociation au moyen d'une clause « *subject to contract* ».

## B- La valeur d'une clause *subject to contract*

Les parties peuvent, au moyen d'une clause « *subject to contract* », s'entendre sur le fait que le contrat en cours de négociation n'aura pas de force obligatoire tant qu'elles ne se seront pas formellement entendues et que la négociation ne sera pas achevée (1). Cette clause ne crée toutefois pas une présomption irréfragable (2).

### 1) L'effet d'une clause « *subject to contract* »

119. Le principe de l'absence de valeur contractuelle d'un accord *subject to contract* a été affirmé dans l'arrêt *Winn v. Bull*[409]. Dans cette affaire, un contrat de bail

---

[407] Ibid. "*It is correct, as Mr Borland submitted, that the "wholly acceptable" price is a subjective criterion but that does not mean that the court cannot ascertain it if there is evidence from which it may be inferred. […] I do not think that the subjective nature of the object of the endeavours creates legal uncertainty. It is a question of fact*"

[408] Ibid. §76: *« R&D have not proved on balance of probabilities that the valuation of £606,000 which Mrs Kerr was prepared to accept on 2 March 2004 gave rise to a price which was wholly acceptable to Hallam without some further reassurance than that which R&D gave during the period before Homepark's offer altered Mrs Kerr's expectations […] As a result I am also satisfied that Hallam did not fail to use all reasonable endeavours to agree such a price with Mrs Kerr.*"

[409] *Winn v Bull* (1877-78) L.R. 7 Ch. D. 29, *per* Jessel M.R. at p. 32: "*where you have a proposal or agreement made in writing expressed to be subject to a formal contract being prepared, it means what it says; it is subject to and is dependent upon a formal contract being prepared. When it is not expressly stated to be subject to a formal contract it becomes a question of construction, whether the parties intended that the terms agreed on*

avait été conclu entre *Winn* et *Bull*. Il prévoyait l'ensemble des conditions du contrat, *« subject to contract »*. Le tribunal refusa de donner effet à cet accord. Selon le juge *Jessel M.R.*, « lorsqu'une proposition ou un accord est réalisé par écrit et mentionne qu'il est fait sous réserve de la préparation d'un format formel, cela signifie ce que cela dit ; il est conclu sous réserve et dépend de la préparation d'un contrat formel. Quand il n'est pas expressément écrit que l'accord dépend d'un contrat formel, c'est alors une question d'interprétation pour les juges de savoir si les parties avaient l'intention que leur accord soit simplement mis en forme dans ce document subséquent, ou au contraire que leur accord dépendait de ce futur contrat formel dont les termes ne sont pas encore définis ».

La situation est différente selon que cette clause est expresse (a) ou tacite (b).

**a) La valeur d'une clause expresse « subject to contract »**

120. L'arrêt *L&R v. TBI, Lord Mummery* confirmait que l'effet de l'expression « *subject to contract* est que les parties ont nié toute intention à ce stade de conclure un contrat » [410]. Une position confirmée par l'arrêt *London & Regional Investments Ltd. v. TBI Plc & Anor*[411]. De même, le juge estimait dans l'arrêt *Astra Asset Management UK Ltd v The Co-Operative Bank Plc* que « négocier sur une base '*subject to contract*' nie l'intention contractuelle et l'acceptation d'une offre '*subject to contract*' ne peut pas former un contrat »[412].

---

*should merely be put into form, or whether they should be subject to a new agreement the terms of which are not expressed in detail"*. Voir aussi *Coope v Ridout* [1921] 1 Ch. 291; *Chillingworth v Esche* [1924] 1 Ch. 97; *Eccles v Bryant* [1948] Ch. 93; *Jarvis Interiors Ltd v Galliard Homes Ltd* [2000] C.L.C. 411

[410] *London & Regional Investments Ltd. v TBI Plc & Anor* [2002] EWCA Civ 355, §38: "*The contract claims have no real prospects of success. The clear effect of the expression "subject to contract" in the agreed note of joint venture is that the parties negatived any intention at that stage to conclude a binding contract in respect of the joint venture; it remained subject to and dependent upon the preparation of a formal contract: Winn v. Bull* (1887) 7 Ch D 29 at p. 32"

[411] Ibid., §40 "*the parties clearly did not intend at that stage to enter into a legally binding agreement for a joint venture*"

[412] *Astra Asset Management UK Ltd v The Co-Operative Bank Plc* [2019] EWHC 897 (Comm) (10 April 2019) (High court) &76: "dealing on a "subject to contract" basis negates contractual intention, and that an offer "subject to contract" is incapable of being accepted to conclude a contract".

121. Dans l'arrêt *Taylor v. Burton*, le juge *Sir Colin Rimer* décidait que le principe « *subject to contract* » demeure valable et il signifie que chacune des parties, à tout moment avant la conclusion du contrat, peut mettre fin aux négociations[413]. Dans l'arrêt *Benesco v. Kanj*[414], le juge *Peter Smith* confirmait que si les négociations sont *subject to contract*, chacune des parties peut rompre les négociations. De même, dans l'arrêt *African Export v. Shebah*[415], African et Shebah ont eu un litige sur le paiement de £150 millions. Shebah avait un *counterclaim* de £1million. African et Shebah ont négocié pour résoudre le litige et African a écrit que la proposition était inacceptable. Le juge *Sir Justice Longmore* reconnaissait que les négociations étaient *subject to contract* et qu'elles avaient été rompues sans responsabilité. Dans l'arrêt *The Junior K[416]*, le juge *Steyn J.* décidait que « dans des négociations les parties sont libres de stipuler qu'aucun contrat ne sera formé, malgré l'accord sur tous les termes essentiels, tant que l'accord ne sera pas atteint sur des conditions détaillées non encore négociées. Et le droit devrait respecter une telle stipulation de négociations commerciales ».

122. L'existence d'une clause *subject to contract* crée une présomption forte d'absence de contrat. Dans l'arrêt *Gontier*, *Lindsay J.* déclarait que « l'usage de la phrase '*subject to contract*' est tellement répandu en matière de vente immobilière que son effet doit être présumé connu entre les parties ». Dans l'arrêt *Spring Finance v. HS*

---

[413] *Taylor v Burton & Anor* [2015] EWCA Civ 142, &35: "*the 'subject to contract' principle nevertheless remained applicable, and it meant that it was open to either side, at any time before the entry into such a formal contract, to withdraw from the negotiations for the deed*" ; &38, les parties "*were still negotiating on a 'subject to contract' basis and were, therefore, each free at any time to withdraw from their negotiation*"

[414] *Benesco Charity Ltd v Kanj & Anor* [2011] EWHC 3415 (Ch), &13 déclarait que "*If there were negotiations entered into subject to contract then either party is entitled to withdraw from these negotiations*"

[415] *African Export-Import Bank and others v Shebah Exploration & Production Company Ltd and others* [2017] EWCA Civ 845, &40 *"It is not alleged that the claimants were bound to make an agreement with Zenith; moreover Mr Gillis accepted before the judge and before us that the discussions with Zenith must be treated as being subject to contract. In these circumstances either Zenith or the claimants (or, indeed, the defendants) could withdraw from the negotiations at any time*"

[416] *The Junior K* case [1988] 2 Lloyds Reports 583, p. 585: "*The correct approach to that question is to ask how a reasonable man, versed in the chartering business, would have construed those words. […] if there has been a complete and unqualified acceptance of an offer, prima facie a contract comes into existence even if the parties intend to reduce the agreement to writing. On the other hand, in negotiations parties are free to stipulate that no binding contract shall come into existence, despite agreement on all essentials, until agreement is reached on yet unmentioned and unconsidered detailed provisions. And the law should respect such a stipulation in commercial negotiations. That seems to me to be exactly what happened in this case. […] By the expression "Subject to details of the Gencon charterparty" the owners made clear that they did not wish to commit themselves contractually until negotiations had taken place about the details of the charter- party"*

*Real*[417], le juge *Mackie QC* décidait que « la signification de l'expression '*subject to contract*' dans ce contexte était évidente pour toutes les parties concernées. Elles étaient au courant que le *memorandum of understanding* signé n'entraînait aucune conséquence légale »[418]. Dans l'arrêt *Secretary of State for Transport v Christos*, le juge *Mummery* décidait que « comme tout le monde, y compris M. Christos lui-même, le sait, cette expression, lorsqu'elle est utilisée dans le contexte d'une vente immobilière, signifie que, bien que les parties soient tombées d'accord, aucun engagement juridique n'existe tant que l'échange formel d'un contrat écrit n'a pas eu lieu »[419]. Comme le rappelle l'arrêt *Joanne Properties Ltd v Moneything Capital Ltd & Anor*, « ce principe n'est pas limité aux contrats de vente d'un bien immobilier »[420]. Par exemple, l'arrêt *Goodwood Investments Holdings Inc v Thyssenkrupp Industrial Solutions AG*[421] l'appliquait à un contrat de construction d'un bateau.

123. *Lord Denning* résume l'importance des clauses « *subject to contract* » dans l'arrêt *Tiverton Estates Ltd v Wearwell*. Comme il le rappelle, « c'est une pratique journalière pour un *solicitor*, auquel on demande de rédiger un acte de vente immobilière, de commencer sa correspondance par un courrier « *subject to contract* » définissant les termes de la vente ou contenant un projet de contrat. Il le fait avec la confiance que cela protègera son client. La raison est que, depuis plus de 100 ans, les tribunaux ont décidé que l'effet des mots « *subject to contract* » était que la question restait en négociation jusqu'à ce qu'un contrat formel soit conclu »[422].

---

[417] *Gonthier & Anor v Orange Contract Scaffolding Ltd*. [2003] EWCA Civ 873, §41: *"I add that so familiar is the use of the phrase "subject to contract" in the conveyancing context that its effect is, without proof, to be taken to be known to the parties"*

[418] *Spring Finance Ltd v HS Real Company LLC* [2011] EWHC 57 (Comm), &55: "*the meaning of Subject to Contract in the context of this case was blindingly obvious to all concerned. They were well aware that the signed MOU did not give rise to any legal consequence*"

[419] *Secretary of State for Transport v Christos* [2003] EWCA Civ 1073 per Mummery LJ at [34]: *"As everybody, including Mr Christos himself, knows, that expression, when used in relation to the sale of land, means that, although the parties have reached an agreement, no legally binding contract comes into existence until the exchange of formal written contracts takes place."*

[420] *Joanne Properties Ltd v Moneything Capital Ltd & Anor* [2020] EWCA Civ 1541 (*Court of Appeal*) &16: *"the principle is not confined to contracts for the sale of land"*.

[421] *Goodwood Investments Holdings Inc v Thyssenkrupp Industrial Solutions AG* [2018] EWHC 1056 (Comm)

[422] *Tiverton Estates Ltd v Wearwell* [1975] Ch 146, per Lord Denning MR at 159: "It is everyday practice for a solicitor, who is instructed in a sale of land, to start the correspondence with a letter "subject to contract" setting out the terms or enclosing a draft. He does it in the confidence that it protects his client. It means that the client is not bound by what has taken place in conversation. The reason is that, for over a hundred years, the courts have held that the effect of the words "subject to contract" is that the matter remains in negotiation until a formal contract is executed."

La validité des clauses « *subject to contract* » est donc largement reconnue par le droit anglais. La question se pose de savoir si un juge pourrait estimer que les parties se sont tacitement engagées à ce que leur négociation soit « *subject to contract* ».

**b) La reconnaissance d'une négociation « *subject to contract* » tacite**

124. L'existence d'une clause *subject to contract* n'est pas toujours nécessaire. Dans l'arrêt *Cobbe v. Yeomans*[423], *Mr Justice Etherton* reconnaissait qu'un contrat pouvait être *subject to contract* de manière tacite. Selon le juge, « bien que le second accord n'ait jamais été intitulé expressément '*subject to contract*' par l'utilisation de cette expression ou de paroles ayant le même effet, ni *Mr Cobbe* ni *Mrs Lisle-Mainwaring* ne pensaient que le second accord était légalement obligatoire. Tous deux pensaient qu'un accord légalement obligatoire ne naîtrait que lorsque le permis serait accordé et que les avocats auraient rédigé un accord formel ».

125. Dans l'arrêt *Elleray v. Bourne*[424], Karen Elleray a acheté un mobile home et a accepté dans l'acte définitif de payer £145.000 au vendeur et £14.500 de frais au propriétaire du site. Or, la loi prévoyait qu'en principe les frais étaient déduits du prix de vente et non pas ajoutés. De plus, un accord oral « *subject to contract* » prévoyait un prix de £145.000 sans précision. Le juge refusait de donner valeur à l'accord oral car il est *subject to contract*. C'est donc l'acte définitif qui s'appliquait. Le juge refusait d'interpréter cet acte définitif en prenant en compte les négociations antérieures *subject to contract*. Le juge *Martin Rodger QC* décidait que « lorsqu'une partie fait une offre '*subject to contract*', cela indique qu'elle n'a aucune intention de s'engager dans une relation juridique tant qu'un contrat formel n'a pas été rédigé et exécuté […]. L'addition des mots '*subject to contract*' impose une condition qui empêche les parties d'être engagées par les termes sur lesquels elles se sont entendues

---

[423] *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd & Ors, Rev 1* [2005] EWHC 266 (Ch), &66: "*Although the Second Agreement was never expressly stated to be "subject to contract", either by the use of that expression or language to the same effect, neither Mr Cobbe nor Mrs Lisle-Mainwaring thought the Second Agreement was a legally enforceable contract. Both of them thought that a legally binding contract would only come into existence after planning permission was granted and lawyers were instructed and drew up a formal agreement*"

[424] *Elleray v Bourne & Ors, Re Cummings Hall Lane* (PARK HOMES - SALE ) [2018] UKUT 3 (LC), §70: "*Where a party makes an offer "subject to contract" it indicates that it has no intention to enter into legal relations unless and until a formal contract is drawn up and executed. […] the addition of the words "subject to contract" imposes a condition or reservation which prevents either party becoming bound by the terms which have been agreed until the condition is satisfied*"

jusqu'à ce que la condition soit remplie ». Il ajoutait que « La pratique de la conduite de négociations '*subject to contract*' est presque universelle dans le cadre d'un contrat pour la vente ou l'achat immobilier. Mais les mots auraient le même effet dans le contexte d'autres types de contrats, comme la *Supreme Court* l'a montré clairement dans l'arrêt *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller Gmbh & Company KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, dans lequel il s'agissait d'un contrat de vente de biens. […] Bien qu'un contrat de vente d'un mobile home puisse, en principe, être conclu oralement, en introduisant une condition '*subject to contract*', *Mr Good* a indiqué que ni ses clients ni *Miss Elleray* ne seraient liés jusqu'à ce qu'un contrat formel soit exécuté »[425].

126. Dans l'arrêt *Fraser v. Oystertec*[426], les parties ont négocié un accord pour régler leur litige sur un brevet. Bien qu'elles n'aient pas utilisé ce terme dans leurs échanges, le juge reconnaissait que les négociations étaient *subject to contract*. Le juge déclarait « j'écris 'transaction proposée' car, indépendamment de potentielles incertitudes, tout était '*subject to contract*' ». Il concluait : « Il est clair qu'aucun des avocats des parties n'avait l'impression qu'il y avait déjà une transaction […] Je suis convaincu qu'il y avait aucun accord en Janvier 2001 ou à tout autre moment »[427]. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il donne plusieurs exemples de termes qui expriment le fait que les négociations sont *subject to contract*. Ainsi, le juge relève les déclarations suivantes : Fax de *M. Warburton* à *DLA* : « *I am further instructed that my client reserves his right to withdraw his offers* »[428]. En mars 2001, un fax envoyé par *DLA* à *M. Warburton* qui comprend les phrases suivantes : "*Paul Davidson is now keen to complete the final settlement"*[429]. "*Pending the final settlement being reached*"; "*Once*

---

[425] Ibid., &71: "*The practice of conducting negotiations "subject to contract" is almost universal in relation to contracts for the sale and purchase of interests in land. But the words have the same effect in the context of other types of contract, as the Supreme Court made clear in RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Muller Gmbh & Company KG (UK Production)* [2010] UKSC 14, *which concerned a draft contract for the supply of goods. The FTT appears to have considered that a subject to contract reservation could not prevent the coming into existence of a binding contract for the sale of a chattel (the mobile home) and the assignment of the benefit of a contract (the Agreement). It gave no reason for that view and I am satisfied that it is wrong. Although a contract for the sale of a mobile home and the assignment of a pitch agreement could, in principle, be made orally, by introducing the "subject to contract" condition Mr Good had signified that neither his clients nor Miss Elleray were to be bound until a formal document was executed*"

[426] *Fraser & Anor v. Oystertec and Anor* [2003] EWHC 2787 (Pat), "*I write 'proposed settlement' because, apart from any potential uncertainties, it was all subject to contract*"

[427] Ibid., "*I am entirely satisfied that there was no accord and satisfaction in January 2001 or at any other time*"

[428] Ibid.

[429] Ibid.

*a settlement has been reached*"[430]. *M. Warburton* répondait le 12 mars : « *I confirm that Paul Davidson is now satisfied with the intellectual property position in principle. He would however like to see all the intellectual property being channeled through Polysleeve Products Limited*". *M. Warburton* ajoutait "*I want to see these documents before we finally settle*"[431].

127. Dans l'arrêt *The Lisheen Mine v. Mullock*[432], Lisheen Mine a fait un appel d'offre pour un contrat de transport par bateau. Il fallait un accord cadre et un contrat de transport (*charter party*). Lisheen a sélectionné Mullock et Vertom pour le contrat cadre et a débuté la négociation du contrat de *charter party*. Pendant cette négociation, Lisheen a demandé à Mullock et Vertom de préparer un premier transport. Les parties ne se sont pas entendues sur le bateau à utiliser et Vertom a sélectionné un sous-traitant sans l'accord de Lisheen. Lisheen a rompu les pourparlers. Le juge décidait qu'il n'y avait pas de contrat car : 1) L'accord cadre et le contrat de *charter party* étaient indissociables ; 2) Le contrat de *charter party* (modèle *Gencon*) était « *subject to details* », donc les parties étaient encore en négociation ; 3) Il existait un désaccord essentiel sur le bateau à utiliser (c'est probablement la raison pour laquelle une action pour rupture des pourparlers n'était pas engagée). Dans cet arrêt, le juge *Cregan J.* décidait que « dans cette affaire l'utilisation de l'expression *subject to details* - ou des mots qui avaient la même signification - montre clairement que *Vertom* faisait une offre qui dépendait de l'accord sur les détails. Il est donc clair que tout accord sur cette offre dépendait également de l'accord sur les détails »[433]. Il ajoutait « Il ne fait pas de doute que les parties ont engagé des négociations pour conclure un contrat de *charter party*. Il est clair également que ces négociations n'ont jamais évolué vers un contrat conclu. Les parties reconnaissent qu'aucun contrat de *charter party* n'a été signé. Toutefois, il n'existe aucun autre document qui reflète un

---

[430] Ibid.
[431] Ibid.
[432] Ibid., &156: "*There is no doubt that the parties were engaged in negotiations on a charter- party agreement. It is equally clear however that these negotiations never successfully ripened into a concluded agreement. It is an agreed fact that there is no signed charter- party agreement. However there is no other document which reflects a consensus ad idem between the parties on the major or essential terms of the charter- party agreement. It is simply not there*"
[433] *The Lisheen Mine -v- Mullock & Sons (Shipbrokers) Ltd & ors* [2015] IEHC 50, &142: "*In this case the use of the expression subject to details - or words which effectively mean the same thing - clearly shows that Vertom was making its offer subject to details being agreed. It is clear therefore that any agreement to such offer was also subject to the details being agreed. The details were in fact never agreed*"

consensus *ad idem* entre les parties sur les termes essentiels ou principaux du contrat de *charter party* ».

Le droit anglais admet largement la validité des clauses « *subject to contract* » et décide qu'une telle clause fait présumer que les parties ne donneront de valeur contractuelle au contrat en négociation que lorsqu'elles auront formalisé leur accord. Il est cependant possible d'apporter la preuve contraire et que la négociation crée donc des obligations pour les parties.

### 2) Le caractère réfragable de la présomption

128. La présomption d'absence de valeur contractuelle d'une négociation *subject to contract* n'est pas irréfragable. Dans l'arrêt *David Michael John Taylor v. Burton*[434], le juge *Sir Colin Rimer* rappelait ainsi qu'il « existe toutefois une limite importante au principe, c'est-à-dire qu'il est possible de renoncer à la qualification « *subject to contract* » si les parties ont expressément décidé d'y renoncer, ou y ont renoncé de manière implicite.

L'arrêt *Aisling v Persimmon*[435] confirmait que « même l'adoption d'une telle expression ne conduit pas nécessairement à la conclusion que les parties n'ont pas abouti à un accord […]. L'ensemble des échanges, oraux ou écrits, doit être analysé au regard des circonstances ». Dans l'arrêt *Alpenstow Ltd v Regalian Properties Plc*[436], des parties avaient conclu un contrat d'option sur un bien immobilier. Si le propriétaire vendait son bien, il devait le proposer au bénéficiaire en priorité. Dans les 28 jours de la notification, le bénéficiaire devait accepter l'offre « *subject to contract* ». Le projet de contrat formel devait alors être rédigé dans les 7 jours

---

[434] *Taylor v Burton & Anor* [2015] EWCA Civ 142, §35 "There *is, however, an important rider to the principle, namely that a 'subject to contract' qualification can be got rid of if both sides expressly agree that it should be expunged, or if an agreement to that effect is necessarily to be implied. The law on this subject is well trodden and is explained in Cohen v. Nessdale Ltd* [1982] 2 All ER 97"

[435] *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor* [2008] ScotCS CSOH_140, &55: "*even then the adoption of such an expression does not necessarily import that the parties have not reached a concluded agreement: see e.g. Stobo Ltd v Morrisons (Gowns) Ltd* 1949 SC 184 and *Comex Houlder Diving Ltd* v *Colne Fishing Co. Ltd* 1987 SC (HL) 85 per Lord Mackay of Clashfern (in a passage not arising for discussion in the House of Lords) at pp.99-100. *The whole of the exchanges, whether orally or in writing, have be looked at in light of the circumstances surrounding them*"

[436] *Alpenstow Ltd v Regalian Properties Plc* [1985] 1 W.L.R. 721

suivants, puis les parties disposaient de 28 jours pour proposer des amendements raisonnablement nécessaires. Les parties devaient alors procéder à la signature définitive dans les 7 jours suivants. Le tribunal décidait que l'accord avait une valeur contractuelle dès l'acceptation initiale par le bénéficiaire. Pour le juge, en effet, il existait une incompatibilité entre la liberté de rupture suggérée par les termes « *subject to contract* » et l'obligation de soumettre un projet de contrat et de signer le contrat définitif dans un délai déterminé. Dans l'arrêt *Jirehouse Capital v Beller*[437], le juge Peter Smith reconnaissait que les parties avaient renoncé à la clause « *subject to contract* » et que le contrat était donc conclu entre les parties.

129. Toutefois, la force de la formule « *subject to contract* » en droit anglais rendra difficile la preuve de la force obligatoire du contrat en négociation. Comme le déclarait le juge *Brightman* dans l'arrêt *Tevanan v Norman Brett (Builders) Ltd,* « si les parties ont débuté leur négociation sous l'ombrelle de la formule '*subject to contract*', ou une expression d'intention similaire, il était sans espoir pour une partie de prétendre qu'un contrat avait été formé puisque les parties se sont entendues nonobstant le fait qu'aucun contrat formel n'a été échangé […] ils se sont seulement entendus sur le fait qu'ils sont tombés d'accord sur l'ensemble des conditions du contrat mais même à ce moment l'intention originelle reste intacte qu'il ne devrait pas exister d'engagement juridique tant que le contrat écrit n'a pas été conclu »[438]. *Lord Templeman* ajoutait dans l'arrêt *Sherbrooke v Dipple*[439] que c'est une erreur de penser que parce que les parties sont proches d'un contrat, parce que les parties pensent que tout va bien se passer jusqu'à ce que le contrat devienne obligatoire, la qualification '*subject to contract*' a cessé d'exister ou a été remplacée par un contrat obligatoire. Pour le juge, « cela a toujours été le cas que dans une négociation '*subject to contract*', une partie ou les deux parlent de temps en temps comme s'il existait déjà un contrat ou qu'il y aurait un contrat, car tout le monde regarde le côté positif et pense

---

[437] *Jirehouse Capital v Beller* [2009] EWHC 2538 (Ch)

[438] *Tevanan v Norman Brett (Builders) Ltd* (1972) 223 EG 1945 per *Lord Brightman*: "… when parties started their negotiations under the umbrella of the "subject to contract" formula, or some similar expression of intention, it was really hopeless for one side or the other to say that a contract came into existence because the parties became of one mind notwithstanding that no formal contracts had been exchanged. Where formal contracts were exchanged, it was true that the parties were inevitably of one mind at the moment before the exchange was made. But they were only of one mind on the footing that all the terms and conditions of the sale and purchase had been settled between them, and even then the original intention still remained intact that there should be no formal contract in existence until the written contracts had been exchanged."

[439] *Sherbrooke v Dipple* (1981) 41 P & CR 173

que la vente aura lieu. Mais pour une bonne raison, la clause '*subject to contract*' permet aux parties de savoir si elles sont liées par un contrat ou si elles sont encore au stade de la négociation. Si on se départit de ce principe, tout devient difficulté, et l'interprétation de conversations étranges et de courriers crée de l'incertitude juridique »[440]. Comme le conclue la *Court of appeal* dans l'arrêt *Joanne Properties Ltd v Moneything Capital Ltd & Anor*, « si des négociations sont conduites '*subject to contract*', le simple fait que les parties soient tombées d'accord sur les termes du contrat n'est pas suffisant. Il faut un contrat formel, ou une base factuelle claire pour déduire que les parties ont eu l'intention de renoncer à cette qualification »[441].

Malgré la déclaration de principe selon laquelle les parties peuvent rompre pour n'importe quelle raison sans engager leur responsabilité, le *common law* anglais accepte plusieurs recours contractuels et extra-contractuels pour sanctionner le comportement des parties à l'occasion de la négociation. Les tribunaux acceptent en outre de sanctionner ces comportements au moyen de l'*equity*.

## SOUS-TITRE 2 : LE RECOURS A L'EQUITY POUR SANCTIONNER UN COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL

130. A côté du *common law*, le droit anglais a développé des juridictions d'*equity* pour fournir un recours aux parties lorsque l'application du *common law* conduisait à un résultat injuste. Un exemple classique concerne l'inexécution du contrat. Le *common law* anglais ne permet d'obtenir que des dommages et intérêts en cas

[440] *Sherbrooke v Dipple* (1981) 41 P & CR 173 per *Lord Templeman*: *"Accordingly, in my judgment, the judge, with great respect, fell into the error which was adumbrated by Brightman J, namely of thinking that because parties got near a contract or conveyance, because parties assumed that they would go happily on until matters had become binding, therefore the "subject to contract" qualification either ceased to have effect or was replaced by a new contract. That, in my judgment, is not the position. It is always the case that in "subject to contract" negotiations one side or both from time to time speak as though there was a contract or would be a contract, and that is because everybody looks on the bright side and thinks a sale is going to take place. The fact of the matter is that for very good reasons the "subject to contract" formula enables one to see at once whether there is or is not a contract—either a contract exchanged or conveyance executed and delivered—or whether parties are in the negotiation stage. Once one gets away from principle, then all is difficulty, and reliance on odd conversations and letters produces uncertainty in law".*

[441] *Joanne Properties Ltd v Moneything Capital Ltd & Anor* [2020] EWCA Civ 1541 (19 November 2020), p. 30-41, Court of Appeal: *"where negotiations are carried out "subject to contract", the mere fact that the parties are of one mind is not enough. There must be a formal contract, or a clear factual basis for inferring that the parties must have intended to expunge the qualification".*

d'inexécution. Mais les cours d'*equity* ont accepté un recours en *specific performance* qui permet une exécution forcée du contrat.

Les tribunaux de *common law* et d'*equity* ont été fusionnés et ce sont donc les mêmes tribunaux qui disposent désormais d'actions en *common law* et d'actions fondées sur l'*equity*. Ces fondements demeurent toutefois distincts et obéissent à des régimes différents.

La rupture des pourparlers peut être sanctionnée sur le fondement de l'action en *restitution* (Chapitre 1) mais aussi au moyen d'autres actions en *equity* (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : L'ACTION EN RESTITUTION

A l'occasion des négociations, les parties peuvent avoir engagé des frais de négociation. Dans ce cas, il peut arriver que les juges anglais acceptent un *claim* en *equity* sur le fondement de la *restitution* (Section 1) dont le régime est spécifique (Section 2).

### SECTION 1 : L'ACCEPTATION LIMITEE DE L'ACTION EN RESTITUTION

Par principe, une partie ne peut pas obtenir le remboursement de ses frais précontractuels (I). L'action en *restitution* sera donc une exception (II).

#### I- LE PRINCIPE D'ABSENCE DE REMBOURSEMENT DES FRAIS PRECONTRACTUELS

131. En principe, chacune des parties à la négociation supporte ses propres coûts. Dans l'arrêt *William Lacey (Hounslow) Ltd v. Davis*[442], le juge *Barry J.* estimait que

[442] W*illiam Lacey (Hounslow) Ltd v. Davis* [1957] 1 W.L.R. 932, p. 934: *"if a builder is invited to tender for certain work, either in competition or otherwise, there is no implication that he will be paid for the work - sometimes the very considerable amount of work - involved in arriving at his price: he undertakes this work as a gamble, and its cost is part of the overhead expenses of his business which he hopes will be met out of the profits of such contracts as are made as a result of tenders which prove to be successful. This generally accepted usage may also - and I think does also - apply to amendments of the original tender necessitated by bona fide alterations to the specification and plans. If no contract ensues, the builder is, therefore, without a remedy*".

« si un constructeur est invité à émettre un devis pour un certain travail, que ce soit ou non dans le cadre d'un appel d'offre, il n'existe aucune implication qu'il sera payé pour ce travail - parfois un travail très important - nécessaire pour fixer son prix : il réalise ce travail comme un pari, et ses coûts font partie de la marge qu'il espère dégager des contrats qu'il réussira à obtenir. Cet usage généralement accepté peut aussi - et je pense va aussi - s'appliquer aux amendements au devis initial nécessités par des altérations des spécifications et plans réalisés de bonne foi. Si aucun contrat n'en découle, le constructeur n'aura aucun recours ».

Comme le décidait le juge *Nicholas Strauss QC* dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[443], « il ne fait aucun doute qu'une personne qui réalise un travail dans l'espoir de décrocher un contrat, par exemple un constructeur qui établit un devis, ne peut pas obtenir le remboursement des coûts qu'elle a engagés pour cela. En général, les parties sont libres de mettre fin aux négociations à tout moment avant que le contrat soit conclu pour de bonnes ou mauvaises raisons, ou sans raison, sans engager leur responsabilité. Si tel n'était pas le cas, les personnes demandant des devis seraient souvent responsables pour les coûts de plusieurs postulants évincés. Dans la plupart des cas, les contractant potentiels réalisent le travail expressément (en offrant un devis gratuit ou lorsque les négociations sont « *subject to contract* ») ou implicitement à leurs propres risques ».

Dans l'arrêt *Jennings and Chapman Limited v. Woodman Matthews & Co*[444], les demandeurs étaient locataires d'un local. Ils ont proposé de le sous-louer au défendeur. Le défendeur devait payer les aménagements. Toutefois, une fois les travaux réalisés, le bailleur refusa d'agréer les travaux. Le locataire demanda le remboursement des travaux au sous-locataire. L'action échoua car le sous-locataire

---

[443] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB): "*There is no doubt that, in most cases, a person who carries out work in the hope of obtaining a contract, for example a builder who prepares an estimate, cannot claim the cost of doing so. In general, parties are free to withdraw from negotiations at any time before a contact is entered into for good or bad reasons, or for none at all, without incurring liability. If it were otherwise, persons seeking quotes for work might routinely find themselves liable for the expenses of several disappointed bidders. In most cases prospective contractors expressly (for example by offering a free estimate or when negotiations are "subject to contract") or impliedly do the work at their own risk".*

[444] *Jennings and Chapman Limited v. Woodman Matthews & Co* [1952] 2 T.L.R. 409

potentiel savait qu'il faudrait l'accord du bailleur pour sélectionner le locataire mais ignorait que l'accord du bailleur était nécessaire pour les travaux.

Dans l'arrêt *Regalian Properties v LDDC*[445], le demandeur a réalisé une quantité importante de travail pour un projet de contrat qui a échoué car les parties n'ont pas réussi à s'entendre sur le prix. Le tribunal rejetait le recours en restitution. Le juge *Ratee J.* décidait que l'action en *restitution* ne s'appliquait pas car, en l'espèce, la raison de l'échec était l'absence d'accord sur le prix et non pas la décision unilatérale d'une partie d'abandonner le projet. De plus, le juge considérait que si le droit anglais de la *restitution* devrait être flexible et capable de développement, il ne devrait pas s'appliquer à des négociations expressément conduites dans des termes selon lesquels chaque partie peut rompre à tout moment[446].

132. L'existence d'un motif légitime de rupture pourrait également mettre en échec l'action en *restitution*. Statuant *obiter*, le juge *Nicholas Strauss QC* reconnaissait dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[447] une action en *restitution* mais déclarait que « j'aurais décidé différemment si j'avais trouvé qu'une raison substantielle pour le refus d'*ICL* d'offrir un sous-contrat à *Countrywide* était un désaccord sur le prix. J'aurais aussi décidé différemment si la raison avait été que *Countrywide* avait offert un travail qui, dans les circonstances dans lesquelles il était offert, était sérieusement défectueux ».

Le principe est donc que chaque partie négocie à ses risques et périls et assume ses propres frais de négociation. Les tribunaux anglais acceptent toutefois de manière croissante des actions sur le fondement de l'action en *restitution*.

## II- LA RECONNAISSANCE D'UN *CLAIM EN RESTITUTION*

[445] *Regalian Properties v LDDC* [1995] 1 WLR 212, &227D
[446] Ibid., &230F à 231C
[447] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB): "*I would have held otherwise, if I had found that the, or even a substantial reason for ICL Pathway's failure to offer Countrywide the sub-contract was a disagreement about terms. I would also have held otherwise, if the reason had been that Countrywide offered work which, in the circumstances in which it was offered, was seriously defective*"

133. Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[448], le juge *Nicholas Strauss QC* décidait qu'il « existe des cas exceptionnels dans lesquels un contractant potentiel pourra recouvrer, sans avoir recours à un contrat implicite fondé sur les intention réelles ou présumées des parties, mais parce que le tribunal impose une obligation de payer ».

L'un des arrêts de principe en la matière est l'arrêt *British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co Ltd*[449]. Dans cette affaire, les parties négociaient avec une attente mutuelle que le contrat soit conclu. Toutefois, la négociation échoua en raison d'un désaccord sur des termes essentiels. Le demandeur avait réalisé des travaux au bénéfice du défendeur et en demanda le remboursement. Le juge *Robert Goff J.* décidait que « selon mon jugement, la situation est simplement celle-là. Chacune des parties était confiante dans la conclusion d'un contrat formel. Dans ces circonstances, afin d'accélérer l'exécution du contrat, une partie a demandé à l'autre de commencer le travail et l'autre s'est exécutée. Si, par la suite, le contrat était conclu, le travail en question aurait été intégré dans l'exécution du contrat ; si, contrairement à leurs attentes, aucun contrat n'est conclu, le travail en question ne se réfère pas à un contrat dont les termes peuvent être déterminés, et le droit impose simplement une obligation à la charge de celui qui a fait la demande de payer une somme raisonnable pour ce travail qui a été fait à sa demande, une telle obligation étant basée sur un quasi-contrat ou, comme on devrait le dire maintenant, en *restitution* […] Il résulte de cette solution que la partie qui a fait la demande pourrait devoir être responsable du paiement de travaux qui n'auraient pas fait l'objet d'un paiement si le contrat anticipé avait été conclu, tels par exemple que les travaux préparatoires qui seront intégrés dans le prix final si le contrat est conclu »[450].

---

[448] Op. cit.: "*However, it is clear that there are some exceptional cases in which the prospective contractor will be able to recover, not pursuant to an implied contract based on the actual or presumed intention of the parties, but because the court imposes an obligation to pay*"

[449] *British Steel Corporation v Cleveland Bridge & Engineering Co Ltd* [1984] 1 All E.R. 504, p. 511: "*In my judgment, the true analysis of the situation is simply this. Both parties confidently expected a formal contract to eventuate. In these circumstances, to expedite performance under that anticipated contract, one requested the other to commence the contract work, and the other complied with that request. If thereafter, as anticipated, a contract was entered into, the work done as requested will be treated as having been performed under that contract; if, contrary to their expectation, no contract was entered into, then the performance of the work is not referable to any contract, the terms of which can be ascertained, and the law simply imposes an obligation on the party who made the request to pay a reasonable sum for such work as had been done pursuant to that request, such an obligation sounding in quasi contract or, as we now say, in restitution*".

[450] Ibid. p. 511: "*Consistently with that solution, the party making the request may find himself liable to pay for work which he would not have had to pay for as such if the anticipated contract had come into existence, e.g. preparatory work which will, if the contract is made be allowed for in the price of the finished work"*

134. Plusieurs arrêts ont confirmé cette acceptation de l'action en *restitution* lors de la rupture des pourparlers.

Dans l'arrêt *Brewer Street Investments Limited v. Barclays Wool & Co. Ltd*[451], les parties négociaient un bail « *subject to contract* ». Le bailleur accepta de réaliser des altérations du bien à la demande du candidat locataire qui acceptait de les payer. La négociation a échoué. Le juge *Somervell L.J.* décidait que le locataire était responsable du simple fait qu'il avait accepté par un contrat de payer ces aménagements.

Dans l'arrêt *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis*[452], Davis avait laissé penser à William Lacey qu'il obtiendrait un contrat et ce dernier a fait un travail important. Les négociations ont échoué. Le juge *Barry J* soulignait que le refus d'un recours « serait, je pense, un déni de justice pour les demandeurs dans cette affaire » et ajoutait « les développements postérieurs ont considérablement étendu le champ d'application de cette forme d'action, et dans de nombreux cas l'action est désormais fondée sur ce qui est connu comme un quasi-contrat, similaire, en quelque sorte, à l'action pour *money had and received* ». *Barry J* décidait qu'ils « pouvaient recouvrer sur le fondement d'un *quantum meruit* pour le travail […] sur la base du fait que cela 'dépassait largement le travail normal qu'un constructeur, par usage ou coutume, réaliserait normalement gratuitement en répondant à un appel d'offre pour la construction d'un bâtiment' et sur la base du fait que le travail avait conduit à un réel bénéfice pour le défendeur : il avait été déterminant pour l'obtention de l'acceptation des plans de reconstruction »[453].

---

[451] *Brewer Street Investments Limited v. Barclays Wool & Co. Ltd* [1954] 1 Q.B. 428

[452] *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis* [1957] 1 WLR 932, p. 934 "*would, I think, amount to a denial of justice to the plaintiffs in the present case"; "Subsequent developments have, however, considerably widened the scope of this form of action, and in many cases the action is now founded upon what is known as quasi-contract, similar, in some ways, to the action for money had and received*"

[453] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB): "*they were entitled to recover on a quantum meruit for the work connected with the war damage claim and the revised estimates on the ground that it "fell right outside the normal work which a builder, by custom and usage, normally perform gratuitously, when invited to tender for the erection of a building" and on the basis that the work had resulted in a real benefit to the defendant; it had been instrumental in obtaining the approval of the reconstruction plans*"

Dans l'arrêt *Aragona v. Alitalia*[454], le juge décidait qu'au « regard de l'arrêt *British Steel Corporation*, il me semble que c'est le droit applicable que si des parties négocient de bonne foi dans des conditions dans lesquelles elles anticipent toutes deux la conclusion d'un contrat et qu'une partie demande à l'autre de réaliser un service en anticipation de ce contrat grâce auquel elle obtient un bénéfice, elle devra rembourser les frais de l'autre si le contrat ne se matérialise pas. Conformément aux principes généraux, cela peut s'étendre aux cas dans lesquels il n'y a pas de demande spécifique, mais un bénéfice est librement accepté par une partie dans des circonstances similaires. Les limites de ce principe ne sont pas claires. Il ne devrait pas s'étendre, par exemple, à un cas dans lequel une partie a rendu un service dans des circonstances dans lesquelles elle prenait un risque que le contrat ne se matérialise pas ».

Dans l'arrêt *Sabemo*[455], le demandeur a répondu à un appel d'offre public et a été sélectionné. Il a fourni un travail important pendant trois ans pour préparer le contrat avec la commune mais celle-ci a ensuite abandonné le projet. Le juge *Sheppard J.* décidait que l'abandon unilatéral du projet par la commune justifiait une action en *restitution*. Toutefois, dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[456], le juge émettait des doutes sur cette décision. « Je partage les doutes de *Rattee J.* dans l'arrêt *Regalian* quant au caractère correct de cette décision. Dans de nombreux cas, le risque pour chacune des parties d'engager du temps et des dépenses sur un projet que chacune des parties risque d'abandonner est bien connu. C'est particulièrement le cas si le projet est important et prendra du temps à négocier, puisque les conditions économiques peuvent

---

[454] *Aragona v Alitalia Linee Aeree Italiane SPA* [2001] EWHC 463 (QB): "*in the light of the British Steel Corporation case, it seems to me that it is the law that, if parties negotiate in good faith in circumstances where they both anticipate that a binding contract will come into being and one party requests services from the other in anticipation of that contract from which he obtains a benefit, he will be liable to reimburse the other party if the contract never materialises. In accordance with general principles, this may extend to a case where there was no specific request, but a benefit was freely accepted by one party in similar circumstances. The limits of this principle are far from clear. It should not, for example, extend to a case where the services in question were rendered on the footing that the party rendering them took the risk that a contract might not come into being*"

[455] *Sabemo v North Sydney Municipal Council* [1977] 2NSWLR 880, p. 901H-902B

[456] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB): "*I share the doubts expressed by Rattee J. in Regalian as to the correctness of this decision. In many cases the risk to both parties of incurring time and expense on a project which either side may abandon will be well known. This is especially so if the project is a large one which is likely to take a long time to negotiate, as economic conditions may change. An agreement to carry out actual building work in advance of the concluded contract is a much clearer indication that the parties will not capriciously or for their own reasons withdraw, than is the planning and general work of the kind done in Sabemo. In the absence of any assurance or indication by the Council that it would not withdraw for its own reasons, and of any benefit to the Council resulting from the plaintiffs' work, it is difficult to see why liability should have been imposed*"

changer. Un accord d'exécution anticipée du contrat est une bien meilleure indication que les parties ne vont pas rompre les négociations de manière capricieuses ou pour des raisons personnelles. En l'absence d'assurance ou d'indication par le *Council* qu'ils ne mettraient pas fin aux négociations pour des raisons internes, et en l'absence de bénéfice pour le *Council* résultant du travail du demandeur, il est difficile de voir pourquoi une responsabilité aurait dû être imposée ».

135. Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[457], ICL postulait pour un appel d'offre. Countrywide a accepté de préparer gratuitement la partie liée à la communication contre l'assurance qu'ils deviendraient sous-traitants pour la communication. ICL a été sélectionné mais la nouvelle directrice marketing d'ICL a choisi un autre sous-traitant. Le budget lié à la communication dans l'appel d'offre était de £780.000. Le profit de Countrywide aurait été de £375.000. Le juge rejetait l'action contractuelle car c'était un *agreement to agree* (prix et conditions du contrat encore à discuter)[458]. Le juge refusait l'action pour *estoppel* (basée sur le gain manqué £375.000) car l'*estoppel* conduirait à reconnaître un *agreement to agree* qui serait *unenforceable*. Le juge acceptait en revanche l'action pour *quantum meruit*. Le montant de l'indemnisation correspondait au bénéfice reçu par ICL basé sur le temps passé par Countrywide et un taux horaire, pour un total de £32.300. Le juge *Nicholas Strauss QC* décidait : « je trouverais très injuste si Countrywide n'était pas indemnisé de manière appropriée pour leur travail avant et après la soumission de l'appel d'offre en mars 1996. Pour résumer, c'est parce que (1) il a été incité à procurer ses services gratuitement par l'assurance, finalement non tenue, qu'ICL négocierait avec eux un contrat si l'appel d'offre réussissait, et (2) ses services ont procuré à ICL un bénéfice pour lequel (s'ils n'avaient pas fourni cette assurance) ICL auraient dû payer une somme raisonnable pour le temps passé, c'est-à-dire pour les conseils et l'assistance à la rédaction des parties relatives aux relations publiques et à la communication pendant l'appel d'offre

---

[457] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB): "*I would regard it as most unjust if Countrywide were not appropriately recompensed for their work before and after the submission of the bid in March 1996. Put shortly, this is because (1) they were induced to provide their services free of charge by an assurance, ultimately dishonoured, that ICL pathway would be prepared to negotiate a contract with them if the bid succeeded, and (2) their services provided ICL Pathway with a benefit for which (in the absence of such an assurance) they would otherwise have had to pay reasonable fees for time spent, namely advice and assistance in connection with the public relations and communications issues during the bid and subsequently*"

[458] Voir supra

et postérieurement ». Il décidait que « le travail qui a été demandé aux sous-contractants potentiels, et particulièrement à Countrywide, allait au-delà de ce qu'on pouvait attendre gratuitement par un sous-contractant qui, si l'appel d'offre réussissait, n'aurait seulement qu'une chance de postuler comme sous-traitant »[459]. Il ajoutait que « clairement un certain degré de risque a été accepté. Countrywide a accepté le risque que leur travail ne serait pas payé s'il n'était pas satisfaisant, si l'appel d'offre échouait ou si les négociations échouaient avec ICL sur les termes du sous-contrat […] Countrywide a également accepté d'autres risques tels que le fait que le consortium abandonne le projet […]. Mais clairement il n'a pas accepté le risque qu'il serait écarté en raison d'un changement de personnel chez ICL, parce que sa réputation était désormais mise en doute […] Countrywide ne peut pas être considéré comme ayant accepté le risque d'être écarté pour cette raison non seulement après que la réponse finale à l'appel d'offre ait été déposée, mais de plus après avoir fourni son aide dans la préparation de l'exécution du projet pendant deux ou trois mois de plus »[460]. « A mes yeux, ce qui s'est passé était au-delà des différents risques de travailler sans récompense que Countrywide pourrait être tenu pour avoir justement accepté »[461].

Il est donc possible d'agir sur le fondement de la *restitution* en cas de rupture des pourparlers. Les juges anglais ont posé les conditions du succès d'une action en *restitution*.

## SECTION 2 : LE REGIME DE L'ACTION EN RESTITUTION

[459] *Ibid.:* "*the work which was to be expected from potential sub-contractors, and in particular from Countrywide, went beyond that which might be expected to be provided free by a sub-contractor who, if the bid succeeded, would merely be given a chance of bidding for the sub-contract*"

[460] Ibid.: "*clearly a degree of risk was accepted. Countrywide accepted the risk that their work would be unrewarded if it was found to be unsatisfactory at any time before a final bid was submitted, if the bid failed, or if negotiations failed with ICL Pathway for the sub-contract. […] Countrywide also accepted other risks, for example that the consortium would decide not to proceed at all, or that BA/POCL would decide to do all the public relations/communication work themselves, and certainly they could not expected to be employed if their work was seriously defective at any stage. But Countrywide did not accept the risk that they would be dismissed, following a change of personnel within ICL Pathway, because their reputation was now not considered to be satisfactory. […] They cannot fairly be said to have taken the risk of being dismissed for this reason not only after the final tender had been submitted, but after having provided further help in preparation for the implementation of the work for a further two or three months*"

[461] Ibid.: "*In my view, what happened was outside the various risks of working without recompense which Countrywide can fairly be said to have accepted*"

Le droit de la *restitution* répond à des conditions particulières (I) et à des règles de fixation de l'indemnité originales (II).

## I- LES CONDITIONS DE L'ACTION EN RESTITUTION

136. Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[462], le juge *Nicholas Strauss QC* déclarait : « Il m'a été impossible de formuler un principe général clair qui régule de manière satisfaisante les différentes situations factuelles qui se sont produites, sans prendre en compte celles qui pourraient aisément survenir dans d'autres cas. Ce n'est peut-être pas surprenant en l'absence de reconnaissance en droit anglais d'une obligation générale de bonne foi dans les négociations contractuelles. La plupart des difficultés qui apparaissent pour catégoriser un *unjust enrichment* du défendeur, pour lequel une action en *restitution* est possible, consistent à déterminer le dommage subi injustement par le demandeur. Il y a beaucoup à dire sur un principe général qui permettrait une récompense, mais un tel principe n'existe pas clairement en droit anglais. Indubitablement, le tribunal peut imposer une obligation de payer pour le bénéfice résultant des services fournis dans le cadre d'un contrat qui était attendu mais qui ne s'est pas matérialisé. C'est le cas bien que, dans tous les cas, par hypothèse, le défendeur est libre de mettre fin aux négociations du contrat envisagé, que les négociations aient été réalisées '*subject to contract*' ou pas. Indubitablement, une telle obligation ne sera imposée que si la justice le requiert ou, ce qui revient quasiment au même, s'il serait *unconscionable* pour le demandeur de ne pas être récompensé ».

137. Dans cet arrêt, le juge *Nicholas Strauss QC* posait des conditions de l'action en *restitution*[463].

---

[462] Ibid.: "*I have found it impossible to formulate a clear general principle which satisfactorily governs the different factual situations which have arisen, let alone those which could easily arise in other cases. Perhaps, in the absence of any recognition in English law of a general duty of good faith in contractual negotiations, this is not surprising. Much of the difficulty is caused by attempting to categorise as an unjust enrichment of the defendant, for which an action in restitution is available, what is really a loss unfairly sustained by the plaintiff. There is a lot to be said for a broad principle enabling either to be recompensed, but no such principle is clearly established in English law. Undoubtedly the court may impose an obligation to pay for benefits resulting from services performed in the course of a contract which is expected to, but does not, come into existence. This is so, even though, in all cases, the defendant is ex hypothesi free to withdraw from the proposed contract, whether the negotiations were expressly made "subject to contract" or not. Undoubtedly, such an obligation will be imposed only if justice requires it or, which comes to much the same thing, if it would be unconscionable for the plaintiff not to be recompensed*"

[463] Ibid.

Premièrement, il faut déterminer si les services étaient d'une sorte qui serait normalement fournis gratuitement.

Deuxièmement, les termes dans lesquels la demande de réalisation des services a été réalisée peuvent être importants pour déterminer l'étendue du risque que le demandeur peut être tenu pour avoir pris que de tels services ne soient pas, à la fin, récompensés. Il peut être important ici de déterminer si les parties étaient simplement en train de négocier expressément ou implicitement '*subject to contract*', ou si une partie avait donné une sorte d'assurance ou d'indication qu'elle ne mettrait pas fin aux négociations, ou qu'elle ne mettrait fin aux négociations que dans certaines circonstances.

Troisièmement, la nature du bénéfice qui a résulté pour le défendeur est importante, et en particulier si ce bénéfice est réel ('réalisé' ou 'réalisable') ou fictif. Clairement un tribunal sera au minimum plus facilement prêt à imposer une obligation de payer pour un bénéfice réel car, sinon, les négociations avortées laisseront le défendeur avec une aubaine et le demandeur désargenté. Toutefois, le jugement de *Denning L.J.* dans l'affaire *Brewer Street* suggère que l'exécution d'un service à la demande de l'autre partie pourrait suffire pour constituer un bénéfice ou enrichissement.

Quatrièmement, il sera souvent décisif de prendre en compte les circonstances dans lesquelles le contrat ne se matérialise pas, et en particulier si on peut estimer que cela résulte d'une 'faute' de la part du défendeur ou (peut-être de manière plus pertinente) est au-delà du niveau de risque pris initialement par le demandeur.

Le juge *Nicholas Strauss QC* ajoutait dans l'affaire *Countrywide v. ICL*[464]: « je suis d'accord avec *Rattee J* que le droit devrait être flexible dans ce domaine, et le point donné à chacun de ces facteurs peut varier d'une affaire à l'autre ».

Si les conditions sont remplies, une partie à la négociation pourra donc bien agir sur le fondement de l'action en *restitution*. Le droit anglais présente un régime original en ce qui concerne la fixation du montant de l'indemnisation.

## II- LE MONTANT DE L'INDEMNISATION POUR RESTITUTION

[464] *Ibid.*: "*I agree with the view of Rattee J. that the law should be flexible in this area, and the weight to be given to each of these factors may vary from case to case*"

138. Le juge dispose d'une grande liberté pour fixer le montant de l'indemnisation sur le fondement de la *restitution*. Il existe toutefois des règles. Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[465], le juge *Nicholas Strauss QC* décidait que « dans les faits de cette affaire, la base correcte pour calculer le montant à allouer est le paiement du temps consacré, avec les coûts associés ». Le juge indemnisait *Countrywide* à hauteur du temps passé affecté d'un coefficient horaire de £190[466].

Dans l'arrêt *Scarisbrick v Parkinson*[467] de la *Court of Exchequer*, le défendeur avait embauché le demandeur pendant 3 ans pour £60 comme secrétaire. L'employé étant mineur, le contrat avait été annulé. Le juge *Kelly CB* accepta un recours en *quantum meruit* et décida que « pour arriver à une bonne estimation d'une telle valeur, on peut avoir recours aux termes du contrat annulé pour voir comment le défendeur avait lui-même évalué un tel service, bien que ce contrat ne puisse pas être utilisé pour une autre raison ».

Dans l'arrêt *Way v Latilla*[468], le demandeur a accepté de fournir au défendeur des informations au sujet de mines d'or et de concessions en Afrique de l'Ouest en contrepartie de l'obligation du défendeur de payer une somme raisonnable et de lui fournir une partie du capital des concessions. La *Court of Appeal* lui alloua une somme de 500 guinées sur la base du témoignage d'un ingénieur consultant spécialisé dans les mines que cette somme était un montant adéquat pour le travail réalisé. *Lord*

---

[465] *Ibid.:* "*On the facts of this case, the correct basis for calculating the amount of the claim is payment for time spent, with associated costs*"

[466] *Ibid "Countrywide are accordingly entitled to claim for 170 hours at a reasonable rate which, in the light of the evidence to which I have referred earlier, I fix at £190, totalling £32,300, plus costs of £356, plus VAT at 17½%, making £38,370.80 in all*"

[467] *Scarisbrick v Parkinson* (1869) 20 LT 175 p. 177: "*in order to arrive at a proper estimate of such value, they might have recourse to the agreement for the purpose of seeing what the defendant himself had valued such services at, although such agreement for the reason above mentioned, could not be used for any other purpose".*

[468] *Way v Latilla* [1937] 3 All ER 759 "*There are many employments the remuneration of which is, by trade usage, invariably fixed on a commission basis. In such cases, if the amount of the commission has not been finally agreed, the quantum meruit would be fixed after taking into account what would be a reasonable commission, in the circumstances, and fixing a sum accordingly. This has been an everyday practice in the courts for years. But, if no trade usage assists the court as to the amount of the commission, it appears to me clear that the court may take into account the bargainings between the parties, not with a view to completing the bargain for them, but as evidence of the value which each of them puts upon the services. If the discussion had ranged between 3 per cent on the one side and 5 per cent on the other, all else being agreed, the court would not be likely to depart from somewhere about those figures, and would be wrong in ignoring them altogether and fixing remuneration on an entirely different basis, upon which, possibly, the services would never have been rendered at all*"

*Atkin* décidait qu'il « existe de nombreux emplois pour lesquels la rémunération est fixée sur la base d'une commission. Dans un tel cas, si le montant de la commission n'a pas fait l'objet d'un accord, le *quantum meruit* sera fixé en prenant en considération ce que serait une commission raisonnable et, dans les circonstances, en fixant une somme correspondante. Cela a été la pratique des tribunaux depuis des années. Mais si aucun usage du commerce n'assiste le tribunal dans la détermination du montant de cette commission, il me semble clair que le tribunal peut prendre en compte la négociation entre les parties, non pas en vue de rendre le contrat obligatoire, mais comme preuve de la valeur que chacun accordait au service ».

Dans l'arrêt *B.P. Exploration Co (Libya) Ltd v Hunt (No. 2)* [469], le juge *Robert Goff J* considérait lui aussi que le juge pouvait s'appuyer sur les termes du contrat qui n'était pas obligatoire pour évaluer le *quantum meruit*.

Dans l'arrêt *Benedetti v. Sawiris*[470], Benedetti a appris le souhait d'ENEL de vendre une de ses filiales. Il a contacté Sawiris pour réaliser l'opération ensemble sous forme d'une joint-venture, Benedetti amenant également d'autres investisseurs et Sawiris lui avançant des fonds. Toutefois, Benedetti n'a pas réussi à trouver d'autres investisseurs et Sawiris a réalisé l'opération seul. Benedetti a continué à travailler gratuitement. Le juge décidait qu'il existait bien un contrat pour le premier montage envisagé mais qu'il n'y avait pas de contrat de *joint-venture* puisque l'opération avait finalement changé et que Sawiris n'avait jamais accepté que Benedetti bénéficie d'une *joint-venture* dans le nouveau montage. Il acceptait en revanche un recours pour *quantum meruit*. Le juge *Patten J.* déclarait que « le recours pour *quantum meruit* donne une grande liberté au tribunal d'accorder ce qu'il considère être une somme juste et raisonnable pour les services rendus par Mr Benedetti ». Il décidait que « l'évaluation doit être réalisée à la date à laquelle le service a été rendu et devrait, comme règle générale, s'approcher de la valeur de marché. Mais il faut également prendre en compte les négociations et accords antérieurs entre les parties qui indiquaient qu'ils ont accordé une valeur particulière aux services en question. Cela peut être la

[469] *B.P. Exploration Co (Libya) Ltd v Hunt (No. 2)* [1979] 1 WLR 783
[470] *Benedetti & Anor v Sawiris & Ors* [2009] EWHC 1330 (Ch): "*The claim to a quantum meruit gives the Court a wide discretion to award what it considers to be a fair and reasonable sum for the services which Mr Benedetti provided*"

meilleure preuve de ce que constitue une rémunération raisonnable pour les services rendus et, par principe, il existe un soutien de la jurisprudence à la vision selon laquelle le prix sur lequel les parties se sont entendues devrait être le plafond de l'indemnisation »[471]. *Patten J.* décidait que Benedetti n'était ni un *broker* (ce qui aurait conduit à une faible indemnisation), ni un fonds d'investissement (ce qui aurait conduit à une indemnisation plus importante). Il prenait en compte également les propositions de Sawiris et évaluait les services rendus à 75 millions d'euros.

Outre la *restitution*, d'autres actions en *equity* peuvent être utilisés à l'occasion de la rupture des pourparlers.

## CHAPITRE 2 : LES AUTRES REMEDES D'EQUITY

Les tribunaux anglais ont ajouté à l'action pour *restitution* plusieurs actions en *equity* qui peuvent être invoquées lors de la rupture des pourparlers (Section 1). Ces actions présentent de réelles particularités par rapport aux actions en *common law* (Section 2).

## SECTION 1 : LES DIFFERENTES ACTIONS EN EQUITY QUI SANCTIONNENT LE COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL

L'action principale en *equity* qui a été développée à l'occasion de la rupture de pourparlers est l'*estoppel* (I). Mais il existe d'autres actions possibles (II).

### I- L'ESTOPPEL

Les cours d'*equity* ont depuis longtemps accepté un *proprietary estoppel* limité aux droits immobiliers (A). Ils sont plus réticents à développer un *equitable estoppel* (B).

---

[471] Ibid.: "*The valuation has to be carried out as at the date when the services were rendered and should, as a general rule, approximate to market value. But regard must also be had to any prior negotiations or agreement between the parties which indicate that they put a particular value on the services in question. This may be the best evidence of what constitutes reasonable remuneration for the services rendered and, as a matter of principle, there is some judicial support for the view that the price agreed should be the ceiling for any award*: see *Pavey and Matthews Property Ltd v Paul* (1987) 162 CLR 221 at page 257; *Lachhani v Destination Canada (UK) Ltd*(1997) 13 Const. LR 279"

## A- ***Le proprietary estoppel*** **(immobilier)**

Le *proprietary estoppel* accorde un recours à une partie sur le fondement d'un droit immobilier malgré le fait qu'elle ne puisse pas engager une action contractuelle (1). Ses conditions de reconnaissance ont été fixées par la jurisprudence (2).

### 1) Les contours du *proprietary estoppel*

139. S'agissant d'un recours en *equity*, c'est la jurisprudence qui a défini les contours du *proprietary estoppel*.

Comme l'indiquait *Blayney J.* dans l'arrêt *Haughan v. Rutledge*[472], « Si une personne, selon un accord oral avec un propriétaire concernant un intérêt sur ce bien immobilier, ou ce qui revient au même, selon une attente créée ou encouragée par le propriétaire, selon lequel il bénéficiera d'un intérêt sur ce bien, prend possession du bien, avec le consentement du propriétaire, sur la foi de cette promesse ou attente, à la connaissance du propriétaire et sans objection de sa part, dépense de l'argent sur ce bien, le tribunal donnera effet à cette promesse ou attente ».

Dans l'arrêt *Holiday Inns Inc v. Broadhead*[473], le juge *Goff J* décidait que « selon moi, les autorités établissent clairement qu'il existe un recours en *equity* selon lequel une indemnisation sera accordée lorsque le propriétaire d'une propriété cherche à tirer un avantage *unconscionable* d'un autre ou de l'encourager à dépenser de l'argent, que ce soit ou non sur le terrain du propriétaire, dans la croyance, connue du propriétaire, que

---

[472] *Ramsden v. Dyson (1866) LR 1 H.L. 129 at 170 , per Lord Kingsdown*: "*If a man, under a verbal agreement with a landlord for a certain interest in land, or what amounts to the same thing, under an expectation, created or encouraged by the landlord, that he shall have a certain interest, takes possession of such land, with the consent of the landlord, and upon the faith of such promise or expectation, with the knowledge of the landlord, and without objection by him, lays out money upon the land, a court of equity will compel the landlord to give effect to such promise or expectation*"

[473] *Holiday Inns Inc v. Broadhead* (1974) 232 EG 951, p.1087: "*In my judgment the authorities clearly establish that there is a head of equity under which relief will be given where the owner of property seeks to take an unconscionable advantage of another by allowing or encouraging him to spend money, whether or not on the owner's property, in the belief, known to the owner, that the person expending the money will enjoy some right or benefit over the owner's property which the owner then denies him […] in my judgment, that this relief can be granted although the arrangement or understanding between the parties was not sufficiently certain to be enforceable as a contract, and that the court has a wide, albeit of course judicial, discretion to what extent relief should be given and what form it should take".*

la personne qui dépense l'argent aura un droit ou un bénéfice sur la propriété du propriétaire que le propriétaire lui nie ensuite. […] Selon moi, ce recours peut être accordé bien que l'arrangement entre les parties ne soit pas suffisamment certain pour être valable comme contrat et le tribunal a une large, bien que judiciaire, discrétion quant à l'étendue du recours qui devrait être accordé et quant à la forme qu'il devrait prendre ». Dans cette affaire, les parties ont négocié un bail. Le demandeur, à la connaissance et avec l'accord du défendeur, a réalisé les démarches pour obtenir le permis d'implanter un hôtel. Par la suite, le ministère a accordé le permis, ce qui a augmenté de manière substantielle la valeur du site. Le bailleur a rompu les négociations. Le demandeur a assigné sur la base de la promesse du bailleur que, si le permis était obtenu, le preneur obtiendrait un bail « 3 and 1 ». Le tribunal accorda un recours sur le fondement d'un *proprietary estoppel*.

Dans l'arrêt *Prunty v. Crowley*[474], Kenny et Crowley ont lancé un projet immobilier. Kenny a signé un contrat pour acheter le terrain de Danny Prunty en son nom et en trust pour Crowley pour le prix de £110.000 avec un acompte de £11.000. Kenny et Crowley ont abandonné le projet. Danny Prunty a assigné Kenny pour *specific performance*. Crowley a proposé à Danny Prunty d'acheter le terrain sous réserve que Danny Prunty abandonne son action contre Kenny. Danny Prunty a abandonné son action contre Kenny. Crowley a finalement refusé d'acheter. Le juge décidait qu'il n'existait pas de contrat car l'accord était *subject to contract*. Toutefois, il acceptait un recours en *estoppel* car l'abandon de l'action contre *Kenny* était un désavantage. Le juge *Ms Justice Iseult O'Malley* décidait qu'en « mettant fin à son action contre *M. Kenny*, le demandeur a abandonné ce qui pouvait être considéré comme une action sérieuse. […] L'abandon de l'action, par conséquent, était un acte au désavantage du demandeur […] Je considère qu'il serait *unconscionable* de permettre ce résultat »[475].

---

[474] *Prunty v. Crowley & ors* [2016] IEHC 293, &84: "*In discontinuing the proceedings against Mr. Kenny, the plaintiff abandoned what must be considered to have been a strong case. […] The dropping of the case, therefore, was an act to the detriment of the plaintiff*"

[475] *Ibid.*, &86-87: "86. *I consider that it would, on the facts of the case, be unconscionable to permit that result. The fact that the notice of discontinuance was not actually lodged in court does not alter my view - all parties believed it had been, and Mr. Kenny and his solicitor were told that the matter was at an end. I do not think that the suggestion that Mr. Connellan could have revived those proceedings is realistic. 87. In the circumstances there will be an order in favour of the plaintiff*"

Dans l'arrêt *Yaxley v. Gotts*[476], le juge accordait au demandeur un bail de 99 ans, bien que les termes de ce bail n'aient pas été négociés ou acceptés.

### 2) Les conditions du *proprietary estoppel*

140. L'arrêt *Haughan v. Rutledge*[477] a résumé les conditions du *proprietary estoppel* : Premièrement, il faut un désavantage. Il faut que le demandeur ait engagé des dépenses ou ait agi à son détriment. Deuxièmement, il faut une attente ou une croyance. Le demandeur doit avoir agi croyant qu'il possédait un intérêt suffisant dans la propriété pour justifier les dépenses ou qu'il allait obtenir cet intérêt. Troisièmement, il faut un encouragement. Le demandeur doit avoir été encouragé par le défendeur ou un de ses agents. Quatrièmement, il ne faut pas d'opposition à l'*equity*. L'*equity* ne s'appliquera pas si elle va à l'encontre d'une loi.

Dans l'arrêt *An Cumann v. Albion*[478], le juge *Mr Justice John Edwards* décidait que « s'il n'existait en fait aucun accord, alors le fait que le demandeur continue à négocier pendant une longue période ne peut pas constituer la nécessaire 'promesse' ou 'incitation raisonnablement claire'. Décider autrement consisterait à dire que, dans presque toutes les situations dans lesquelles il y avait des négociations et qu'une partie (ou les deux) pensait que les négociations conduiraient à un contrat, le critère d'un *proprietary estoppel* serait rempli ».

Le *proprietary estoppel* est donc largement accepté en droit anglais. La situation est moins claire lorsque la promesse ne vise par un droit immobilier.

---

[476] *Yaxley v. Gotts* [2000] Ch 162

[477] *Haughan v. Rutledge* [1988] 1 I.R. 295, p. 300: "*1. Detriment. 'There is no doubt that for proprietary estoppel to arise the person claiming must have incurred expenditure or otherwise have prejudiced himself or acted to his detriment.' 2. Expectation or Belief. ' "A" must have acted in the belief either that he already owned a sufficient interest in the property to justify the expenditure or that he would obtain such an interest.' 3. Encouragement. '"A" must have been encouraged by "O" or his agent or predecessor in title.' 4. No bar to the equity. 'No equity will arise if to enforce the right claimed would contravene some statute, or prevent the exercise of a statutory discretion or prevent or excuse the performance of a statutory duty"*.. Voir aussi *Herbert v Doyle & Anor* [2008] EWHC 1950 (Ch), *&16-17*

[478] *IEHC An Cumann Peile Boitheimeach Teorenta v Albion Properties Ltd & Ors* [2008] 447: "*If in fact there was no concluded contract then the fact that the plaintiff continued to negotiate over a long period and the fact that the parties hoped a contract would come about cannot amount to the necessary "promise" or "reasonably clear inducement. To hold otherwise would be to say that in almost any case where there were protracted negotiations where one side (or even both sides) believed there would be an eventual contract, that this limb of the test for proprietary estoppel was satisfied*"

## B- Le *promissory estoppel* (non immobilier)

141. En principe, l'*estoppel* est un remède d'*equity* qui agit comme une défense à une action, et qui permet donc d'empêcher une partie de se prévaloir d'un droit si elle a laissé croire à l'autre partie que cette dernière a agi sur le fondement de cette apparence, et qu'il serait injuste d'autoriser le demandeur à faire valoir son droit. En revanche, l'*estoppel* ne permet pas en droit anglais d'agir en justice et de créer des droits, excepté en matière immobilière avec le *proprietary estoppel*.

Certains auteurs militent toutefois pour la reconnaissance d'un *promissory estoppel*. Pour qu'une action pour *promissory estoppel* aboutisse, selon Beatson[479], il faudrait remplir 5 conditions : une relation préexistante (laquelle peut résulter des négociations) ; une promesse ; que la victime ait altéré sa position du fait de la promesse ; qu'elle ait compté sur la promesse, et ; qu'il soit inéquitable pour le promettant de revenir sur sa promesse (ce qui n'est pas le cas si les conséquences peuvent être facilement réparées). Cette idée est également défendue par un certain nombre d'auteurs tels que Paula Giliker[480]. Les tribunaux anglais pourraient dès lors être amenés à reconnaître une telle action.

En droit anglais, face à un négociateur qui rompt les négociations après avoir laissé croire à l'autre partie qu'il allait conclure le contrat en négociation, l'*estoppel* ne pourrait pas servir à empêcher le négociateur de rompre les négociations et à l'obliger à conclure le contrat, ou à donner effet à des déclarations précontractuelles.

Toutefois, plusieurs tribunaux dans d'autres pays de *common law* ont accepté un *promissory estoppel* générateur de droits.
Une telle extension a été accepté par la *High Court of Australia*. Dans l'arrêt *Walton's Stores (Interstate) Limited v. Maher*[481], le propriétaire d'un terrain négociait avec un preneur potentiel la conclusion d'un bail. Dans le cadre de ces négociations, il était prévu que le bailleur démolisse le bâtiment existant et en construise un nouveau. Le

[479] J. Beatson, *Anson's law of contract*, 28th edition, 2002, OUP, p. 114-115 [METTRE A JOUR]
[480] Paula Giliker, *Pre-contractual Liability in English and French Law*, Kluwer Law International, 2002
[481] *Walton's Stores (Interstate) Limited v. Maher* (1988) 164 C.L.R. 387

bailleur a détruit le bâtiment et commencé la construction. Le preneur potentiel était au courant de ces travaux. Alors que le nouveau bâtiment était construit à 40%, le preneur a mis fin aux négociations. La *High Court of Australia* acceptait le recours du bailleur. Elle ne prononçait pas l'exécution forcée du bail mais une indemnisation du bailleur.

142. Les tribunaux anglaise semblent évoluer en faveur d'une reconnaissance du *promissory estoppel.*

Dans l'arrêt *Amalgamated Investment & Property Co. Limited v. Texas National Bank*[482], la *Court of Appeal* appliquait l'*estoppel* en faveur du défendeur. Celui-ci prétendait que la garantie en faveur du défendeur s'étendait à l'insolvabilité d'une filiale du garant, car les parties avaient agi sur une acceptation commune de ce fait. Selon le juge *Brandon L.J.,* « si une partie ne peut pas fonder une action sur l'*estoppel,* il pourrait, par le fait de ne pas pouvoir se fonder sur un *estoppel,* réussir une action sur laquelle, sans être capable de se fonder sur cet *estoppel,* il aurait nécessairement échoué. C'est, selon moi, en substance, la situation de la banque dans cette affaire ».

Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[483], le juge considérait l'existence d'un *estoppel* non immobilier. Il ne l'acceptait pas formellement et ne le rejetait pas formellement non plus. Sur les faits de l'espèce, il refusait l'*estoppel* au motif que s'il avait accepté cette action, elle conduirait à reconnaît un *agreement to agree* qui lui-même serait *unenforceable.* Le refus était donc fondé que les faits de l'affaire et non pas sur un refus de l'*estoppel* non immobilier en lui-même, ce qui pourrait laisser croire que si les faits avaient été différents, l'*estoppel* aurait pu être accepté.

De même, dans l'arrêt *Spring Finance v. HS Real*[484], HS Real était actionnaire de CIL et avait garanti une dette de £3 millions dont £1,5 millions avaient été payés. Spring a racheté cette dette auprès du créancier, Volkomen. CIL a renégocié ses dettes avec

---

[482] *Amalgamated Investment & Property Co. Limited v. Texas National Bank* [1982] Q.B. 84, "*while a party cannot in terms found a cause of action on an estoppel, he may, as a result of being able to rely on an estoppel, succeed on a cause of action on which, without being able to rely on that estoppel, he would necessarily have failed. That, in my view, is, in substance, the situation of the Bank in the present case".*
[483] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB)
[484] *Spring Finance Ltd v HS Real Company LLC* [2011] EWHC 57 (Comm), &56

Spring, lequel a signé un *memorandum of understanding* (MOU) « *subject to contract* » par lequel, notamment, Spring s'engageait à ne pas demander le paiement des £1,5 millions pendant 5 ans. Le MOU final n'a pas été signé. Spring a assigné pour obtenir le paiement de la dette. HS Real s'est défendu sur le fondement de l'*estoppel*. Le juge reconnaissait cette possibilité même en cas de négociation « *subject to contract* » mais exigeait un « *strong case* ». Il refusait en l'espèce car les parties savaient parfaitement que le MOU était « *subject to contract* ». Ici aussi, la négociation ne concernait pas un contrat immobilier. On pourrait penser que si les conditions avaient été remplies, le juge aurait accepté un *estoppel* non immobilier.

Comme on peut le remarquer, le *promissory estoppel* n'est pas formellement accepté en droit anglais, mais des signes montrent que plusieurs juges ou auteurs semblent prêts à accepter une telle action dans des cas limités. Reste à déterminer si la reconnaissance d'une telle action serait vraiment pertinente et cohérente avec l'étendue actuelle des recours en responsabilité précontractuelle en droit anglais.

Outre l'action sur le fondement de l'*estoppel*, d'autres recours en *equity* peuvent permettre de sanctionner la rupture des pourparlers.

## II- LES AUTRES ACTIONS EN EQUITY SUSCEPTIBLES DE SANCTIONNER UN COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL

La particularité de l'*equity* est que ses frontières ne sont pas strictement délimitées. Un juge peut donc à tout moment découvrir une nouvelle action ou étendre une action existante afin de faire face à une situation qui ne trouverait pas de solution par l'application du *common law*. La liste ne peut donc pas être limitative. On citera à titre d'exemple deux actions caractéristiques : le *contructive trust* (A) et le *breach of confidence* (B).

### A- Le *constructive trust*

Outre l'*estoppel* et la *restitution*, les tribunaux anglais acceptent une action en *equity* sur le fondement d'un *constructive trust* (1). La jurisprudence a posé les conditions de cette action (2).

### 1) Les contours du *constructive trust*

143. La possibilité d'agir en *constructive trust* sur la base d'un *Pallant v. Morgan equity* résulte de l'arrêt *Pallant v. Morgan*[485]. Dans cet arrêt, deux voisins étaient intéressés par l'achat d'un terrain vendu aux enchères. Peu avant l'enchère, les parties via leur agent ont décidé que l'un d'eux se retirerait de l'enchère et que, si l'autre obtenait le bien, il en diviserait la propriété entre les deux parties. Après avoir acquis le bien, le nouveau propriétaire refusa de le diviser. Le juge *Harman J.* décida que « la déduction adéquate des faits est que l'agent du défendeur, lorsqu'il a enchéri sur le lot 16, enchérissait pour chacune des parties selon un accord selon lequel ils s'entendraient pour se diviser le lot s'ils gagnaient l'enchère ».

Le juge *Clarke J* justifiait la distinction entre *constructive trust* et *proprietary estoppel* dans l'arrêt *Shiel c. McKeon*[486]. Selon le juge, « le principe d'*equity Pallant v. Morgan* survient dans des circonstances dans lesquelles deux personnes s'engagent dans une *joint-venture* d'achat d'une propriété à un tiers. Ce principe n'a pas d'application dans le cas plus direct dans lequel une partie est en négociation avec une autre pour l'achat en direct d'une propriété. Dans le second cas, un contrat ne sera valable que s'il contient l'ensemble des éléments nécessaires à la création d'une relation contractuelle et qu'il respecte les contraintes de forme ou, comme décidé dans l'arrêt *Banner Homes*, si un *proprietary estoppel* existe ».

---

[485] *Pallant v. Morgan* [1953] Ch. 43 *"… the proper inference from the facts is that the defendant's agent, when he bid for lot 16, was bidding for both parties on an agreement that there should be an arrangement between the parties on the division of the lot if he were successful"*.

[486] *Shiel v McKeon* [2006] IEHC 194 (31 May 2006), &3.7: "*the Pallant v. Morgan equity arises in circumstances where two persons may be engaged in a joint venture to purchase a property from a third party. It has no application to the more straightforward case where one party is engaged with the other in negotiations for a direct sale of the property. In the latter case a contract will only be enforceable if all of the elements necessary for the creation of contractual relations have been established and if there is a sufficient note or memorandum to satisfy the Statute of Frauds or a sufficient act of part performance or where, as noted in Banner Homes, a proprietary estoppel arises*"

144. De nombreux arrêts se réfèrent à ce principe *Pallant v. Morgan*.

Dans l'arrêt *Chattock v Muller*[487], dont les faits sont similaires, le juge *Malins V-C* décidait que le refus du défendeur de diviser la propriété « a stupéfié le demandeur par sa lettre de cette date, dans laquelle il prétendait être le propriétaire de la propriété, alors qu'il avait indéniablement acquis une partie de cette propriété comme agent du demandeur. C'était une violation flagrante d'une obligation, que cette Cour a toujours considéré comme une fraude ».

Pour *Lord Justice Lewinson* dans l'arrêt *Generator v. Lidl*[488], « en d'autres mots, la responsabilité était basée sur une obligation fiduciaire due par un mandataire envers son mandant. Bien que *Harman J* ne l'ait pas exprimé dans ces termes, cet accord aurait pu être analysés dans des termes contractuels : ce n'est pas un contrat relatif à un terrain, mais un contrat de mandat ».

Dans l'arrêt *An Cumann v. Albion*[489], Bohemian a négocié pendant 5 ans la vente d'une partie de son terrain à Albion, qui exploitait un centre commercial attenant et en avait besoin pour se développer et notamment créer une aire de retournement pour les camions. Il y a eu des *heads of agreement, subject to contract*. A la demande de Bohemian, Albion a payé au total plus de £1 million d'acomptes. Puis Bohemian a vendu la totalité du terrain à un tiers pour £55 millions. Le juge décidait qu'il n'y avait pas de contrat car des termes importants restaient à négocier (prix, installation de *corporate box*). Mais il acceptait l'action en *equity* car pendant 5 ans *Bohemian* avait répété son intention de vendre et conduit *Albion* à payer £1 million d'avance. Le juge *Mr Justice John Edwards* décidait que « selon moi, il serait *unconscionable* dans les circonstances de cette affaire de ne pas transférer la propriété sur les terrains en

---

[487] *Chattock v Muller* (1878) LR 8 Ch D 177 "*astonished the plaintiff by his letter of that date, in which he assumed to be the owner of the estate, part of which he had unquestionably purchased as the agent of the plaintiff. This was a flagrant breach of duty, which in this court has always been considered as a fraud*"

[488] *Generator Developments Ltd v LIDL UK GmbH* [2018] EWCA Civ 396: *"In other words, liability was squarely based on the fiduciary obligations owed by an agent towards his principal. Although Harman J did not put it quite this way the agreement could have been analysed in contractual terms: not as a contract about the land, but as a contract of agency*"

[489] *IEHC An Cumann Peile Boitheimeach Teorenta v Albion Properties Ltd & Ors* [2008] 447: *"In my view it would be unconscionable in all the circumstances of the case for the plaintiff not to transfer an appropriate estate in the lands in question, namely the pink and yellow lands, and the blue lands, to whichever of the defendants shall nominated to receive the appropriate transfer. I therefore deem the plaintiff to hold the lands in question upon a constructive trust for the benefit of the defendant*".

question […] Je décide donc que le demandeur détient les terrains en question selon un *constructive trust* au bénéfice des défendeurs ».

Dans l'arrêt de la *Court of Appeal Banner Homes plc v. Luff Developments Ltd*[490], le juge *Chadwick LJ* décidait que « c'est l'accord précontractuel qui colore l'acquisition postérieure du bien par le défendeur et qui conduit à le considérer comme *trustee* s'il agit ensuite de manière inconsistante avec cet accord ». Il ajoutait : « il est nécessaire que l'accord précontractuel prévoie qu'une partie … va réaliser des démarches pour acquérir la propriété en question ; et que, si elle le fait, l'autre partie … obtiendra un intérêt dans cette propriété. De plus, il est nécessaire qu'il n'ait pas informé l'autre partie avant l'acquisition qu'il n'a pas l'intention de respecter cet accord »[491].

Dans l'arrêt *Generator Developments v. LIDL*[492], la *Court of Appeal* analysait en détail les contours du *contructive trust*. Dans cette affaire, LIDL voulait implanter un

---

[490] *Banner Homes plc v. Luff Developments Ltd* [2000] Ch 372 p. 397: "*It is the pre-acquisition arrangement which colours the subsequent acquisition [of the land] by the Defendant and leads to his being treated as a trustee if he seeks to act inconsistently with it*"

[491] Ibid., *p.* 398 C-E: "*It is necessary that the pre-acquisition arrangement or understanding should contemplate that one party ... will take steps to acquire the relevant property; and that, if he does so, the other party ... will obtain some interest in that property. Further, it is necessary that (whatever private reservations the acquiring party may have) he has not informed the non-acquiring party before the acquisition ... that he no longer intends to honour the arrangement or understanding"*.

[492] *Generator Developments Ltd v LIDL UK GmbH* [2018] EWCA Civ 396: "*First, this was a case of commercial parties, advised by lawyers, working at arms' length towards the conclusion of an agreement for a purely commercial enterprise the terms of which were never agreed. Indeed, on many of the important terms the parties were far apart […] there can have been no expectation on either side that the parties were legally bound to each other […] If the principles underpinning the Pallant v Morgan equity are the same as those underpinning proprietary estoppel (as Chadwick LJ considered them to be) it follows logically that if a proprietary estoppel claim cannot succeed, nor can a claim based on the Pallant v Morgan equity. Moreover, in this case there was no common intention, because the parties were still in disagreement about the terms of the proposed enterprise." "Second, the proposed "joint venture" (if such it was) was expressly made "subject to contract". […] The meaning of that phrase is well-known. What it means is that (a) neither party intends to be bound either in law or in equity unless and until a formal contract is made; and (b) that each party reserves the right to withdraw until such time as a binding contract is made. It follows, therefore, that in negotiating on that basis both Generator and Lidl took the commercial risk that one or other of them might back out of the proposed transaction. As Lord Walker stressed in Cobbe, equity will not intervene in a case where the parties expressly agree that a putative agreement is binding in honour only. […] "where negotiations in a commercial context are expressly made "subject to contract" there is no understanding or arrangement capable of bringing the first of Chadwick LJ's requirements into play. The mere fact that parties have agreed to engage in good faith negotiations for the making of a joint venture agreement is insufficient to support a constructive trust: Kilcarne Holdings Ltd v Targetfollow (Birmingham) Ltd [2005] EWCA Civ 1355 at [15] and [23]. In short, a "subject to contract" agreement is no agreement at all. For the same reason, the consequence of an express non-agreement is that fiduciary duties will not arise"; "Third, there was, as Generator knew, an ongoing risk that Lidl might do a deal with a different developer"; "Fourth, […] The board understood that any expenditure it incurred might prove abortive"; "Fifth, there is some significance in the fact that (to the knowledge of Generator) Lidl's board had not approved the joint venture. In order to be able to invoke the Pallant v Morgan equity it must in my judgment be possible to say that the agreement or understanding in question is one which has been assented to*

nouveau magasin. Il a entamé des discussions avec Generator, qui était un *property developer*. Ils ont signé un accord « *subject to contract* » selon lequel LIDL achèterait le terrain à Sans Souci et, si Generator obtenait le permis, LIDL vendrait le *freehold* à Generator qui lui accorderait un bail de 999 ans. Il fallait l'accord du conseil d'administration de LIDL. Generator a conduit les négociations avec Sans Souci qui a accepté de vendre. Toutefois, les négociations entre LIDL et Generator n'étant pas terminées, LIDL a acheté mais le transfert à Generator n'a pas eu lieu. Les négociations entre LIDL et Generator ont échoué. Generator a assigné LIDL pour voir reconnaître un *constructive trust*. La *Court of Appeal* refusait pour plusieurs raisons : Premièrement, c'était une affaire entre des parties commerciales conseillées pas des avocats, travaillant à armes égales vers la conclusion d'un contrat purement commercial et les parties ne sont pas arrivées à un accord. Il restait des désaccords sur des termes importants. Deuxièmement, la *joint-venture* discutée était expressément *subject to contract*. Troisièmement, Generator savait qu'il existait un risque que *LIDL* choisisse un autre développeur. Quatrièmement, le conseil d'administration de Generator savait que les dépenses précontractuelles engagées le seraient peut-être en pure perte. Cinquièmement, Generator savait que le représentant de LIDL qui négociait n'avait pas l'autorité d'engager LIDL. Sixièmement, c'est LIDL qui avait pris l'ensemble du risque financier sans aucun engagement de Generator. Septièmement, il n'y avait aucune preuve de *reliance* de Generator qu'ils allaient acquérir le terrain. Huitièmement, il ne pouvait pas être *unconscionable* d'utiliser un droit que les parties se sont expressément réservé par le biais de la clause « *subject to contract* ».

Comme l'indiquait *Chadwick LJ* dans l'arrêt *Banner Homes*[493], « l'*equity Pallant v. Morgan* n'a pas pour objectif de donner effet à l'accord entre les parties, et encore

---

*by a person capable of binding the party in question; or who at least has ostensible authority to do so. Generator knew that the employees of Lidl with whom they were dealing were not the decision-makers"; "Sixth, […] Lidl undertook the whole risk profile in buying the property without any commitment by Generator to contribute to the purchase price"; "Seventh, the judge made no finding that Generator relied on any assurance or expectation that it would acquire an interest in land. […] However, when he was asked to describe the reliance, his initial answer was that it was reliance on the expectation that the "subject to contract" negotiations would ripen into a contract. But that species of reliance is no more than Mr Cobbe had"; "Eighth, it cannot be unconscionable to exercise a right which has been expressly reserved to both parties by means of the "subject to contract" formula*".

[493] Op. cit., p. 400E: "*The Pallant v Morgan equity does not seek to give effect to the parties' bargain, still less to make for them some bargain which they have not themselves made, as the cases to which I have referred make*

moins de créer un accord à leur place qu'elles n'auraient pas fait elles-mêmes, comme les arrêts auxquels je me suis référé le montrent clairement. L'*equity* est invoquée lorsque le défendeur a acquis une propriété dans des circonstances dans lesquelles il serait inéquitable qu'il la traite comme la sienne ».

Si l'action pour *constructive trust* est admise par les tribunaux anglais, elle devra remplir des conditions précises.

### 2) Les conditions du *constructive trust*

145. Les conditions du *constructive trust* ont été posées par *Chadwick LJ* dans l'arrêt *Banner Homes*[494].

Premièrement, un *equity Pallant v. Morgan* pourra exister lorsque l'arrangement ou l'entente entre les parties précède l'acquisition d'une propriété par une partie à cet arrangement[495].

Deuxièmement, il n'est pas nécessaire que cet arrangement ou entente soit légalement obligatoire. En effet, si un accord est obligatoire comme contrat, il est peu probable qu'on ait besoin d'invoquer l'*equity Pallant v. Morgan* […] ce n'est pas une défense à l'*equity Pallant v. Morgan* que l'arrangement précontractuel soit trop incertain pour être valable comme contrat, ni qu'il n'avait pas vocation à avoir un effet contractuel[496].

Troisièmement, il est nécessaire que l'arrangement ou entente précontractuel prévoie qu'une partie (l'acquéreur) réalisera des démarches pour acquérir la propriété en

---

*clear. The equity is invoked where the defendant has acquired property in circumstances where it would be inequitable to allow him to treat it as his own*"

[494] Voir aussi *Clarke & Anor v Corless & Anor* [2009] EWHC 1636 (Ch)

[495] Banner Homes, op. cit.: "(1) *A Pallant v Morgan equity may arise where the arrangement or understanding on which it is based precedes the acquisition of the relevant property by one of those parties to that arrangement. […] the concepts of constructive trust and proprietary estoppel have much in common in this area".*

[496] Ibid.: "(2) *It is unnecessary that the arrangement or understanding should be contractually enforceable Indeed, if there is an agreement which is enforceable as a contract, there is unlikely to be any need to invoke the Pallant v Morgan equity; […] it is no bar to a Pallant v. Morgan equity that the pre-acquisition arrangement is too uncertain to be enforced as a contract – see Pallant v. Morgan [1953] Ch. 43 itself, and Time Products Ltd. v. Combined English Stores Ltd., 2 December 1974 – nor that it is plainly not intended to have contractual effect – see Island Holdings Ltd. v. Birchington Engineering Co Ltd.,* 7 July 1981".

question ; et que, si elle le fait, l'autre partie (le non-acquéreur) obtiendra un intérêt dans cette propriété[497].

Quatrièmement, il est nécessaire que, sur la foi de cet arrangement ou entente, le non-acquéreur doive faire (ou s'abstenir de faire) quelque chose qui confère un avantage à l'acquéreur en relation à l'acquisition de la propriété ; ou qui limite la capacité du non-acquéreur à acquérir la propriété à parts égales. C'est l'existence de l'avantage pour l'un, ou du désavantage pour l'autre, gagné ou subi comme conséquence de l'arrangement ou entente, qui conduit à la conclusion qu'il serait inéquitable ou *unconscionable* de permettre à l'acquéreur de conserver la propriété pour lui-même, d'une manière inconsistante avec l'arrangement ou l'entente qui lui a permis de l'acquérir[498].

Cinquièmement, bien que, dans de nombreux cas, l'avantage/détriment sera trouvé dans l'engagement du non-acquéreur de rester en dehors du marché, ce n'est pas un point nécessaire. Ce qui est nécessaire, c'est que les circonstances rendent inéquitable pour l'acquéreur de conserver la propriété pour lui d'une manière inconsistante avec l'arrangement ou entente sur la base duquel le non-acquéreur a agi[499].

146. Dans l'arrêt *Yeoman's Row Management Ltd and Another v. Cobbe*[500], le juge *Lord Scott of Foscote* insistait sur la souplesse du recours. Il décidait qu'il « est

---

[497] Ibid.: "(3) *It is necessary that the pre-acquisition arrangement or understanding should contemplate that one party (the acquiring party) will take steps to acquire the relevant property; and that, if he does so, the other party (the non-acquiring party) will obtain some interest in that property*"

[498] Ibid.: "(4) *It is necessary that, in reliance on the arrangement or understanding, the non-acquiring party should do (or omit to do) something which confers an advantage on the acquiring party in relation to the acquisition of the property; or is detrimental to the ability of the non-acquiring party to acquire the property on equal terms. It is the existence of the advantage to the one, or detriment to the other, gained or suffered as a consequence of the arrangement or understanding, which leads to the conclusion that it would be inequitable or unconscionable to allow the acquiring party to retain the property for himself, in a manner inconsistent with the arrangement or understanding which enabled him to acquire it*".

[499] *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd & Ors*, Rev 1 [2005] EWHC 266 (Ch), "*although, in many cases, the advantage/detriment will be found in the agreement of the non-acquiring party to keep out of the market, that is not a necessary feature […] What is essential is that the circumstances make it inequitable for the acquiring party to retain the property for himself in a manner inconsistent with the arrangement or understanding on which the non-acquiring party has acted*"

[500] *Yeoman's Row Management Ltd and Another v. Cobbe* [2008] UKHL 55: "*It is impossible to prescribe exhaustively the circumstances sufficient to create a constructive trust but it is possible to recognise particular factual circumstances that will do so … A particular factual situation where a constructive trust has been held to have been created arises out of joint ventures relating to property, typically land. If two or more persons agree to embark on a joint venture which involves the acquisition of unidentified piece of land and a subsequent exploitation of, or dealing with, the land for the purposes of the joint venture, and one of the joint venturers, with the agreement of the others who believe him to be acting for their joint purposes, makes the acquisition in his own name but subsequently seeks to retain the land for his own benefit, the court will regard him as holding the land on trust for the joint venturers*"

impossible de décrire de manière exhaustive les circonstances suffisantes pour créer un *constructive trust* mais il est possible d'identifier des circonstances factuelles particulières qui vont y donner lieu […] Une situation factuelle particulière est lorsqu'un *constructive trust* est reconnu à une partie à une *joint-venture* relative à une propriété, typiquement un terrain. Si deux ou plusieurs personnes se lancent dans une *joint-venture* qui implique l'acquisition d'un bien immobilier et l'exploitation sous forme d'une *joint-venture*, et que l'un des partenaires, avec l'accord de l'autre qui pense qu'ils agissent de concert, acquiert le bien en son nom mais postérieurement conserve le bien à son seul bénéfice, les tribunaux considèreront qu'il détient le bien en *trust* pour les partenaires ».

Outre le *constructive trust*, un autre exemple de l'application de l'*equity* à la rupture des négociations est l'action pour *breach of confidence*.

## B- L'action pour *breach of confidence*

147. L'*equity* permet de protéger la confidentialité des informations transmises à l'occasion de la négociation. L'action pour *breach of confidence* s'applique lorsqu'il n'existe pas de contrat, soit en l'absence de *consideration*, soit parce que l'information est donnée dans un cadre familial ou personnel. Il peut exister une obligation implicite en *equity* de ne pas utiliser d'informations confidentielles divulguées à l'occasion des négociations.

Dans l'arrêt *Seager v. Copydex*[501], Seager avait inventé un procédé de fixation de moquettes Klent Grip. Il avait breveté cette invention, puis négocié la vente de ce brevet à Copydex. A l'occasion de la négociation, Seager lui avait fait part de sa nouvelle invention, l'Invisigrip, qu'il n'avait pas encore breveté, lui déclarant qu'il s'agissait d'une information confidentielle. A la suite de l'échec des négociations, Copydex a copié cette invention et commercialisé l'Invisigrip. Seager l'a assigné. Dans cet arrêt, le juge *Lord Denning M.R.* déclarait qu'il existait un principe général en *equity* selon lequel celui qui reçoit une information confidentielle ne doit pas en

[501] *Seager v. Copydex ltd* (1967) 1 WLR 923, *Lord Denning M.R.* at p. 931 "*The law on this subject […] depends on the broad principle of equity that he who has received information in confidence shall not take unfair advantage of it. He must not make use of it to the prejudice of him without obtaining his consent*".

tirer un avantage injuste. Il ne doit pas l'utiliser au détriment de l'autre partie sans son consentement.

De même, dans l'arrêt *Fraser v. Thames Television Ltd*[502], Fraser avait présenté de manière confidentielle à Thames Television Ltd un projet d'émission de télévision. Thames Television Ltd a repris l'idée à son compte et fait appel à d'autres personnes pour lancer cette émission. Fraser l'a assigné. La *Queen's Bench* faisait droit à sa demande et retenait l'existence d'un *breach of confidence*. Dans cette affaire, le juge distinguait les inventions brevetées, qui peuvent être opposées à tous, des informations données confidentiellement, qui protègent seulement contre ceux qui reçoivent l'information sous le sceau de la confidence.

Dans l'arrêt *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd*[503], Coco avait mis au point un vélomoteur. Il s'était associé avec Clark pour en assurer la fabrication. Toutefois, l'accord n'a pas perduré et Clark a produit de son côté une copie du vélomoteur. Le juge proposait trois éléments pour établir un *breach of confidence*. Premièrement, l'information doit être confidentielle. Deuxièmement, elle doit être communiquée dans un contexte impliquant une obligation de confidentialité. Troisièmement, il faut un usage non autorisé de cette information. Dans cette affaire, le juge *Megarry J.* reconnaissait que les conditions de l'action pour *breach of confidence* étaient remplies.

Plusieurs actions en *equity* peuvent donc être utilisées à l'occasion de la rupture des négociations. Ces recours présentent plusieurs particularités par rapport aux actions en *common law*.

## SECTION 2 : LES PARTICULARITES DES REMEDES D'EQUITY

L'*equity* présente plusieurs particularités par rapport à une action de *common law*. D'une part, le juge analysera le comportement de la victime pour déterminer si le

[502] *Fraser v. Thames Television Ltd* (1983) 2 All ER 101, Q.B. 44 per … at p. 60 "*Copyright is good against the world generally, whereas confidence only protects against those who receive information or ideas in confidence*".
[503] *Coco v. A. N. Clark (Engineers) Ltd* (1969) RPC 41, by MEGARRY J. at p. 48

comportement du défendeur est « *unconscionable* » (I). D'autre part, l'*equity* laisse également une grande liberté au juge quant à l'opportunité et l'étendue du recours (II).

## I- LE CARACTERE UNCONSCIONABLE

On pourrait imparfaitement traduire « *unconscionable* » par déraisonnable. On conservera toutefois le terme anglais car il bénéficie de son propre sens lorsqu'il est appliqué en *equity*. Cela permet également de détacher cette notion du critère inapproprié du « *raisonnable* ».

Le but de l'*equity* est de répondre à des situations d'injustice. Tel ne serait pas le cas si le demandeur connaissait et avait accepté les risques de la négociation. Une telle connaissance peut résulter d'une clause « *subject to contract* » (A) mais ce n'est pas une condition nécessaire (B).

### A- L'impact d'une clause *subject to contract*

Une clause « *subject to contract* » empêchera généralement un recours en *equity* pour sanctionner la rupture des pourparlers (1). Le juge pourrait toutefois décider d'accepter ce recours (2).

#### 1) Le principe de refus de l'*equity* en cas de négociation *subject to contract*

148. Comme on l'a vu, il est nécessaire de prouver une *reliance* pour obtenir un remède d'*equity*. Dans l'arrêt *Cobbe v. Yeomans*[504], la *House of Lords* refusait l'existence d'un *promissory estoppel* au motif que les négociations étaient *subject to contract*. Dans cet arrêt, *Lord Scott* décidait que « la raison pour laquelle, dans une négociation '*subject to contract*', un *proprietary estoppel* ne pourra généralement pas exister est que l'attente de l'acheteur potentiel d'acquérir un intérêt sur la propriété en question est soumise à une condition qui est entièrement sous le contrôle de l'autre partie aux négociations ».

[504] *Cobbe v Yeoman's Row Management Ltd* [2008] UKHL 55, §25: "*The reason why, in a "subject to contract" case, a proprietary estoppel cannot ordinarily arise is that the would-be purchaser's expectation of acquiring an interest in the property in question is subject to a contingency that is entirely under the control of the other party to the negotiations*"

*Dans l'arrêt Spring Finance v. HR Real*[505], le juge *Mackie QC* décidait que « dans le contexte d'un *memorandum of understanding* signé expressément *subject to contract*, et s'il y a peu de confiance entre les parties, il n'y a pas de briques pour construire un « *very strong case* » qui serait nécessaire pour donner naissance à un *estoppel*. En l'espèce ce n'était pas le cas. Le défendeur faisait un pari, n'agissant pas en *reliance* de quoi que ce soit qui aurait été dit ou fait au nom de *Spring* ».

Dans l'arrêt *Ramsden v. Dyson*[506], *Lord Cransworth* décidait que « si une personne donne une assurance à l'autre, avec ou sans *consideration*, qu'elle s'abstiendra de faire une chose particulière, mais dit à l'autre qu'elle ne peut compter qu'en honneur sur le respect de cette promesse, cela exclut la juridiction des cours d'*equity* autant que des cours de droit ».

Dans l'arrêt *Generator v. LIDL*[507], *Lord Justice Lewinson* décidait que la présence d'une clause *subject to contract* « augmente le potentiel de connaissance mutuelle qu'un accord n'est pas légalement obligatoire ».

Dans l'arrêt *Crossco No 4 Unlimited v Jolan Ltd*[508], *Arden LJ* déclarait que « la *House of Lords* a été claire sur le fait que lorsque des parties négocient sur la base d'une

---

[505] *Spring Finance Ltd v HS Real Company LLC* [2011] EWHC 57 (Comm), &71 "*In the context of an MOU being signed expressly subject to contract and all parties being alert to and well able to consider their particular interests, and there being little trust between them there are no bricks to build the "very strong case" that would be needed on the facts to give rise to any of the estoppels which the Defendant seek to rely on in this case. Indeed there is no such case. The Defendant was biding its time, not acting in reliance on anything said or done by or on behalf of Spring*"

[506] *Ramsden v. Dyson* [1866] LR 1 HL 129, [1866] 12 Jur NS 506, cité avec approbation par la *House of Lords* dans l'arrêt *Cobbe v. Yeomans* (HL) §53: "*If any one makes an assurance to another, with or without consideration, that he will do or will abstain from doing a particular act, but he refuses to bind himself, and says that for the performance of what he has promised the person to whom the promise has been made must rely on the honour of the person who has made it, this excludes the jurisdiction of courts of equity no less than of courts of law".*

[507] *Generator Developments Ltd v LIDL UK GmbH* [2018] EWCA Civ 396: "*The distinction that Mummery LJ drew in London & Regional between a "no contract" case and a "subject to contract" case (which he drew again in the Court of Appeal in Cobbe at [57]), and which I drew in Kilcarne Holdings Ltd v Targetfollow (Birmingham) Ltd* [2004] EWHC 2547 (Ch), [2005] 2 P & CR 105, at [229] and [237] *may not have survived the decision of the House of Lords, although my decision in that case was referred to both by Lord Scott at [35] and Lord Walker at [78] without any hint of criticism. But if that distinction has not survived, it does not detract from the potency of the "subject to contract" formula. Rather, it increases the potency of mutual knowledge that an "agreement" is not legally binding*"

[508] *Crossco No 4 Unlimited v Jolan Ltd* [2011] EWCA Civ 1619, [2012] 1 P & CR 16, & [133] "*The House of Lords made it clear that where parties have been dealing on the basis that their negotiations are "subject to*

négociation *subject to contract*, le *proprietary estoppel* ne sera normalement pas possible. Le résultat n'est pas *unconscionable* car la partie désappointée aura toujours su quelle était sa position. […] Si le droit en général permettait des actions pour des négociations qui échouent et ne donnent pas lieu à un contrat valable, cela aurait selon moi pour effet de limiter la poursuite efficiente de négociations commerciales, qui sont une part nécessaire d'une activité entrepreneuriale ».

Si le principe est donc le refus de l'*equity* en présence d'une négociation *subject to contract*, toute action n'est toutefois pas impossible.

### 2) Les aménagements au refus de l'*equity* pour les négociations *subject to contract*

149. Le juge prend en compte la compétence des parties et leur connaissance de l'effet de la clause *subject to contract* et pourrait dans certains cas accepter un recours en *equity* malgré la présence d'une clause *subject to contract*.

Dans l'arrêt *A-G for Hong Kong v. Humphreys Estate (Queen's Gardens) Limited*[509], *Lord Templeman* suggérait que si les défendeurs avaient encouragé les demandeurs à croire qu'ils ne mettraient pas fin à un accord « *subject to contract* », et si les demandeurs avaient agi sur la base de cette croyance, les défendeurs auraient pu se voir refuser le droit de nier l'existence d'un accord.

Dans l'arrêt *Cobbe v. Yeomans*[510], *Lord Scott* décidait que « le débat relatif aux clauses *subject to contract* n'a qu'un intérêt périphérique dans le cas présent,

---

*contract", proprietary estoppel will not ordinarily be available: see Cobbe. The result is not unconscionable because the disappointed party will always have known that that was the position. This may be contrasted with the decision of this court in Herbert v Doyle ... where the trial judge had made a clear finding that the parties had agreed to the adjustment of their interests in a site on a basis that was not subject to contract. For the law in general to provide scope for claims in respect of unsuccessful negotiations that do not result in legally enforceable contracts would, in my judgment, be likely to inhibit the efficient pursuit of commercial negotiations, which is a necessary part of proper entrepreneurial activity"*

[509] *A-G for Hong Kong v. Humphreys Estate (Queen's Gardens) Limited* [1987] AC 114 at 124H-125A and 127H-128A

[510] *Cobbe v Yeoman's Row Management Ltd* [2008] UKHL 55, §27: "*But debate about subject-to-contract reservations has only a peripheral relevance in the present case, for such a reservation is pointless in the context of oral negotiations relating to the acquisition of an interest in land. It would be an unusually unsophisticated negotiator who was not well aware that oral agreements relating to such an acquisition are by statute*

puisqu'une telle discussion a peu d'intérêt dans le contexte de négociations relatives à l'acquisition d'un intérêt immobilier. Il faudrait être un négociateur particulièrement peu expérimenté pour ne pas être au courant que des accords oraux relatifs à une telle acquisition sont par effet de la loi sans valeur […] Mr Cobbe était un développeur immobilier expérimenté et Mrs Lisle-Mainwaring donne l'impression de connaitre le sujet à la table des négociations. Mr Cobbe n'a pas dépensé son argent et son temps pour obtenir le permis dans la croyance erronée que l'engagement était légalement obligatoire. Il a dépensé son argent sachant pertinemment qu'il ne l'était pas. Mrs Lisle-Mainwaring ne l'a pas encouragé à croire que le second accord était obligatoire. Elle l'a encouragé à croire qu'elle s'y conformerait bien qu'il ne le soit pas. La croyance ou attente de Mr Cobbe a toujours été spéculative. Il savait qu'elle n'était pas engagée. Il la regardait comme engagée 'en honneur' mais c'est la reconnaissance qu'il savait qu'elle n'était pas engagée en droit ». Dans le même arrêt, *Lord Walker* était encore plus clair sur le principe d'absence de responsabilité pour rupture des pourparlers dans ce contexte. Il décidait que « pour moi *Mr Cobbe* échoue sur un point simple mais fondamental que, en tant que personnes expérimentées dans le monde de l'immobilier, chacune des parties savait que l'accord n'était pas légalement obligatoire, et que chacun pouvait donc mettre fin aux négociations sans engager sa responsabilité, que ce soit en *equity* ou en droit […] Mr Cobbe prenait donc un risque, mais aurait fait un profit intéressant si la négociation avait abouti et que le marché était resté favorable »[511].

Dans le même arrêt, *Lord Walker* opérait une distinction entre les transactions commerciales et les transactions domestiques. Il décidait que « dans le contexte commercial, le demandeur est généralement un professionnel avec accès à un conseil

---

*unenforceable and that no express reservation to make them so is needed. Mr Cobbe was an experienced property developer and Mrs Lisle-Mainwaring gives every impression of knowing her way around the negotiating table. Mr Cobbe did not spend his money and time on the planning application in the mistaken belief that the agreement was legally enforceable. He spent his money and time well aware that it was not. Mrs Lisle-Mainwaring did not encourage in him a belief that the second agreement was enforceable. She encouraged in him a belief that she would abide by it although it was not. Mr Cobbe's belief, or expectation, was always speculative. He knew she was not legally bound. He regarded her as bound "in honour" but that is an acknowledgement that she was not legally bound*"

[511] Ibid., §91: "*Mr Cobbe's case seems to me to fail on the simple but fundamental point that, as persons experienced in the property world, both parties knew that there was no legally binding contract, and that either was therefore free to discontinue the negotiations without legal liability—that is, liability in equity as well as at law, to echo the words of Lord Cranworth LC in Ramsden v Dyson … quoted in para [53] above. Mr Cobbe was therefore running a risk, but he stood to make a handsome profit if the deal went ahead, and the market stayed favourable*"

juridique et ce à quoi il s'attend est d'obtenir un contrat. Dans le contexte familial ou domestique, le demandeur typique n'est pas un professionnel et ne reçoit pas de conseil juridique. Ce qu'il ou elle veut, c'est obtenir un intérêt dans un bien immobilier, souvent dans le but d'y habiter pour une longue durée. Il ou elle ne se concentre pas sur le droit légal mais sur le bien tangible qu'il ou elle s'attend à obtenir. Le demandeur domestique typique ne s'arrête pas pour réfléchir (jusqu'à ce qu'une attente frustrée le conduise au litige) si des transactions légales complémentaires (telles que l'octroi d'un *deed* ou la rédaction d'un testament ou *codicil*) sont nécessaires pour compléter le titre de propriété »[512].

Outre la présence d'une clause « *subject to contract* », le juge pourra prendre en considération la connaissance des risques de la négociation par la victime.

## B- La connaissance par la victime des risques de la négociation

150. Le juge pourra refuser l'action en *equity* s'il peut prouver une absence de *reliance*. Dans l'arrêt *Yeomans v. Cobbe*[513], *Lord Walker* décidait que « la croyance consciente en honneur seulement ne donnera pas lieu à un *estoppel*. […] Les tribunaux devraient être vigilants à ne pas introduire de l'incertitude dans les transactions commerciales par un usage étendu de concepts tels que des obligations fiduciaires ou l'*equitable estoppel*. Cela s'applique aux négociations commerciales qu'elles soient ou non *subject to contract* ». Il décidait que « Mr Cobbe savait qu'elle était liée en honneur seulement, et donc aux yeux de l'*equity* son comportement, bien que peu élégant, n'était pas *unconscionable* »[514].

---

[512] Ibid., §68: "*In the commercial context, the claimant is typically a business person with access to legal advice and what he or she is expecting to get is a contract. In the domestic or family context, the typical claimant is not a business person and is not receiving legal advice. What he or she wants and expects to get is an interest in immovable property, often for long-term occupation as a home. The focus is not on intangible legal rights but on the tangible property which he or she expects to get. The typical domestic claimant does not stop to reflect (until disappointed expectations lead to litigation) whether some further legal transaction (such as a grant by deed, or the making of a will or codicil) is necessary to complete the promised title*"

[513] Ibid. at [81]: "*conscious reliance on honour alone will not give rise to an estoppel. Nor do they cast doubt on the general principle that the court should be very slow to introduce uncertainty into commercial transactions by over-ready use of equitable concepts such as fiduciary obligations and equitable estoppel. That applies to commercial negotiations whether or not they are expressly stated to be subject to contract*"

[514] Ibid at [92]: "*Mr Cobbe knew that she was bound in honour only, and so in the eyes of equity her conduct, although unattractive, was not unconscionable*"

Dans l'arrêt *Herbert v. Doyle*[515], Herbert, propriétaire, a donné à bail un local et des parkings à Doyle. Doyle et Herbert ont négocié pour changer la consistance du bail. Herbert, qui voulait développer une partie du terrain, avait besoin de reprendre un parking. Doyle et Herbert sont tombés d'accord sur ce point de la négociation tout en continuant à négocier les autres points. Herbert a commencé son projet de développement en empiétant sur ce parking. Les négociations n'ont pas abouti. Le juge décidait qu'il n'existait pas de contrat car c'était un contrat immobilier qui devait être conclu par écrit. Le juge refusait également le recours en *estoppel*. Premièrement, plusieurs points restaient à discuter dans l'accord global dont le parking faisait partie. Les parties étaient donc toujours en négociation. Deuxièmement, les locataires avaient dit au propriétaire de ne pas mettre la charrue avant les bœufs.

Dans l'arrêt *Clarke v. Corless*[516], Allum était propriétaire d'un terrain et a vendu deux parcelles à Clarke et Corless. Toutefois, Allum a refusé de leur transférer une route adjacente. Clarke et Corless se sont entendus en 2003 pour négocier ensemble en vue d'obtenir la route d'Allum qui serait gérée par une *management company* formée par Clarke et Corless. Allum a refusé. Corless a annoncé à Clarke son intention de déménager. Clarke a acheté la route seul à Allum en 2004. Corless a assigné pour *contructive trust*, sur la base de l'accord de 2003. Le juge rejetait cette action car le refus d'Allum en 2003 avait mis fin à l'accord. Et l'intention de Corless de déménager supprimait la *reliance* dans l'accord de mettre en place une *management company* et d'acheter la route ensemble.

Dans l'arrêt *Benedetti v. Sawiris*[517], le juge *Patten J* déclarait qu'un « point commun de la plupart des cas dans lesquels un recours a été réalisé sur la base du principe

---

[515] *Herbert v Doyle & Anor* [2008] EWHC 1950 (Ch), &67: "*In the period leading up to April 2003 they frequently reminded Mr Herbert of the absence of written legal agreements, and warned him of putting the cart before the horse*"

[516] *Clarke & Anor v Corless & Anor* [2010] EWCA Civ 338

[517] *Benedetti & Anor v Sawiris & Ors* [2009] EWHC 1330 (Ch): "*A common feature of most of the cases in which a claim has been made based on Pallant v Morgan is the absence of a concluded contract embodying the terms of the proposed joint venture or acquisition. In all these cases the disappointed party, which is denied its expected participation in the property acquired, seeks to make good the absence of a contractual entitlement to that interest by asserting an equity based on the failure of the other party to adhere to the informal bargain previously made. Although there can be no doubt that the defendant in many of these cases has behaved in a way which might be regarded as discreditable, there is also much to be said for the view that those who enter into commercial negotiations with knowledge of the risks they run if no contract is entered into should be left to bear the consequences of that failure. A distinction can therefore be made between cases like Banner Homes where,*

*Pallant v. Morgan* est l'absence de contrat conclu reprenant les termes d'une potentielle acquisition ou *joint-venture*. Dans tous ces cas, la victime, à laquelle on refuse la participation escomptée à la propriété acquise, cherche une solution à l'absence de recours contractuel pour cet intérêt en se prévalant d'une *equity* basée sur le manquement de l'autre partie à un accord informel antérieur. Bien qu'il ne fasse aucun doute que le défendeur dans de nombreux cas s'est comporté d'une manière qui peut être regardée comme indigne, il y a beaucoup à dire sur la vision selon laquelle ceux qui engagent des négociations commerciales sachant les risques qu'ils courent si aucun contrat n'est conclu devraient supporter les conséquences de cet échec. Une distinction peut donc être réalisée entre des affaires telles que *Banner Homes* dans lesquelles, selon les juges, ces risques ont toujours été évalués par le demandeur et une affaire comme *Pallant v. Morgan* dans laquelle les parties (qui n'étaient pas en contact dans un contexte commercial) n'ont jamais envisagé d'entrer dans des relations contractuelles complexes et détaillées et se sont seulement entendues sur le fait qu'elles ne devraient pas enchérir l'une contre l'autre dans une vente aux enchères et devraient diviser la propriété entre elles, que le défendeur pouvait acquérir libre de toute enchère rivale du demandeur. Dans certains cas, une tentative de donner effet à des arrangements précontractuels au moyen d'un *contructive trust* a échoué du fait de l'inclusion expresse de la formule '*subject to contract*'. *London & Regional Investment* en est un exemple. Mais si les parties savent que juridiquement leur accord restera inapplicable à moins qu'il ne soit incorporé dans un accord formel, il est difficile de voir pourquoi la présence ou l'absence du label '*subject to contract*' devrait faire une différence. Dans aucun de ces cas la victime ne peut se fonder sur l'arrangement pour donner naissance à un droit légal ».

---

*on the judge's findings, those risks were always appreciated by the claimant and a case like Pallant v Morgan itself in which the parties (who were not dealing with each other in a commercial context) never expected to enter into any kind of complex or detailed contractual relationship but simply agreed that they should not bid against each other at the auction and should divide up the property which the defendant was able to acquire free of any rival bid from the plaintiff. In some of the cases an attempt to give effect to the pre-contractual arrangement through the medium of a constructive trust has failed because of the express inclusion of the subject to contract formula. London & Regional Investments is the leading example of this. But where the parties know that as a matter of law their agreement will remain unenforceable unless incorporated into a formal agreement, it is difficult to see why the presence or absence of the subject to contract label should make any difference. In neither case can the disappointed party claim to have been relying on the arrangement as giving rise to any form of legal right*"

Les recours en *equity* présentent donc la particularité de tenir compte de la situation d'injustice. Les conditions de mise en œuvre de ce recours et les sanctions octroyées sont également spécifiques.

## II- LA PARTICULARITE DES ACTIONS EN EQUITY

L'existence de conditions d'application des remèdes d'*equity* tend à faire ressembler ceux-ci aux actions de *common law*. Toutefois, les actions en *equity* présentent deux principales caractéristiques par rapport aux actions de *common law*. Premièrement, le recours ne se limite pas au respect de conditions d'application d'une action. Le tribunal reste juge de l'opportunité d'accorder ce recours (A). Deuxièmement, le juge dispose d'une grande liberté quant à la sanction adéquate pour répondre à l'injustice créée par le comportement du défendeur (B).

### A- Le pouvoir du juge sur l'octroi de l'action

Historiquement, l'*equity* a été créé pour permettre au Roi de fournir une solution « équitable » lorsque l'application du *common law* conduisait à un résultat injuste. Il reste de ce fondement historique deux éléments : l'*equity* demeure un remède souple (1) et conserve un certain fondement moral (2).

#### 1) La souplesse de *l'equity*

151. Le juge n'est pas obligé d'accepter une action en *equity* et ne l'appliquera que s'il l'estime appropriée au regard des circonstances. Il peut aussi étendre cette action à des cas dans lesquels il n'existe ni loi, ni *precedent*. Dans l'arrêt *Lonhro Plc v. Fayed (No.2)* [518], le juge *Millett J* déclarait que l'*equity* devait « conserver sa flexibilité inhérente et sa capacité à s'ajuster à de nouvelles situations par référence aux principaux ressorts de la juridiction d'*equity* ». De même, dans l'arrêt *Banner Homes*

[518] *Lonhro Plc v. Fayed (No.2)* [1991] 4 All ER 961, p. 969: *equity must retain its* "*inherent flexibility and capacity to adjust to new situations by reference to main springs of the equitable jurisdiction*".

*plc v. Luff Developments Limited and Another*[519], le juge *Chadwick L.J.* déclarait que « l'*equity* ne doit jamais être refusée du fait de l'absence d'analogie précise, pourvu que le principe invoqué soit sensé ».

Outre sa souplesse, l'*equity* garde de son fondement historique sa dimension morale.

### 2) Le fondement moral de l'*equity*

152. Les tribunaux continuent à être influencés par le fondement moral de l'*equity* pour accepter ou refuser l'action. Ainsi, l'ouvrage *Snell's Principles of Equity* prévoyait qu'un « *constructive trust* sera imposé par l'*equity* pour satisfaire aux besoins de justice et de bonne conscience sans référence aux intentions expresses ou présumées des parties »[520]. Dans l'arrêt P*aragon Finance Plc v. D B Thakerar & Co*[521], le juge *Millett LJ* décidait qu'un « *constructive trust* existe par l'effet du droit lorsque les circonstances sont telles qu'il serait *unconscionable* pour le propriétaire de la propriété de se prévaloir de son propre intérêt sur la propriété tout en niant l'intérêt sur la propriété de l'autre partie ». Dans l'arrêt *Pallant v. Morgan*[522] lui-même, le juge *Harman J.* justifiait la reconnaissance d'un *constructive trust* par le fait que ne pas « permettre au défendeur de conserver le lot 16 dans ces circonstances équivaudrait à sanctionner une fraude de sa part ».

Ce critère de la moralité pourra aussi justifier le refus de l'action. Dans l'arrêt *Shiel v. McKeon*[523], Shiel et McKeon voulaient acheter un terrain. McKeon a fait une offre *subject to contract* pour £435.000. Shiel avait fait une offre pour £415.000. Shiel a contacté l'agent immobilier qui lui a indiqué qu'à moins de faire une offre à £500.000, le terrain serait vendu à McKeon. Shiel n'a pas remonté son offre. Shiel a rencontré

---

[519] *Banner Homes plc v. Luff Developments Limited and Another* (2000) Ch 372 p. 397: "*Equity must never be deterred by the absence of precise analogy, provided that the principle invoked is sound"*.
[520] Snell's Principles of Equity (26th ed) (1966), p.201:"*A constructive trust is a trust which is imposed by equity in order to satisfy the demands of justice and good conscience without reference to any express or presumed intentions of the parties"*.
[521] P*aragon Finance Plc v. D B Thakerar & Co* [1991] 1 All ER 400, p.409: "*A constructive trust arises by operation of law whenever the circumstances are such that it would be unconscionable for the owner of property (usually but not necessarily the legal estate) to assert his own beneficial interest in the Property and deny the beneficial interest of another"*.
[522] *Pallant v. Morgan* (1953) 1 Ch. 43, p. 48: "*To allow the defendant to retain lot 16 under these circumstances would be tantamount to sanctioning of fraud on his part*"
[523] *Shiel v McKeon* [2006] IEHC 194

McKeon le dimanche. Il ne lui a pas indiqué qu'il avait perdu le droit d'acheter. Shiel et McKeon ont conclu un accord informel selon lequel McKeon achèterait le terrain dont la maison *in trust* pour Shiel. Le lundi, McKeon a acheté. Une semaine plus tard, McKeon a indiqué qu'il refusait de transférer *in trust* à Shiel. Le juge décidait que l'action contractuelle devait échouer car aucun contrat n'a été signé. Il reconnaissait que les conditions d'un *constructive trust Pallant v. Morgan* étaient remplies. Toutefois, Shiel ne pouvait pas s'en prévaloir car il n'avait pas agi en *equity* en cachant à McKeon l'affaiblissement de sa position de négociation.

Le juge est donc maître de l'opportunité d'accorder un recours en *equity*. Il dispose également d'une latitude quant à la sanction prononcée.

## B- La liberté du juge dans la sanction et son quantum

153. Plus étonnant pour un juriste français, les actions en *equity* donnent souvent une grande marge de manœuvre au juge pour décider de la sanction appropriée. Le juge *Robert Walker LJ* s'opposait dans l'arrêt *Yaxley v. Gotts*[524] à ce que la sanction du *promissory estoppel* soit la force obligatoire du contrat. Dans l'arrêt *Holiday Inns Inc v. Broadhead*[525], le juge *Goff J* décidait que « le tribunal a une large, bien que judiciaire, discrétion quant à l'étendue du recours qui devrait être accordé et quant à la forme qu'il devrait prendre ».

L'avantage du pouvoir discrétionnaire du juge quant à la sanction est une grande flexibilité qui permet au juge de fournir une sanction appropriée au comportement du défendeur. Le défaut est une grande imprévisibilité de la solution. Non seulement le juge est libre d'accepter ou non l'action, mais en plus, lorsqu'il l'accepte, il est impossible de prédire la sanction qui sera prononcée. Dans l'arrêt *McCarron v.*

---

[524] *Yaxley v Gotts* [2000] Ch 162

[525] *Holiday Inns Inc v. Broadhead* (1974) 232 EG 951 at p.1087, "*In my judgment the authorities clearly establish that there is a head of equity under which relief will be given where the owner of property seeks to take an unconscionable advantage of another by allowing or encouraging him to spend money, whether or not on the owner's property, in the belief, known to the owner, that the person expending the money will enjoy some right or benefit over the owner's property which the owner then denies him […] in my judgment, that this relief can be granted although the arrangement or understanding between the parties was not sufficiently certain to be enforceable as a contract, and that the court has a wide, albeit of course judicial, discretion to what extent relief should be given and what form it should take".*

*McCarron*[526], le juge décidait que la sanction en *equity* pouvait être l'attribution d'un titre immobilier, mais pas nécessairement. Le juge *Murphy J.* indiquait qu'en pratique, « il peut être difficile de déterminer l'étendue de la propriété ou de l'intérêt immobilier auquel le demandeur pourrait prétendre en contrepartie de ses efforts personnels. Il pourrait être plus adéquat de compenser ce droit immobilier sous la forme d'une somme équivalente à une rémunération raisonnable pour les services rendus ». Dans l'arrêt *An Cumann*[527], le juge confirmait que « le tribunal pourrait évaluer l'*equity* plutôt que de donner le terrain au demandeur ».

Comme le montre l'analyse statistique des décisions de justice[528], il est exceptionnel que les juges, lorsqu'ils reconnaissent une action en *equity* lors de la rupture des pourparlers, accordent un droit sur la totalité du bien. Soit ils accordent un droit sur une partie du bien, soit ils accordent une indemnisation.

[526] *McCarron v. McCarron, unreported, Supreme Court,* 13*th February* 1997 "*In practice, however, it might be difficult to determine the extent of the estate or interest in land for which a plaintiff might qualify as a result of his personal efforts. Perhaps a claim of that nature would be adequately compensated by a charge or lien on the lands for a sum equivalent to reasonable remuneration for the services rendered.*"
[527] *An Cumann Peile Boitheimeach Teorenta v Albion Properties Ltd & Ors* [2008] 447, "*the court could value the equity rather than give the promissee the land*"
[528] Voir infra

CONCLUSION SOUS-PARTIE 1 :

Comme on peut le remarquer, tant le droit français que le droit anglais posent un principe de liberté contractuelle et acceptent des situations de responsabilité précontractuelle des négociateurs lorsque la négociation échoue. La comparaison de ces deux droits permettra de mieux comprendre les différences et similarités entre ces systèmes juridiques quant à la sanction du comportement précontractuel d'une partie à la négociation.

## SOUS-PARTIE 2 : COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RUPTURE DES POURPARLERS

154. La comparaison consiste à analyser les différences et similarités entre les droits[529]. La comparaison des concepts juridiques peut se révéler ardue. Certains concept, tels que l'*equity*, n'existent pas en droit français. La comparaison de concepts peut également se révéler trompeuse. La notion d'erreur en droit français ne recouvre pas le même contenu que celle de *mistake* en droit anglais. Les contours de la notion de bonne foi en droit français sont différents de ceux de la *good faith* anglaise[530]. Il faut éviter de comparer les concepts juridiques pour réaliser une comparaison de qualité. Ce but peut être atteint par la comparaison de situations factuelles et notamment à partir de l'analyse des faits de décisions de justice.

155. L'analyse de situations factuelles permet de s'affranchir des catégories juridiques. Ainsi, il pourra arriver qu'une situation factuelle soit analysée comme un contrat en droit français alors qu'elle ne remplirait pas les conditions d'un contrat en droit anglais. Alors que le droit français est organisé en deux grandes catégories de responsabilité, contractuelle et extra-contractuelle, le droit anglais est organisé en multiples actions en justice, tantôt sur la base du contract law en *common law*, d'une responsabilité légale, d'un *tort*, ou de l'*equity*. Ainsi, comme le montrent de nombreux arrêts analysés, une situation sanctionnée par la responsabilité contractuelle ou délictuelle en droit français ne conduira peut-être pas à une responsabilité en *contract* ou en *tort* en droit anglais, mais serait tout de même sanctionnée par les juges sur un autre fondement tel que l'*equity*. Baser l'analyse et la comparaison sur les seules catégories juridiques serait ainsi trompeur.

156. Une première méthode d'analyse factuelle est celle utilisée par Mme *Sefton Green* dans son ouvrage « *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract*

---

[529] Voir supra p.

[530] Voir G. Teubner, *"Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Ends Up in New Divergences"*, (1998) 61 *Modern Law Review* 11

*Law* »[531]. Selon cette méthode, on part d'une situation inventée et on demande à des juristes de chacun des pays d'imaginer quelle solution serait rendue. Toutefois, cette méthode peut, elle aussi, se révéler biaisée par la référence culturelle qu'elle exprime. Ainsi, si on présente le cas « une personne vend aux enchères un tableau dont elle ignore l'origine et qui se révèle être un authentique tableau du peintre Nicolas Poussin. Le vendeur peut-il annuler la vente pour l'erreur commise lorsqu'il découvre l'authenticité du tableau ? », un juriste français pensera nécessairement à l'arrêt Poussin[532] et conclura à la nullité pour erreur sur une qualité substantielle. Un juriste anglais pensera à l'exemple du *Constable*[533] et conclura à l'absence de *mistake*. Si on présente le cas « un propriétaire de chevaux de course se présente chez un vendeur d'avoine qui lui vend de l'avoine qui n'est pas adaptée pour ses chevaux de course », un juriste anglais y verra la référence à l'arrêt *Smith v. Hughes*[534] et rejettera toute responsabilité. Le juriste français pensera à l'obligation précontractuelle d'information et envisagera une responsabilité. Or, il n'est pas certain que ces fondements auraient été utilisés et reconnus dans les faits qui ont donné lieu à ces décisions de justice.

157. Une seconde méthode, qui sera utilisée dans cette thèse, est de se baser sur l'analyse de décisions de justice REELLES rendues par les tribunaux d'un des droits étudiés et de soumettre les faits de cette affaire à l'autre droit. L'avantage est double :

D'une part, cette méthode permet d'avoir une certitude quant à l'analyse dans l'un des droits étudiés puisqu'on dispose pour cette situation factuelle d'un jugement rendu dans ce système juridique. Ce n'est pas une analyse « théorique » réalisée par le comparatiste mais la prise en compte d'un jugement réel. Cela réduit le risque d'erreur dans l'analyse et permet de prendre en compte la particularité des faits de l'affaire.

D'autre part, l'analyse d'une situation factuelle réelle permet de se détacher d'une comparaison liée aux concepts juridiques. Comme on le remarquera, les juges arriveront en effet souvent à des solutions comparables mais à l'aide de concepts juridiques potentiellement totalement différents. L'analyse de situations factuelles réelles détache l'analyse des concepts juridiques, qui renvoient dans chaque droit à

---

[531] *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law, Cambridge University Press,* 2005
[532] Cass, 1ère civ., 22 février 1978, n° 76-11551, publié au Bulletin
[533] *Hartog v. Collin and Shields* [1939] 3 All ER 566
[534] *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597

une notion précise influencée par la culture du système juridique étudié[535]. L'intérêt de la comparaison de décisions réelles est qu'on dispose de l'ensemble des faits et du raisonnement du juge, tant juridique que factuel. Si le droit français accepte une erreur sur une qualité substantielle et le droit anglais semble avoir une vision restreinte de l'action pour *mistake*, il se pourrait que la particularité des faits présentés aux juges dans cette affaire conduise les juges anglais à reconnaître, eux aussi, un recours pour les vendeurs du tableau, par exemple sur le fondement d'une *innocent misrepresentation* prévue par le *Misrepresentation Act 1967* ou en *equity*. De même, l'analyse de la particularité des faits de l'arrêt *Smith v. Hughes* apprendra que l'acheteur a vu l'avoine et que c'est lui qui a fait le choix de sélectionner celui-ci. On découvrira aussi que l'acheteur était un professionnel de l'élevage de chevaux. Et qu'il existait un doute sur le fait que cette avoine soit réellement inadaptée pour tous types de chevaux de course. Difficile dans ces conditions de conclure de manière catégorique à la reconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information à la charge du vendeur en droit français.

158. Le plus souvent, on analysera donc les faits, simplifiés, d'une décision rendue par un tribunal dans l'une des juridictions étudiées. Il pourra exceptionnellement s'agir d'une situation inventée, soit parce qu'aucune décision publiée ne présente une telle situation, soit parce que le fait d'inventer une situation permet de faire varier les faits afin d'étudier l'évolution de la solution probable rendue par un juge.

159. Il faut tenir compte d'un biais. Il sera souvent impossible de trouver dans l'un des droits étudiés une décision de justice qui s'est prononcée sur des faits identiques à ceux issus d'un arrêt rendu dans l'autre système juridique. Sous cette réserve, l'application des règles d'un droit aux faits d'une affaire issue d'un autre droit est possible et permet, le plus souvent, de fournir une comparaison de qualité.

160. Dans un souci de faciliter la comparaison, il est pertinent de distinguer, même si la plupart des auteurs français ne le font pas, entre les hypothèses dans lesquelles aucune déclaration n'a été émise (Titre 1) et celles dans lesquelles une déclaration

[535] Il suffit pour s'en convaincre de lire les nombreux travaux relatifs à la transplantation d'un concept juridique d'un pays dans un autre. Voir aussi les travaux de P. LEGRAND, ou encore l'article de G. TEUBNER, op. cit. relatifs à la notion de bonne foi en droit français et anglais.

précontractuelle a été émise (Titre 2). En effet, lorsqu'on analyse les faits des décisions de justice, on peut identifier des situations dans lesquelles une partie avait dit ou écrit une chose qui pourrait avoir un impact sur la négociation ou sur la responsabilité, et d'autres dans lesquelles elle était restée silencieuse. Une déclaration précontractuelle sera, comme le définit Le Robert, une « affirmation orale ou écrite par laquelle on déclare une situation de fait ou de droit » émise à l'occasion des pourparlers[536]. On pourrait retenir en anglais le terme de *statement*, défini par *Oxford languages* comme « une expression claire ou définie de quelque chose oralement ou par écrit »[537].

Outre le fait que cette distinction permet d'identifier des situations factuelles propices à la comparaison, on verra que l'analyse pluri-disciplinaire milite pour la pertinence d'une telle distinction[538].

# TITRE 1 : LA RESPONSABILITE EN L'ABSENCE DE DECLARATION PRECONTRACTUELLE

Au cours des négociations, les parties peuvent adopter un comportement précontractuel qui entraînera leur responsabilité du seul fait de l'échec ou de la poursuite des négociations. La responsabilité dégagée par les tribunaux ou le législateur du fait de la rupture des pourparlers peut résulter de deux types de comportements. Le fait générateur peut résulter, soit de l'avancement des négociations (Sous-Titre 1), soit des circonstances de la rupture des pourparlers (Sous-Titre 2). En pratique, comme le montre l'analyse de la jurisprudence, cette distinction peut être artificielle car les critères de la responsabilité peuvent se cumuler. Le plus souvent, en effet, l'action en responsabilité résulte à la fois de l'avancement des négociations et des circonstances de la rupture.

[536] Le Robert, « Déclaration »
[537] Oxford languages, « *Statement* »: "*A definite or clear expression of something in speech or writing*".
[538] Voir Partie 2

# SOUS-TITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'AVANCEMENT DES NEGOCIATIONS SUR LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES NEGOCIATIONS

L'avancement des négociations influe sur la responsabilité pour rupture des pourparlers. Bien que des différences existent, les tribunaux français et anglais adoptent des solutions comparables face à des négociations embryonnaires (Chapitre 1). Leurs réactions sont en revanche plus contrastées s'agissant de la rupture de négociations avancées (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : LA RUPTURE DE NEGOCIATIONS EMBYONNAIRES

La négociation débute à partir du moment où une partie entre en contact avec une autre dans l'optique, éventuelle, de la conclusion d'un contrat. L'analyse de plusieurs situations factuelles, qui reflètent des états différents d'avancement des négociations, permet de comparer la manière dont le droit français et le droit anglais réagissent face à la rupture de négociations embryonnaires. Les tribunaux français et anglais nient généralement toute responsabilité du fait de la rupture des pourparlers dans cette période lorsque les négociations sont encore à leur début (Section 1), sous réserve que les négociations aient été engagées avec sérieux entre les parties (Section 2).

### SECTION 1 : LE PRINCIPE D'ABSENCE DE RESPONSABILITÉ POUR RUPTURE DE NÉGOCIATIONS EMBRYONNAIRES

La négociation peut être embryonnaire parce qu'elle n'en était qu'à son début lorsque l'une des parties y met fin (I), ou lorsque les parties sont encore en désaccord sur un élément du contrat tel que le prix (II).

## I- RUPTURE DES POURPARLERS APRES UNE NEGOCIATION SOMMAIRE

La responsabilité pour rupture de négociations sommaires peut être analysée au moyen d'une situation factuelle. ICL demande un devis basique[539] à Countrywide Communications pour répondre à un appel d'offre. L'offre présentée par ICL est retenue mais ICL sélectionne un autre partenaire. Face à une telle situation factuelle, tant le droit français (A) que le droit anglais (B) refusent en principe de reconnaître une responsabilité en cas de rupture de pourparlers peu avancés.

### A- Le principe d'absence de responsabilité pour rupture de négociations embryonnaires en droit français

161. En droit français, dans cette situation factuelle, on se situe en période précontractuelle. Aucun contrat n'a encore été conclu. On est ici au début de la négociation. Les parties sont entrées en contact mais aucun accord n'est intervenu sur les termes du contrat. Il n'y a aucune offre. En effet, pour qu'une offre soit émise, il faut que celle-ci soit précise et ferme[540]. Dans cette situation factuelle, ni les éléments essentiels ni l'intention de s'engager n'apparaissent dans la négociation. Il n'y a aucune acceptation non plus.

162. Le droit français est fondé sur un principe de liberté contractuelle[541]. Dans un arrêt du 12 mai 2021[542], les juges rappelaient que le simple fait de ne pas conclure le contrat ne constitue pas un fait générateur de responsabilité. Ils décidaient que dans cette affaire, « Aucun élément ne vient caractériser une rupture brutale par le

[539] On retient ici l'hypothèse de l'émission d'un devis qui n'implique pas de frais ou de temps consacré par la partie qui émet celui-ci. On verra en effet plus loin que ces éléments peuvent entraîner un avancement de la négociation et changer la responsabilité.
[540] Article 1113 du Code civil : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur ».
[541] Voir supra
[542] CA Bordeaux 12 mai 2021, n° 18/04881

propriétaire des négociations précontractuelles. Il n'a pas accepté de consentir un bail, ce qui ne peut en soi être considéré comme fautif ».

Toutefois, cette liberté n'est pas absolue et les tribunaux sanctionnent un fait générateur de responsabilité sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

163. Dans la situation factuelle proposée, il est peu probable que le juge français reconnaîtrait l'existence d'un fait générateur de responsabilité précontractuelle. La Cour de cassation, le 12 janvier 1999[543], a refusé de reconnaître une responsabilité lorsqu'une partie met fin à des négociations embryonnaires. Dans cet arrêt, Bussereau est entré en négociations avec Cofiroute (représenté dans l'instance par Suez) pour envisager une association ou l'entrée de Cofiroute dans le capital de Bussereau. Les négociations ont commencé en mars 1990 et Cofiroute a décidé de mettre fin aux pourparlers le 11 septembre 1990. Bussereau a assigné Cofiroute et demandé des dommages et intérêts délictuels pour rupture des pourparlers sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil. La Cour de cassation a décidé que, lorsque de nombreux obstacles restaient à franchir et que l'aboutissement du contrat demeurait étroitement lié à la conjoncture économique, une partie ne faisait qu'utiliser la liberté qu'elle avait de ne pas contracter et pouvait donc, sans engager sa responsabilité, mettre fin aux pourparlers. Dans la situation factuelle proposée, un juge français refuserait donc d'engager la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers de l'entreprise qui mettrait fin à une négociation après avoir demandé un simple devis.

Dans un arrêt du 7 septembre 2021[544], un investisseur a signé un avant-contrat avec des inventeurs constituant un accord de principe sur l'exclusivité de distribution donnée à l'investisseur sur le produit à breveter. L'investisseur a versé un paiement de 1.500.000 euros. Les négociations ont échoué sur le contrat de distribution. Les juges déboutaient les inventeurs au motif que « n'est pas abusive la rupture de pourparlers lorsque les négociations sont demeurées à un stade peu avancé, que les parties ne sont pas parvenues à un accord sur les points essentiels et que les cédants ont exprimé très rapidement au potentiel cessionnaire leurs réserves quant à la poursuite de

[543] Cass. Com., 12 janvier 1999 (Bussereau et autres c/ SA Compagnie de Suez), n° 96-14.604, inédit
[544] CA Reims, 7 septembre 2021, n° 19/02327

l'opération ». Ils déboutaient également l'investisseur, considérant que « de la manière qu'il a payé un droit d'entrée sans dol ni pression de son contractant, avec légèreté et précipitation sans s'assurer d'un accord de son partenaire sur des conditions contractuelles essentielles tenant notamment au prix des plats cuisinés à distribuer ou le volume d'affaires, il a engagé des frais de développement de son réseau […] le préjudice qu'il a subi du fait de l'engagement de frais lui est imputable sans faute de la société Mago Invest ».

Dans un arrêt du 12 novembre 2019[545], le caractère embryonnaire des négociations privait le demandeur de son droit à demander une indemnisation pour la rupture des pourparlers. Les juges considéraient que « les développements précédents ne permettent pas de retenir que les vendeurs n'ont fautivement pas poursuivi les négociations entreprises avec Madame Sandrine M. et Monsieur Alexandre T. sur une courte période, du 19 janvier, date des premiers courriels échangés, au 28 janvier 2019, date du message 'sms' du notaire les ayant avisés de l'existence d'un autre acquéreur. Madame Sandrine M. et Monsieur Alexandre T. ne sont dès lors pas fondés en leur demande de dommages et intérêts »

Un arrêt du 14 septembre 2021[546] reprenait cette distinction entre pourparlers embryonnaires et avancés. Pour les juges, « n'est pas abusive la rupture de pourparlers lorsque les négociations sont demeurées à un stade peu avancé, que les parties ne sont pas parvenues à un accord sur les points essentiels et que les cédants ont exprimé très rapidement au potentiel cessionnaire leurs réserves quant à la poursuite de l'opération ou encore lorsque l'offre formulée par l'une des parties comportait des exigences juridiques et financières qui n'étaient pas remplies à la date du courrier mettant fin aux pourparlers. En revanche peut engager sa responsabilité une société qui a contacté par son dirigeant des pourparlers avec une autre société pour lui céder ses actions, qui a fourni tous les éléments pour permettre de mener des pourparlers efficaces et constructifs jusqu'à un stade très avancé a laissé l'autre partie engager des frais et régler les conditions essentielles d'un commun accord pour finalement décider de ne pas vendre sans motif légitime développé ».

[545] CA Poitiers, 12 novembre 2019, n° 19/01674
[546] CA Reims, 14 septembre 2021, n° 20/01092

En principe, la rupture de négociations embryonnaires n'entraînera donc pas de responsabilité en droit français. Les tribunaux anglais seront eux aussi réticents à reconnaître une responsabilité dans une telle situation.

## B- L'importance de la liberté contractuelle en droit anglais

164. Comme le droit français, le droit anglais est basé sur le principe de liberté contractuelle, sur une doctrine de « laissez-faire ». Le principe est la liberté de rompre les négociations[547]. Des arrêts tels que *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* rappellent la liberté contractuelle[548]. D'autres tels que l'arrêt *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)*[549] confirment cette liberté et insistent sur le fait que les parties négocient à leurs risques et périls et sont libres de rompre les négociations à tout moment[550].

La situation factuelle analysée a donné lieu à l'arrêt *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd*[551]. La *Queen's Bench division* de la *High Court* a décidé qu'aucun contrat n'avait été conclu du fait que les parties savaient que de nombreux obstacles restaient à franchir et que la conclusion définitive du contrat nécessiterait des négociations détaillées[552]. Comme le déclarait le juge *Nicholas Strauss QC*, « De manière générale, les parties sont libres de mettre fin aux négociations à tout moment avant que le contrat soit conclu, que ce soit pour une bonne ou une mauvaise raison ou même sans raison, sans risquer d'engager leur responsabilité. Si tel n'était pas le cas, les personnes demandant des devis pourraient se retrouver responsables du paiement

---

[547] Voir supra

[548] *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827, *per* Lord Diplock *at* p. 848: "*a basic principle of the common law of contract is that the parties are free to determine for themselves what primary obligations they will accept*".

[549] *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)* [1995] 1 WLR 212

[550] Id., Ratee J. *at* p. 231: "*Where, however much the parties expect a contract between them to materialise, both enter negotiations expressly ... on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time ... any cost incurred by [either party] in preparation for the intended contract will be incurred at his own risk*".

[551] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd* [2000] C.L.C. 324 (Queen's Bench Division)

[552] Id. p. 338-339: "*A contract to employ Countrywide, if the bid succeeded, for reasonable remuneration would not be void for uncertainty, but no such contract was concluded. Both Mr Orme on the one side, and Mr Jones, Mr Hodgkins, Mr Barton and Mr Foley in succession on the other, knew that there would have to be detailed negotiations and there is nothing from which an intention to enter into a binding contract before the negotiations were concluded can properly be inferred. All the circumstances point in the opposite direction ».*

des frais engagés par les postulants malheureux »[553]. Ainsi, comme en droit français, le caractère embryonnaire de la négociation avait pour conséquence que la responsabilité d'ICL ne pouvait pas être engagée.

Le principe est donc l'absence de responsabilité précontractuelle tant en droit français qu'en droit anglais lorsqu'une partie rompt des négociations embryonnaires. Les droits français et anglais commencent à diverger légèrement, tout au moins quant aux principes, sur la question de savoir si l'absence de négociation du prix constitue une manifestation du caractère embryonnaire des négociations.

## II- RUPTURE DES POURPARLERS ALORS QUE LES PARTIES N'ONT PAS ENCORE NEGOCIE LE PRIX DU CONTRAT

165. Lorsque les parties ne se sont pas encore entendues sur le prix du contrat, le droit français est réticent à sanctionner alors que le droit anglais est plus enclin à reconnaître une obligation. L'analyse d'une nouvelle situation factuelle permet de comparer la réaction du droit anglais et du droit français et de confirmer cette différence. Malcolm, auteur d'un ouvrage, négociait avec l'Université d'Oxford la publication de celui-ci. Les parties s'étaient entendues sur le principe de la publication mais n'avaient pas abordé la question de la rémunération. L'université met fin aux négociations.

Les droits français et anglais ont une analyse différente de la place du prix dans la négociation Alors que le prix ne sera pas nécessairement un élément déterminant de la formation d'un contrat en droit anglais (A), le droit français lui accorde une place essentielle (B). Cet exemple montre que l'idée reçue selon laquelle il n'existe pas d'obligation précontractuelle en droit anglais alors qu'il en existe une en droit français, présentée dans l'introduction de cette thèse comme l'un des postulats de base défendus par la doctrine, n'est pas toujours vérifiée. Le droit anglais peut parfois être plus prompt à reconnaître une responsabilité précontractuelle que le droit français.

---

[553] Id., *per* Nicholas Strauss QC, *at* p. 340: "*[I]n general, parties are free to withdraw from negotiations at any time before a contact is entered into for good or bad reasons, or for none at all, without incurring liability. If it were otherwise, persons seeking quotes for work might routinely find themselves liable for the expenses of several disappointed bidders*"

## A- Le prix, un élément comme les autres en droit anglais

166. En droit anglais, la détermination du prix n'est pas un élément fondamental de la formation du contrat. Le juge vérifie si les conditions de formation du contrat sont bien remplies et, si tel est le cas, reconnaît la validité de celui-ci. Ainsi, si une partie émet une offre, acceptée par l'autre partie, que la prestation est prévue en contrepartie d'une *consideration*, et qu'il existe une intention de créer une relation juridique, même en l'absence de fixation du prix, il se pourrait qu'un juge anglais déclare qu'un contrat a été conclu. Ainsi, dans l'affaire *Malcolm v. University of Oxford*[554] qui a donné lieu à la situation factuelle analysée, le juge *Nourse LJ* a décidé que « mon opinion est que, durant leur conversation du 20 mai 1985, *M. Hardy* et *M. Malcolm* avaient conclu un contrat conditionnel pour la publication de l'ouvrage de *M. Malcolm*. Celui-ci devait recevoir une rémunération à un taux à définir entre eux, ou à défaut à un taux raisonnable. La condition de rédaction de l'ouvrage ayant été remplie, le contrat a force obligatoire. Je veux insister sur le fait que mon opinion résulte d'une analyse objective des paroles que les parties ont elles-mêmes échangées, et sans l'implication d'aucune clause par le juge ». La *Court of Appeal* décidait qu'un contrat d'édition avait bien été conclu. Le fait que les parties ne se soient pas entendues sur le prix n'avait pas pour effet de priver le contrat de validité.

De même, dans l'arrêt *EVP v. Malabu*[555], le juge utilise le mécanisme des *implied terms* pour une situation qu'on pourrait qualifier de précontractuelle. *Malabu* voulait vendre un champ de pétrole. Il a conclu un mandat exclusif avec *EVP*, sans prix fixé. *EVP* a plusieurs fois évoqué la somme de $200 millions mais aucun accord n'a été

---

[554] *Malcolm v Chancellor, Masters and Scholars of the University of Oxford (t/a Oxford University Press)* [1994] E.M.L.R. 17 (Court of Appeal (Civil Division)), *per* Nourse L.J.: "*I am therefore of the opinion that, during their telephone conversation on 20 May 1985, Mr Hardy and the appellant entered into a conditional contract for the publication by the respondents of the appellant's book; the appellant to receive a royalty at a rate to be agreed, in default of agreement at a fair rate. The condition having since been satisfied, the contract is enforceable at the suit of the appellant. I would emphasise my belief that this opinion has been formed on an objective view of the words in which the parties expressed themselves and without the implication of any term or terms"*.

[555] *Energy Venture Partners Ltd v Malabu Oil and Gas Ltd* [2013] EWHC 2118 (Comm): "*I conclude that the correct analysis, on the basis of the contractual arrangements as I have held them to be is that there was indeed an implied agreement between the parties that EVP would be paid a reasonable fee for its services in the event that it produced an offer in relation to which it would have been entitled to commission under the terms of the EVP Exclusivity Agreement as varied*".

trouvé. Il a travaillé un an et demi et trouvé un acquéreur. Le juge reconnaissait que le contrat était valable, refusait de reconnaître un accord pour $200 millions, mais acceptait un *implied term* selon lequel *EVP* devait être payé un prix raisonnable. Il fixait ce montant à $110 millions sur la base des négociations sur cette commission allant de 55 à 150 millions. Le juge décidait : « je conclus que l'analyse correcte, sur la base des engagements contractuels que j'ai reconnus, est qu'il existait un accord implicite entre les parties que *EVP* serait payé une somme raisonnable pour ses services s'il amenait une offre en relation avec laquelle il aurait eu droit à une commission ». « Par conséquent, je conclus que malgré les différentes clauses expresses de l'accord d'exclusivité d'*EVP*: i) un accord implicite doit être reconnu du fait du comportement postérieur des parties, qu'*EVP* serait payé une somme raisonnable pour ses services en cas de vente des biens d'*OPL*, à moins qu'il obtienne le paiement d'une commission ; ii) s'il est nécessaire d'avoir recours à l'analyse d'un *implied term* plutôt qu'un accord implicite ; alors à compter de l'entrée en vigueur de l'accord d'exclusivité d'*EVP*, un *implied term* doit être reconnu dans cet accord selon lequel *EVP* recevrait une rémunération raisonnable si les parties mettaient fin à leur mécanisme contractuel *AMP*, et *EVP* recevrait sinon une rémunération sur la vente des biens *OPL* »[556].

L'accord sur le prix n'est donc pas une condition *sine qua non* de la reconnaissance d'un contrat en droit anglais. Cette solution diverge du droit français qui exige en principe un accord sur le prix.

## B- L'importance particulière du prix en droit français

167. Alors que l'absence d'accord sur le prix n'interdit pas de manière certaine la formation du contrat en droit anglais, la situation est différente de l'autre côté de la Manche. En droit français, comme l'indique l'analyse de la situation précédente, le

[556] Ibid.: "*Accordingly I conclude that, despite the various express clauses of the EVP Exclusivity Agreement: i) an agreement is to be implied from the subsequent conduct of the parties, that EVP would be paid a reasonable fee for its services in the event of the disposal of the OPL assets, if it would otherwise have been entitled to a fee under the terms of the EVP Exclusivity Agreement as varied; ii) (if it is necessary to have recourse to the implied term analysis, as opposed to the implied agreement analysis), then: a) as from the date of the EVP Exclusivity Agreement, a term is to be implied in that agreement that EVP was to be paid a reasonable fee in the event that the parties subsequently abandoned the agreed AMP contractual mechanism and EVP would otherwise have been entitled to a fee on the disposal of the OPL assets*"

principe est qu'en présence de négociations embryonnaires, chacune des parties peut mettre fin aux négociations sans engager sa responsabilité. Les tribunaux français comme le Code civil déclarent en matière de vente qu'en l'absence de fixation du prix du contrat, aucun engagement contractuel ne peut en principe exister. Contrairement au droit anglais, le défaut d'accord sur le prix interdira en principe au juge de reconnaître la formation d'un contrat. Cette situation a une répercussion importante sur la responsabilité pour rupture des pourparlers. En effet, le juge français a tendance à considérer que tant que les parties n'auront pas abordé la question du prix, leur négociation est encore embryonnaire. Dans un arrêt du 22 juin 2020[557], un expert-comptable s'est rapproché d'un autre pour lui céder ses parts. Un « accord de confidentialité » mentionnait un processus de cession de la clientèle mais le cessionnaire n'a pas donné suite au projet d'acquisition. La cour refusait de reconnaître une responsabilité pour la rupture des négociations. Certes, « Un 'accord de confidentialité' signé le 12 mars 2015 par M. Yann G., représentant les sociétés intimées, revêtu d'un cachet et d'une signature de la société Consoleo, confirme 'l'intérêt porté' à l'acquisition de l'activité d'expertise comptable de la société Consoleo. Le 'processus' de cession de la clientèle est subordonné à la reprise des titres de la société 'dans une seule main' et porte sur les contrats clients récurrents, les ordinateurs du personnel, les deux contrats de travail, le serveur et les licences, les archives. Le prix de cession doit être proposé par M. Yann G. avant le 20 mars 2015, avec un calendrier de transmission. La nouvelle localisation 'pourra être [...]'. La société Exentys s'engage à ne pas démarcher les clients présentés sous un délai de trois ans en cas de désaccord ». Toutefois, « La société Consoleo ne justifie pas de l'existence d'un engagement pérenne avec la société Exentys. Celle-ci n'a en effet proposé aucun prix de cession dans le délai contractuel du 20 mars 2015. Constituant ses propres preuves, la société Consoleo ne produit aucun courrier mentionnant un élément de négociation, une reprise de titres, un 'rapprochement immédiat' ou un désaccord avec la société Exentys, ni même un élément probant sur le déménagement de salariés, d'équipements ou de dossiers ».

Si les faits de l'affaire *Malcolm v. University of Oxford* étaient présentés à un juge français, celui-ci ne constaterait probablement pas la formation du contrat d'édition.

[557] CA Paris, 22 juin 2020, n° 19/03756

L'absence d'accord sur le prix serait également un indice fort pour démontrer que les négociations sont embryonnaires. La partie qui rompt les pourparlers a, en droit français, moins de risque d'être sanctionnée si ceux-ci échouent du fait du désaccord sur les conditions financières de l'opération.

168. Le droit français a reconnu des exceptions à cette absence de validité des contrats sans prix. En présence de contrats de longue durée, les solutions française et anglaise se rejoindraient. Les tribunaux français reconnaissent en effet la validité des contrats de longue durée conclus entre des parties même si celles-ci n'ont pas abordé la question du prix ou, plus souvent, que celle-ci est laissée à l'appréciation de l'une des parties. La distinction disparaît donc dans ce cas.

Bien que les contours exacts de la responsabilité puissent différer, tant que le contrat n'est pas conclu, la rupture de négociations embryonnaires n'entraîne donc en principe aucune responsabilité ni en droit français, ni en droit anglais. Une responsabilité peut toutefois exister même au début de la négociation si un négociateur manque de sérieux lorsqu'il engage les pourparlers.

## SECTION 2 : L'OBLIGATION DE SÉRIEUX DANS L'INITIATIVE DE LA NÉGOCIATION

169. Même en présence de négociations embryonnaires, il est possible de sanctionner le négociateur qui a engagé des pourparlers sans réelle intention de conclure. C'est cette nécessité d'envisager la conclusion du contrat que nous qualifierons d'obligation de sérieux dans l'initiative de la négociation. Une partie qui engage des pourparlers sans avoir aucune intention de conclure un contrat manque donc à son obligation de sérieux. Ici encore, l'analyse d'une situation factuelle permet d'étudier la manière dont les juges de part et d'autre de la Manche répondraient à la même question. Les consorts X ont entamé des négociations avec la ville de Bressuire afin d'implanter une entreprise de traitement de surfaces. Les consorts X ont laissé croire à l'issue positive de celles-ci, alors qu'ils savaient qu'ils ne pourraient probablement pas obtenir le financement nécessaire au projet.

En l'absence de déclaration précontractuelle mensongère explicite, le droit français reconnaîtra largement une responsabilité (I), les juges anglais seront plus réticents à sanctionner le négociateur (II).

## I- L'OBLIGATION DE SINCERITE EN DROIT FRANÇAIS

170. En droit français, un certain degré de sincérité est exigé des parties pendant la négociation. Il faut que les parties entament les pourparlers avec le souhait de conclure. La Cour de cassation a appliqué ce principe dans l'arrêt Ossona c/ Al Esayi sanctionnant ce défaut de sincérité dans l'initiative de la négociation[558]. De même, dans un arrêt du 10 octobre 2002[559] qui a donné lieu à la situation factuelle analysée, les consorts X ont entamé des négociations en laissant croire à l'issue positive de celles-ci, alors qu'ils savaient qu'ils ne pourraient probablement pas obtenir le financement nécessaire au projet. Selon la Cour de cassation, l'ensemble des éléments étaient réunis pour reconnaître la responsabilité délictuelle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil. Les tribunaux français décident également que celui qui engage des négociations sachant qu'elles ne pourront pas aboutir, car l'opération envisagée est illégale, engage sa responsabilité vis-à-vis de son partenaire[560].

Si un juge anglais pourrait lui aussi reconnaitre une responsabilité, la solution n'est pas certaine.

## II- L'OBLIGATION DE NE PAS DONNER UNE IMPRESSION INEXACTE EN DROIT ANGLAIS

171. Confrontés à cette situation factuelle, les tribunaux anglais pourraient retenir une solution analogue. Elle serait toutefois basée sur un fondement différent et ne serait pas certaine. Le droit anglais, comme le droit français, accorde une place importante à la liberté contractuelle. Toutefois, ce principe est tempéré par

[558] Cass 1ère civ., 6 janvier 1998 (Ossona c/ Al Esayi), n° 95-19.199, publié au Bulletin. Dans cet arrêt, le juge avait également sanctionné la brutalité de la rupture, voir infra
[559] Cass 2e civ., 10 octobre 2002 (Ville de Bressuire c/ consorts X...), n° 01-03079, inédit
[560] Trib. Com de Paris, 21 octobre 1996, 6e ch, RJDAff 08-09/97 p. 693 n°998 et p. 722-723 n°1051.

l'application de la *misrepresentation*. Dans l'affaire que nous avons présentée, les consorts X ont entamé et poursuivi des négociations sachant qu'ils ne pourraient pas obtenir de financement pour acheter ce bien. Le droit anglais accepte de sanctionner l'auteur d'une déclaration inexacte sur les fondements du *tort of deceit (A)* et du *tort of negligent misrepresentation (B)*.

## A- L'action pour *tort of deceit*

172. Dans la situation factuelle objet de l'analyse, les consorts X. savaient qu'ils ne disposaient pas des capacités financières pour acheter. Toutefois, pour que l'action pour *deceit* réussisse, il faudrait apporter la preuve de deux éléments. Premièrement, l'intention de tromper ou le désintérêt quant à la vérité de l'information. Deuxièmement, l'existence d'une *representation*. Or, il n'existe pas de déclaration puisque le couple est resté silencieux. Les tribunaux anglais ont toutefois fait preuve d'une interprétation extensive de la notion de *misrepresentation* afin de pouvoir sanctionner de tels silences frauduleux. Dans un arrêt rendu en 1875[561], la *Court of Appeal* a reconnu qu'une action sur le fondement du *tort of deceit* pourrait être intentée si un acheteur avait promis d'acheter des biens, sachant pertinemment qu'il n'aurait pas l'intention de les payer. Il existerait une *representation* du fait que le client compte payer les biens. Comme le décidait le juge *Mellish*, « Il est vrai que, en effet, une partie ne doit pas émettre de *misrepresentation*, qu'elle soit expresse ou implicite. Dans le cas présent, je pense que quand *Shackleton* s'est présenté devant les biens à vendre, il doit être retenu comme ayant émis une *representation* implicite qu'il avait l'intention de les payer. Or il est clairement établi qu'à ce moment il n'avait aucune intention d'en payer le prix. Il s'agit dans cette situation d'un cas de *fraudulent misrepresentation* »[562]. Les juges anglais n'acceptent d'appliquer le *tort of deceit* que de manière parcimonieuse, lorsque toutes les conditions sont sans aucun doute remplies. Si elle est probable, la reconnaissance d'une action pour *deceit* n'est donc

[561] *Re Shackleton* (1875) LR 10 Ch. App. 446

[562] Ibid., per Sir G. Mellish, L.J at p. 449: "*It is true, indeed, that a party must not make any misrepresentation, express or implied, and as at present advised, I think that Shackleton when he went for the goods must be taken to have made an implied representation that he intended to pay for them, and if it were clearly made out that at that time he did not intend to pay for them, I should consider that a case of fraudulent misrepresentation was shewn. But I do not think this sufficiently made out".*

pas certaine dans cette situation factuelle, ce qui nécessiterait de se tourner vers le *tort of negligence*.

## B- Le *tort of negligence*

173. Depuis 1932, les tribunaux anglais acceptent d'appliquer l'action pour *tort* à des comportements non intentionnels par le biais de l'action pour *negligence*. Ses conditions d'application sont toutefois limitées, notamment en raison du refus d'indemniser les dommages purement économiques en l'absence d'une relation spéciale. Cette relation spéciale est reconnue en cas de *misrepresentation*. Dans cette situation, il semble difficile de reconnaître l'existence d'une « relation spéciale » exigée par les juges à défaut de *misrepresentation*[563]. Or, dans la situation factuelle analysée, il ne fait aucun doute que le dommage subi par la commune de Bessuire est purement économique et le couple a gardé le silence. Comme nous l'avons présenté au sujet du *tort of deceit*, les tribunaux font parfois œuvre de création et acceptent d'étendre le champ d'application de l'action à des *misrepresentation* implicites. Le fait pour les consorts X. d'entamer des négociations sans informer la ville de Bessuire qu'ils n'ont pas la capacité financière de contracter pourrait ainsi être analysé par les juges comme une *misrepresentation*. Le succès de cette action dépendrait du fait que le juge accepte d'avoir un rôle créateur et la solution n'est donc pas certaine.

En matière d'obligation de sérieux dans l'initiative de la négociation, la reconnaissance d'une déclaration précontractuelle sera ainsi fondamentale en droit anglais. Elle pourrait conditionner l'existence ou non d'une responsabilité à l'occasion de la rupture des pourparlers.

Si les négociations sont peu avancées, pourvu que les parties aient engagé les négociations avec une intention de conclure, les tribunaux français et anglais rechignent à accepter une responsabilité du seul fait de la rupture des pourparlers. Cette responsabilité va croître à mesure qu'avance la négociation.

[563] Voir supra

# CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DE NEGOCIATIONS AVANCEES

L'avancement des négociations met en lumière la différence de philosophie entre les droits étudiés. En présence de négociations avancées, une distinction apparaît entre le droit français, qui accepte souvent une responsabilité, et le droit anglais, qui demeure attaché au principe de liberté contractuelle (Section 1). Les tribunaux de part et d'autre de la Manche, lorsqu'ils reconnaissent une situation génératrice de responsabilité, exigent de la partie qui souhaite mettre fin aux pourparlers un motif légitime pour rompre les négociations (Section 2)

## SECTION 1 : LA DIFFERENCE DE PHILOSOPHIE ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS EN CAS DE RUPTURE DE NÉGOCIATIONS AVANCÉES

174. Des négociations avancées sont des pourparlers qui ont une certaine durée ou qui manifestent un certain engagement de la part des négociateurs du fait de leur intensité. L'avancement des négociations peut résulter du temps passé, des frais engagés dans la négociation, ou de l'intensité de la négociation elle-même. Plusieurs de ces éléments sont bien entendu souvent présents simultanément. Face à la rupture de telles négociations, les deux droits étudiés apportent une solution différente.

Un excellent exemple de pourparlers avancés provient de la situation factuelle qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1998[564]. En l'espèce, la société Poleval avait mis au point un procédé de conditionnement de médicaments appelé Diapack, pour lequel elle avait déposé un brevet le 28 mai 1985 et un brevet additif le 21 novembre 1987, pour protéger notamment l'exploitation du procédé à l'étranger. Cette société avait engagé des pourparlers avec la société Sandoz Suisse dans le courant de l'année 1987. Plusieurs réunions avaient eu lieu et des correspondances avaient été échangées. La société Sandoz Suisse avait adressé à la société Poleval plusieurs projets de contrat. La société Poleval y avait répondu favorablement mais,

[564] Cass. Com., 7 avril 1998 (Sandoz c. Poleval), n° 95-20361, inédit

après avoir réalisé des études de faisabilité, la société Sandoz Suisse avait fait connaître à son interlocuteur, le 19 décembre 1989, qu'elle n'entendait pas donner suite au projet. Cependant, la société Sandoz France, sa filiale française, avait poursuivi les études de faisabilité engagées par sa maison mère et continué les négociations avec Poleval. Les relations ont été définitivement rompues entre les deux sociétés à la fin du mois d'août 1990.

Face à une telle situation, les droits français (A) et anglais (B) réagiront de manière différente pour dégager une responsabilité.

## I- LA RECONNAISSANCE EN DROIT FRANÇAIS D'UNE RESPONSABILITE POUR RUPTURE DE NEGOCIATIONS AVANCEES

175. En droit français, l'avancement des pourparlers a un effet sur la responsabilité. Les tribunaux considèrent que le fait de rompre des négociations alors que celles-ci sont avancées peut constituer un fait générateur de responsabilité. Dans l'affaire Sandoz c/ Poleval[565], la Cour de cassation a considéré que la négociation était arrivée à un point de non-retour qui obligeait Sandoz à indemniser Poleval pour le préjudice subi du fait de la rupture du seul fait que la négociation était avancée. La Cour a sanctionné « le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord définitif qui n'a été abandonné selon les propres dires de la société Sandoz que pour des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit, ce dont il résulte que la rupture de pourparlers s'étant étendus sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études ne tenait aucunement au résultat des dites études et se trouvait dépourvue de motif légitime ». La Cour a donc accepté d'indemniser Poleval qui avait « immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période et avait également de ce fait divulgué son savoir-faire ». Un arrêt du 13 février 2020[566] tenait compte, lui aussi, de l'avancement des pourparlers et retenait la responsabilité. Les juges constataient qu'en « l'espèce, il est produit divers documents, études et courriels justifiant, au-delà du contrat initial, de l'état d'avancement des

[565] Op. cit.
[566] CA Montpellier, 13 février 2020, n° 19/04391

négociations pour un projet global de co-promotion, des réunions et démarches ayant été entreprises auprès de l'agglomération de Valence et un projet d'accord et de statut de société civile de construction vente a été établi. Monsieur Jean-Léo, en conflit avec son frère, reconnaissant d'ailleurs dans un courriel du 23 septembre 2018 'le travail, le temps et l'énergie consacrés' alors que dans un autre courriel datant du 18 juillet 2018, il admettait qu'il pourrait y avoir une « facturation équitable pour tout le travail accompli ».

176. L'avancement des pourparlers peut résulter de la durée ou de l'intensité de ceux-ci. Ainsi, la seule durée des pourparlers est insuffisante pour considérer que ceux-ci sont avancés. Dans un arrêt du 25 mars 2022[567], les pourparlers entre une société et un sous-traitant potentiel avaient duré deux ans. Les juges refusaient toutefois de reconnaître la responsabilité pour rupture des pourparlers, au motif que « Les appelantes échouent en outre à démontrer que la société Baudin Châteauneuf aurait entretenu son partenaire dans la certitude d'un accord, la durée des discussions et leur intensité n'ayant pas atteint un degré suffisant pour faire croire légitimement l'imminence d'un accord. Il est en revanche établi que la durée des pourparlers infructueux entre 2015 et 2017, malgré la multiplication des offres, n'est pas constitutive d'une faute en elle-même ». Un arrêt du 5 octobre 2020[568] retenait pour sa part que « Le projet de cession ne comportait ni le prix de cession provisoire, ni le complément de prix plafonné, ni le paiement du prix. En outre, la garantie d'actif et de passif n'était pas précisée […] Dans ces conditions, l'imprécision du projet ne permet pas de qualifier les pourparlers engagés comme étant avancés ».

Si le droit français tient compte de l'avancement des pourparlers, le droit anglais adopte un point de vue différent, bien que toute responsabilité ne soit pas exclue.

## II- L'ABSENCE DE PRINCIPE DE RESPONSABILITE POUR RUPTURE DE NEGOCIATIONS AVANCEES EN DROIT ANGLAIS

[567] CA Paris, 25 mars 2022, n° 21/07332
[568] CA Paris, 5 octobre 2020, n° 19/12502

177. Les juges anglais sont très attachés à la vision aléatoire du contrat et sont moins enclins que les juges français à reconnaître une responsabilité pour rupture des pourparlers. Le fait de rompre des négociations, même avancées, n'est pas en lui-même générateur de responsabilité, comme le montre la citation du juge *Ratee J.* dans l'arrêt *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp*[569]. Dans cette affaire, la société Regalian Properties Plc (Regalian) négociait avec London Dockland Development Corporation (LDD) l'achat d'un terrain afin d'y réaliser une opération de promotion immobilière. Regalian offrit 18,5 millions de livres sterling. *LDD* accepta « *subject to contract* ». La rédaction définitive du contrat et la réalisation des différentes conditions furent assez longues. Entre temps, Regalian avait dépensé £3m en études de faisabilité, mais le prix de l'immobilier avait chuté et Regalian tenta de le renégocier. Les parties ne tombant pas d'accord, le contrat ne fut pas conclu. Le juge déclarait que « quel que soit le niveau d'attente des parties quant à la matérialisation du contrat entre eux, chacune entre en négociation expressément […] sur le principe selon lequel chacune des parties est libre de rompre la négociation à tout moment […] toute dépense engagée par chaque partie en prévision du futur contrat est engagée par celle-ci à ses propres risques ». Si la solution de cette affaire peut, dans une large mesure, être expliquée par la présence d'une clause « *subject to contract* » dans la négociation, cette déclaration du juge *Ratee J.* ou la citation de *Lord Ackner* dans l'arrêt *Walford v. Miles*[570] montrent que les juges anglais sont attachés au principe de la liberté contractuelle et au caractère aléatoire de la négociation et rechignent à reconnaître une responsabilité pour rupture des pourparlers. Ainsi, dans la situation factuelle de l'affaire Sandoz c/ Poleval, un juge anglais aura, semble-t-il, plus tendance à refuser de sanctionner un tel comportement si la victime n'apporte pas la preuve d'une déclaration précontractuelle erronée. Contrairement au droit français, il faut donc que les parties utilisent un autre argument que celui de la seule rupture de négociations avancées pour convaincre un juge anglais de reconnaître une responsabilité pour rupture des pourparlers. Or, les seules actions éventuellement possibles sont fondées sur une déclaration d'une partie (*misrepresentation, estoppel,*

[569] *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (regalian)* [1995] 1 All ER 1005, [1995] 1 WLR 212, *per Ratee J, at p*. 231: "*[w]here, however much the parties expect a contract between them to materialize, both enter negotiations expressly ... on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time ... any cost incurred by [either party] in preparation for the intended contract will be incurred at his own risk*".
[570] Op. Cit.

*restitution, collateral contract*) ce qui, en l'absence d'une telle déclaration, exigera un rôle créateur du juge. On pourrait imaginer un *promissory estoppel* mais il semble peu probable que le juge reconnaisse un « *strong case* » dans cette affaire. Il n'existait aucune déclaration prévoyant le remboursement des frais précontractuels, même dénuée de *consideration*. Un juge pourrait éventuellement considérer que le fait de continuer à négocier constituait une *representation.* Ce serait le cas, par exemple, si on pouvait prouver que Sandoz avait maintenu les négociations afin de retarder la mise sur le marché du produit pour lancer son propre procédé de conditionnement ou favoriser un autre partenaire. Il ne semble pas évident non plus que Sandoz ait agi avec un désintérêt manifeste quant à la vérité de la *representation*, consistant à avoir la volonté de conclure le contrat. Le fait que les négociations aient été poursuivies par Sandoz France démontrerait au contraire que Sandoz était intéressé par la conclusion éventuelle du contrat. Il est donc peu probable que le *tort of deceit* soit reconnu dans cette affaire. En l'absence de *deceit*, il est possible d'agir pour *misrepresentation* sur le fondement du *tort of negligence*. Le contrat n'étant pas formé, le *Misrepresentation Act* 1967 ne s'applique cependant pas et il faudrait donc prouver les éléments de la *negligent misrepresentation.* On a bien ici une *duty of care* de Sandoz envers Poleval, provenant de la déclaration aux termes de laquelle Sandoz souhaite négocier avec Poleval en vue de conclure le contrat. Poleval est clairement le destinataire de cette déclaration (*proximity*). Ainsi, pourrait constituer un *breach of duty* le fait pour Sandoz de rompre les négociations pour des raisons purement internes. Les éléments de dommage, *cause in fact* et de *proximate cause* sont également ici remplis. Poleval a subi un dommage en engageant des frais précontractuels et en immobilisant son procédé pendant 4 ans et celui-ci résulte de la *misrepresentation*. Il serait donc possible d'établir les éléments du *tort of negligence*. Cependant, cette action nécessite la preuve de l'existence d'une déclaration précontractuelle. De plus, le dommage dont Poleval demande réparation est un dommage purement économique. Or, comme nous l'avons déjà souligné, les tribunaux anglais sont, de manière générale, hostiles à indemniser un tel dommage sauf à établir une relation spéciale ou une *misrepresentation*.

178. Les faits de l'affaire Sandoz c/ Poleval caractérisent probablement l'une des situations de responsabilité pour rupture des pourparlers dans laquelle la différence de

conception entre droit français et droit anglais est la plus nette. Les juges français reconnaissent que, passé un certain stade de la négociation, toute rupture des pourparlers entraîne une responsabilité, à moins d'avoir une raison valable de rompre. Les juges anglais, à l'inverse, refusent par principe toute responsabilité à moins qu'on soit en présence d'une déclaration précontractuelle erronée.

En présence de négociations embryonnaires, une partie peut donc souvent rompre sans avoir besoin de donner une raison. En revanche, dès que les négociations avancent, leur rupture peut entraîner une responsabilité. Lorsque le fait générateur est présent, il est toutefois possible d'échapper à la responsabilité lorsque l'auteur de la rupture dispose d'une raison valable de rompre.

## SECTION 2 : L'EXISTENCE D'UN MOTIF LÉGITIME DE RUPTURE

Même en présence de négociations avancées, celui qui rompt ne sera pas responsable s'il dispose d'un motif légitime. En droit français comme en droit anglais, une raison extérieure peut permettre la rupture sans que l'auteur engage sa responsabilité. Sur ce point, le droit français et le droit anglais se rejoignent. Le motif légitime de rupture peut être lié à l'absence d'accord entre les parties (I) ou à la survenance d'un nouvel élément (II).

### I- L'ABSENCE DE RESPONSABILITE EN CAS DE DESACCORD PERSISTANT

179. Tant le droit français que le droit anglais admettent la rupture des pourparlers, même avancés, en présence d'un désaccord persistant entre les parties.

Il est possible que la négociation échoue parce que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur les éléments du contrat. Dans ce cas, ni les juges français, ni les juges anglais n'engageront la responsabilité de l'auteur de la rupture. L'analyse d'une situation factuelle permet de constater la similarité de l'approche des deux systèmes

juridiques[571]. *M. Hussey* négociait avec les époux *Payne* pour acheter leur immeuble. Les parties s'étaient entendues sur le prix du bien, en l'occurrence £37.000. Il était prévu que le prix serait payé à crédit, selon des modalités à définir entre les parties[572]. Or les parties ne parvinrent pas à un accord sur les modalités de paiement du prix et la négociation avorta. Dans cette situation, tant le droit anglais (1) que le droit français (2) refuseront d'engager la responsabilité de l'auteur de la rupture.

## A- La liberté contractuelle en droit anglais

180. En droit anglais, le principe est la liberté de rompre. Comme l'a montré l'analyse des situations factuelles précédentes, en l'absence de déclaration ou d'engagement précontractuel, les juges anglais sont réticents à reconnaître une responsabilité précontractuelle, même lorsque les négociations sont avancées. C'est encore plus vrai lorsqu'un élément essentiel du contrat reste à négocier. Il est improbable dans ce cas qu'un juge anglais prononce une indemnisation du seul fait de la rupture des négociations. Ici, les négociations échouent en raison d'un désaccord sur les éléments essentiels du contrat. La rupture n'entraînera donc probablement aucune responsabilité puisqu'aucune déclaration n'a été émise. Ainsi, dans l'arrêt *Hussey v. Horne Payne*[573], la *House of Lords* refusa de sanctionner les époux qui avaient mis fin aux négociations pourtant avancées, au motif que les parties étaient encore en négociation et avaient été confrontées à un désaccord persistant sur un élément important de leur consentement[574].

Le droit français, lui aussi, refusera de sanctionner les parties dont les négociations échouent en raison d'un désaccord persistant.

## B- L'absence de responsabilité en droit français

[571] *Hussey v. Horne Payne* (1879) 4 App Cas 311
[572] On retiendra pour les besoins de la comparaison que, comme dans l'arrêt *Hussey v. Horne Payne*, les modalités de paiement du prix étaient dans le champ contractuel et considérées par les parties comme essentielles pour la formation du contrat.
[573] Op. cit.
[574] Voir introduction p.

181. En droit français, du fait du principe de liberté contractuelle, les parties n'ont pas l'obligation d'aboutir à un accord. Tant que les éléments de formation du contrat ne sont pas réunis, les parties ne sont pas liées par un contrat. Les juges ne sanctionnent pas l'échec des pourparlers en lui-même, mais la faute commise à l'occasion de la rupture. Comme on l'a vu, le seul fait de ne pas aboutir à un accord et de mettre fin aux négociations n'entraîne pas une responsabilité, même si les pourparlers sont très avancés. Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 2014[575], la Cour de cassation décidait que « la rupture des pourparlers litigieux, qui avait résulté non d'un manquement imputable à faute à M. X... mais d'une absence d'accord entre les parties, n'avait pas été brutale ». Dans un arrêt du 25 mars 2022[576], les juges décidaient que « les appelantes ne justifient pas que la rupture des pourparlers, pour subite ou déceptive qu'elle ait pu être, était abusive de la part de la société Baudin Châteauneuf qui n'avait fait qu'user de la liberté qu'elle avait, à ce stade des négociations, de ne pas contracter au vu de la persistance des désaccords sur les conditions imposées par la société Engie Cofely ».

En droit français comme en droit anglais, le fait que les parties ne s'entendent pas sur un élément du contrat et mettent fin à leur négociation n'entraîne donc pas, pour cette seule raison, leur responsabilité. De même, la survenue d'un nouvel élément peut permettre aux parties de mettre fin à leur négociation sans que cette rupture constitue un fait générateur de responsabilité.

## II- LA DECOUVERTE OU LA SURVENANCE D'UN NOUVEL ELEMENT

Même lorsque la négociation est avancée, il peut arriver qu'un nouvel élément change les paramètres de la négociation et autorise l'une ou l'autre des parties à rompre celle-ci, comme le montre l'analyse d'une situation factuelle. TRW a conduit des pourparlers avec la société ZAD en vue de construire un airbag pour les véhicules de son client PSA. Après des pourparlers avancés, PSA a informé TRW de sa volonté de privilégier une autre solution technique et TRW a immédiatement informé ZAD de la

[575] Cass. 1ère civ., 20 mars 2014, n°12-28318, inédit
[576] CA Paris, 25 mars 2022, n° 21/07332, p. 421

fin des pourparlers. Dans cette situation, tant le droit français (A) que le droit anglais (B) permettront de mettre fin aux pourparlers.

## A- Le motif légitime de rupture en droit français

182. En droit français, il n'y aura pas de rupture fautive des pourparlers si celui qui rompt disposait d'une raison valable de le faire. Un arrêt du 1er février 2018[577] précisait que la responsabilité serait dans ce cas exclue même en présence de pourparlers avancés. Dans cette affaire, le propriétaire d'un centre commercial a négocié la vente d'une parcelle à un acquéreur potentiel, précisant qu'il ne souhaitait pas vendre tant qu'il n'aurait pas la certitude que le lot lui restant disposerait du nombre de places de parking requis pour sa propre activité commerciale. Or, après des négociations très avancées, l'acquéreur a soumis un projet la veille de la signature notariée. Les juges constataient que celui-ci « fait apparaître de nombreuses modifications et suppression par ajouts et ratures, et, notamment, on peut constater que la servitude de parking a été retirée et que les frais et autres accessoires à la vente sont mis à la charge du vendeur. Ainsi, c'est avec raison que la société FLORIMMO soutient que, au cours de la réunion du 6 juillet 2012 il ne lui a pas été possible de se prononcer immédiatement sur les modifications substantielles apportées au projet qui s'avérait, en tout état de cause, non conforme à ses exigences concernant le prix de vente et la gestion du parking. Malgré la durée des pourparlers, rien ne permet aux appelants d'affirmer que, connaissant les exigences des vendeurs non prises en compte dans le contre-projet qui leur était soumis, la vente allait être contractualisée le 6 juillet 2012. Au contraire, eu égard au contenu du projet ultime de compromis de vente et à la complexité des exigences des parties à concilier, le refus de signature et la rupture des pourparlers apparaissaient prévisibles et, en tout état de cause, ne peuvent être qualifiés de fautifs. La société FLORIMMO avait ainsi des raisons suffisantes et légitimes pour décevoir les espoirs des consorts LE B. d'une bonne fin des négociations ».

[577] CA Rennes, 1er février 2018, n° 14/05742

Dans l'arrêt du 13 novembre 2013[578] qui a donné lieu à la situation factuelle analysée, la Cour de cassation considérait que le changement d'avis du client final permettait de mettre fin aux négociations entre le contractant et son sous-traitant potentiel. La Cour décidait en effet « qu'ayant retenu que la rupture notifiée le 12 mai 2005 était fondée, de manière claire et non équivoque sur le fait que le 9 mai 2005, la société PSA avait décidé de recourir à une solution alternative pour la fourniture de coussins, ce qui privait d'intérêt la poursuite de la collaboration entre la société TRW et la société ZAD, relevé qu'aucun élément ne permettait de considérer que la société TRW soit intervenue dans la survenance de cette décision et qu'elle n'avait pas elle-même repris le marché à cette occasion, et écarté tout abus ou déloyauté dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers, tiré du comportement de la société TRW au cours des négociations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à d'autres recherches, a légalement justifié sa décision ». Ainsi, en l'absence d'un autre fait générateur de responsabilité lié aux circonstances de la rupture, une partie peut mettre fin aux pourparlers si un événement extérieur rend le contrat sans objet[579].

La solution sera analogue en droit anglais.

## B- La liberté contractuelle en droit anglais

183. En droit anglais, chaque partie est en principe libre de rompre la négociation à tout moment et pour n'importe quelle raison. La limite principale est l'existence d'une *misrepresentation*. Face à une raison qui justifierait la rupture, on peut penser que les juges anglais seront d'autant plus enclins à refuser toute responsabilité. Comme en droit français, en présence d'un motif légitime de rupture, une partie peut donc rompre les négociations. La reconnaissance d'un motif légitime de rupture peut être déduite de l'analyse de l'arrêt *The Lisheen Mine v. Mullock*[580]. Lisheen Mine a fait un appel

[578] Cass. Com., 13 novembre 2013, n° 12-25043, inédit

[579] On pourrait imaginer un tel changement également si, après une négociation avancée, une modification législative ou fiscale rendait l'opération envisagée illégale ou la privait de la rentabilité espérée.

[580] Ibid, *The Lisheen Mine v. Mullock & Sons (Shipbrokers) Ltd & ors* [2015] IEHC 50, &151: "*On 2nd January 2013 The Lisheen Mine then asked Mullock and Sons to nominate a suitable vessel at their earliest convenience. This request however to nominate a vessel occurred in the context where there had only been negotiations in respect of a draft charter- party agreement but no concluded charter- party agreement. 9. Subsequently the parties had a major dispute about the nomination of the suitable vessel and one could not be agreed. Then*

d'offre pour un contrat de transport par bateau. Il fallait un accord cadre et un contrat de transport (*charter party*). Lisheen a sélectionné Mullock et Vertom pour le contrat cadre et a débuté la négociation du contrat de *charter party*. Pendant cette négociation, Lisheen a demandé à Mullock et Vertom de préparer un premier transport. Les parties ne se sont pas entendues sur le bateau à utiliser et Vertom a sélectionné un sous-traitant sans l'accord de Lisheen. Lisheen a rompu les pourparlers. Le juge décidait qu'il n'y avait pas de contrat. Lisheen avait rompu les négociations après que Mullock ait sélectionné un bateau non adapté sans l'accord de Lisheen. Mullock agissait sur un fondement contractuel et l'argument d'une responsabilité précontractuelle n'était pas soulevé dans cette affaire mais on peut déduire des faits de cette affaire le fait que la faute commise par la victime pendant la négociation justifiait la rupture par Lisheen.

Outre l'avancement des pourparlers, le comportement des parties pendant la période précontractuelle peut, lui aussi, avoir une influence sur leur responsabilité.

## SOUS-TITRE 2 : LES CIRCONSTANCES LIEES AU COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL

Une partie peut engager sa responsabilité du fait de son comportement, durant la négociation (Chapitre 1) ou à l'occasion de la rupture des négociations (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : LE COMPORTEMENT DES PARTIES PENDANT LA NEGOCIATION

Deux types de comportements précontractuels peuvent être sanctionnés à l'occasion de la période précontractuelle. Une partie peut engager sa responsabilité en raison de son comportement lui-même à l'occasion de la négociation (Section 1). La prolongation des pourparlers alors que le négociateur n'a plus l'intention de contracter peut également constituer un fait générateur de responsabilité (Section 2).

---

*Vertom/Mullock and Sons nominated a specific vessel without the consent of The Lisheen Mine or Lisheen Milling Ltd and Lisheen Mine and Lisheen Milling Ltd broke off all further negotiations between the parties*"

## SECTION 1 : LA SANCTION DU COMPORTEMENT PRÉCONTRACTUEL

La période précontractuelle peut imposer aux parties en négociation de respecter la confidentialité des informations transmises (I) et de ne pas entamer de négociations parallèles (II).

### I- L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITE

184. Tant le droit français que le droit anglais reconnaissent une obligation précontractuelle de confidentialité. L'ouverture de négociations impose souvent l'échange d'informations confidentielles. En effet, un investisseur refusera par exemple d'acquérir une entreprise s'il n'a pas accès aux données financières, à la stratégie de l'entreprise et à ses secrets de fabrication. Le fait d'entamer une négociation dans le seul but d'obtenir des informations confidentielles est sanctionné, tant par le droit français que par le droit anglais, sur le fondement de l'obligation de sérieux dans la négociation qui impose aux négociateurs d'avoir l'intention de conclure un contrat. Il peut arriver également que des négociations s'engagent sérieusement, mais que l'un des négociateurs utilise les informations qu'il a obtenues à l'occasion de ces négociations. L'analyse d'une situation factuelle permet de comparer l'approche des juges français et anglais face à cette question. M. Rousset a mis au point un procédé pour l'érection de constructions en béton. Avant que ce procédé soit breveté, il est entré en négociation avec la société Les Chantiers Modernes. Suite à l'échec des pourparlers, la société Les Chantiers Modernes a utilisé le procédé de M. Rousset sur l'un de ses chantiers sans l'accord de ce dernier. Bien qu'ils utilisent des fondements différents, tant le droit français (A) que le droit anglais (B) reconnaissent une obligation de confidentialité à l'occasion de la négociation.

#### A- L'action en concurrence déloyale en droit français

185. En droit français, si une invention est protégée par un droit de propriété intellectuelle, son utilisation sans autorisation constitue une infraction pénale de

contrefaçon[581]. Si tel n'est pas le cas, il est possible d'agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle, et notamment de l'action en concurrence déloyale[582]. Les parties peuvent également conclure un contrat de confidentialité. Dans la situation factuelle analysée, Rousset n'avait pas encore déposé son brevet. Aucune action pénale n'était donc possible. En outre, aucun contrat relatif à la confidentialité n'avait été conclu. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu que la société Les Chantiers Modernes avait commis une faute délictuelle de concurrence déloyale et condamné la société à payer 75.000 francs de dommages et intérêts, après avoir déclaré que « les Chantiers Modernes se sont, à l'occasion des pourparlers avec Rousset, emparés des indications techniques fournies par celui-ci, et ont sans autorisation abusivement mis en œuvre les méthodes ainsi venues à leur connaissance »[583].

Le droit anglais arrivera à une solution comparable mais utilisera un fondement différent.

## B- Le recours à l'*equity* en droit anglais

186. En droit anglais, les informations confidentielles sont protégées de plusieurs manières. Comme en droit français, si l'information est protégée par un droit de propriété intellectuelle ou industrielle, une action pénale pour *forgery* sera possible[584]. Les parties peuvent également conclure un contrat de confidentialité. En l'absence de contrat, il existe une action en *equity* pour *breach of confidence*.

Dans la situation factuelle analysée, un juge pourra aisément considérer que les informations transmises par Rousset à la société Les Chantiers Modernes à l'occasion des pourparlers étaient de nature confidentielle. Le fait que la négociation porte précisément sur la cession de cette invention justifie que l'information ait été transmise dans un contexte impliquant une confidentialité. La société Les Chantiers

[581] Code de la propriété intellectuelle, article L. 615-12 et suivants
[582] Voir par exemple CA Paris, 4e Ch, 28 mars 1985, Michel Leclerc et a. c/ Edouard Leclerc, D. 1986, I.R., p. 86, obs. J.J. Burst
[583] Cass. Com. 3 octobre 1978 (Rousset c/ Société Les Chantiers Modernes), n° 77-10915, publié au Bulletin
[584] *Patents Act* 1977

Modernes a effectivement fait un usage non autorisé de ces informations en utilisant le procédé sur un de ses chantiers. Il est donc probable que le juge anglais ferait, lui aussi, droit à la demande de Rousset.

Tant le droit français que le droit anglais acceptent donc de sanctionner la violation de la confidentialité des informations transmises à l'occasion des négociations. La différence entre ces deux droits tient principalement à la nature du recours. Le juge français se baserait sur la responsabilité délictuelle. Un juge anglais se fonderait sur le *breach of confidence* qui est une action en *equity*. Le juge français ne pourrait pas refuser d'engager la responsabilité du défendeur si les conditions en étaient remplies. L'action en *equity* est quant à elle laissée à la discrétion du juge, qui ne l'applique que s'il estime que cette action est justifiée. Le juge anglais reste maître de l'opportunité de condamner, même si toutes les conditions sont remplies, et peut adapter la sanction.

L'utilisation par une partie à son profit d'une information confidentielle peut donc entraîner la responsabilité précontractuelle de celle-ci en droit français comme en droit anglais. Les solutions pourront en revanche diverger lorsqu'une partie mène des négociations parallèles.

## II- LA RESPONSABILITE DU FAIT DE NEGOCIATIONS PARALLELES

Tant que le contrat n'est pas conclu, les parties sont libres de ne pas contracter ensemble. Le fait de négocier simultanément avec plusieurs partenaires potentiels est une attitude habituelle afin d'obtenir les meilleures conditions contractuelles. Dans la plupart des cas, les juges français et anglais admettent la légalité d'un tel comportement. Il arrive toutefois que ce comportement soit sanctionné. L'analyse est différente selon le degré d'avancement des négociations. Alors que la sanction sera peu probable en cas de négociations embryonnaires (A), l'intensité de l'obligation va croître à mesure que les négociations avanceront (B).

### A- Négociations parallèles et pourparlers peu avancés

Lorsque les pourparlers sont à leur début, les parties peuvent en principe mener des négociations parallèles sans engager leur responsabilité.

De nouveau, l'analyse d'une situation factuelle permet de comparer la réaction des droits français et anglais. M. X souhaite construire un supermarché. Il entre en négociations avec la société ATAC pour conclure un contrat de franchise mais décide finalement de conclure avec la société Casino, avec laquelle il entretenait des négociations parallèles. Dans une telle situation, les droits français (1) et anglais (2) adopteront une solution similaire.

### 1) La liberté contractuelle en droit français

187. En droit français, le principe est celui de la liberté contractuelle. Les parties sont libres de choisir leur contractant et libres de rompre la négociation. En l'absence d'engagement précontractuel, la seule limite à la liberté précontractuelle est l'application de la responsabilité délictuelle. Le fait de mener des négociations parallèles n'est pas en soi une attitude qui justifie la responsabilité. Ainsi, dans l'arrêt qui a donné lieu à la situation factuelle[585], un franchiseur engageait la responsabilité d'un candidat franchisé qui avait rompu les pourparlers pour choisir un autre franchiseur. La Cour de cassation, pour refuser la responsabilité, a tenu compte du fait que « la société Atac était consciente de l'existence de franchiseurs concurrents ». Comme indiqué précédemment, des arrêts de la Cour de cassation du 12 mai 2004[586] et de la cour d'appel de Caen du 6 janvier 2009[587] confirment cette solution.

Il faudrait donc prouver une faute détachable de la seule existence de négociations parallèles, telle, par exemple, dans l'arrêt Manoukian qu'une prolongation fautive des pourparlers, pour sanctionner le fait d'avoir entretenu des négociations parallèles.

### 2) L'absence de sanction des négociations parallèles en droit anglais

188. En droit anglais, le principe est également celui de la liberté contractuelle. Tant que le contrat n'est pas conclu, les parties n'ont pas d'obligations l'une envers

[585] Cass. Com. 26 mars 2008, n°07-11026, inédit
[586] Cass. Com., 12 mai 2004, n° 00-15618, publié au Bulletin
[587] CA Caen, 6 janvier 2009, n° 07/02486

l'autre et ne sont donc en principe pas responsables si elles mènent des négociations parallèles. Les limites à cette absence de responsabilité sont l'existence d'un engagement contractuel d'exclusivité de négociation (*collateral contract*), ou d'une *misrepresentation*. Dans la situation factuelle analysée, si aucun avant-contrat n'a été conclu et qu'aucune déclaration n'a été émise, un juge anglais refusera toute responsabilité au profit du franchiseur qui n'a finalement pas été sélectionné.

Lorsque les négociations sont embryonnaires les parties peuvent donc mener des négociations parallèles. Tel n'est pas nécessairement le cas lorsque les pourparlers sont avancés.

## B- Négociations parallèles et pourparlers avancés

189. Une situation factuelle marque la différence d'analyse des droits français et anglais s'agissant du fait de mener des négociations parallèles alors que les pourparlers sont avancés. La société Dubreuil a entamé des négociations afin de vendre des actions à la société Vittel. Ces pourparlers ont donné lieu à de nombreux échanges et à des négociations avancées. Tout en continuant à négocier la vente de ces actions, le vendeur mène des négociations parallèles, puis rompt les pourparlers avec le négociateur initial. Aucune déclaration précontractuelle n'a été émise au terme de laquelle la société Dubreuil n'entretiendrait pas de négociations parallèles.

Face à des négociations avancées, l'environnement de la négociation change et peut rendre fautive l'existence de négociations parallèles. Les droits anglais (1) et français (2) divergent toutefois quant à la reconnaissance d'une responsabilité.

### 1) La sanction en droit français

190. En droit français, le principe de liberté contractuelle est tempéré par l'obligation de loyauté précontractuelle. Cette affaire est différente de la situation factuelle précédente. En effet, les négociations sont ici avancées. Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris décidait que la société Dubreuil avait commis une faute précontractuelle en menant des négociations parallèles tout en continuant à négocier la

vente des actions et condamné cette société à indemniser la société Vittel pour le préjudice subi[588].

L'analyse de cette situation factuelle et sa comparaison par rapport à la situation précédente montrerait donc que l'avancement et l'intensité des pourparlers ont en droit français une influence sur la sanction des négociations parallèles. La responsabilité n'est toutefois pas automatique. Dans l'arrêt du 13 novembre 2013[589] déjà cité, TRW avait négocié pendant 9 mois avec ZAD pour élaborer un cousin d'airbag pour son client PSA. Il avait mené des négociations parallèles avec un autre fournisseur. PSA avait ensuite décidé de recourir à la solution alternative proposée par cet autre sous-traitant. La Cour de cassation distinguait entre la possibilité de mener des négociations parallèles et la responsabilité liée à la rupture elle-même. Elle déboutait le sous-traitant évincé sur ces deux fondements. D'une part, « rien n'interdisait à la société TRW de rechercher d'autres collaborations en l'absence de promesse d'exclusivité faite à la société ZAD ». D'autre part, « les faits en cause n'établissent pas la preuve d'une déloyauté, d'un abus ou d'un détournement de savoir-faire ». Ainsi, le fait de mener des négociations parallèles n'était pas, en lui-même, répréhensible aux yeux du juge.

Alors que des juges français pourraient sanctionner des négociations parallèles lorsque les pourparlers sont avancés, les juges anglais y sont plus réticents.

### 2) La position du droit anglais face à des négociations parallèles en présence de pourparlers avancés

191. En droit anglais, la solution ne serait pas forcément identique. Le droit anglais est très attaché à la vision aléatoire des négociations et à une vision « adversariale »[590] des négociations, dans laquelle chacune des parties va négocier dans son propre intérêt et dans laquelle chacune des parties doit donc se protéger elle-même (*caveat emptor*).

[588] Paris 13 mai 88, 25e ch B, Société Générale des eaux minérales Vittel c/ Société Établissement Dubreuil,
[589] Cass. Com. 13 novembre 2013, n°12-25043, inédit
[590] *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138 *per Lord Ackner*: "*the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations*"

Ainsi, dans un arrêt de principe du droit anglais[591], la Chambre des Lords décidait qu'un vendeur n'avait aucune obligation de corriger l'erreur de l'acheteur, même s'il sait que l'acheteur est dans l'erreur. Dans cet arrêt, un acheteur avait fait l'acquisition d'avoine jeune pour nourrir des chevaux de course, alors que le vendeur, resté silencieux, savait que le but de l'acheteur était de nourrir des chevaux de course et que de l'avoine jeune était inadaptée. Cette solution a été confirmée dans l'arrêt *Walford v. Miles*[592], dans lequel *Lord Ackner* affirmait que chaque partie à la négociation peut poursuivre son propre intérêt pourvu qu'il ne commette pas de *misrepresentation*. Cette position de principe a été critiquée[593], mais elle demeure applicable en droit anglais. Ainsi, dans la situation factuelle que nous avons présentée, il est probable que les tribunaux anglais refuseraient de reconnaître la responsabilité de la société Dubreuil pour le simple fait d'avoir mené des négociations parallèles, même si les pourparlers étaient avancés. Les seules limites à la responsabilité dans cette situation seraient l'existence d'un avant-contrat ou d'une *misrepresentation*. Or, aucun avant-contrat d'exclusivité n'a été conclu entre Dubreuil et Vittel. En outre, contrairement à la situation factuelle qui a donné lieu à l'arrêt *Walford v. Miles*, aucune déclaration formelle n'a été émise et il serait donc impossible d'agir sur le fondement d'une action pour *misrepresentation*. Les tribunaux anglais ne reconnaissent aucune obligation positive d'information et ne sanctionnent donc pas le fait de rester silencieux. En revanche, comme l'indiquait le juge *Mellish* dans l'arrêt *Re Shakleton*[594], le juge pourra être vigilant et sanctionner toute déclaration précontractuelle qui laisserait penser à l'autre partie qu'elle est la seule à négocier. Alors que la mise en œuvre de la responsabilité de la société Dubreuil est probable en droit français, un juge anglais ne sanctionnera donc pas ce comportement en l'absence de *misrepresentation*.

192. L'analyse des situations factuelles présentant des négociations parallèles montre qu'en l'absence de déclaration ou d'engagement précontractuel de la part du négociateur, le droit anglais refuse en principe toute responsabilité. Le fait de mener des négociations parallèles ne constitue pas en soi un fait générateur de responsabilité.

---

[591] *Smith* v *Hughes* (1871) LR 6 QB 597, voir supra

[592] *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138 *per Lord Ackner*: "*each party to the negotiation is entitled to pursue his (or her) own interest so long as he avoids making misrepresentations*"

[593] Discours prononcé par *Lord Steyn* lors de la *Sultan Azlan Shah lecture* à Kuala Lumpur le 24 octobre 1996 (113 LQR 433 (1977)

[594] *Re Shackleton* (1875) LR 10 Ch. App. 446, per Sir G. Mellish L.J at p. 449.

Or, les tribunaux français reconnaissent que, même en l'absence de déclaration précontractuelle, le fait de mener des négociations parallèles sans en avertir l'autre partie pourra constituer une faute délictuelle, lorsque les négociations sont avancées et que le négociateur n'informe pas son partenaire.

Alors que les tribunaux de part et d'autre de la Manche s'accordent pour sanctionner la violation de la confidentialité des informations transmises à l'occasion des négociations, leur attitude diverge donc quant à la sanction des négociations parallèles en l'absence de déclaration ou d'engagement précontractuel. Tous les comportements à l'occasion des pourparlers ne sont donc pas traités de manière identique en droit français et en droit anglais. Les tribunaux français et anglais adoptent également une attitude différente face aux conditions dans lesquelles se déroule la rupture des pourparlers.

## CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DU COMPORTEMENT DES PARTIES A L'OCCASION DE LA RUPTURE

Si la rupture des pourparlers est en principe libre, les juges sont susceptibles de sanctionner la manière dont prennent fin les négociations. La responsabilité peut exister également en raison du comportement des parties pendant la négociation, alors que la rupture des pourparlers en elle-même n'aurait pas été jugée fautive. L'analyse des décisions françaises et anglaises fait ressortir que les tribunaux sanctionnent notamment le comportement de la partie qui rompt brutalement des pourparlers (section 1) ou, au contraire, prolonge ceux-ci de manière fautive (section 2).

### SECTION 1 : LA BRUTALITE DE LA RUPTURE

Plusieurs comportements peuvent être considérés comme brutaux. On peut néanmoins dégager deux situations principales dans lesquelles la brutalité de la rupture des pourparlers est susceptible d'entraîner la responsabilité de leur auteur : l'absence de préavis (I) et le caractère brutal du comportement à l'occasion de la rupture (II).

## I- L'ABSENCE DE PREAVIS

193. De nouveau, l'analyse d'une situation factuelle permet d'analyser, en droit français et en droit anglais, les conditions de la responsabilité pour rupture brutale des négociations : Ossona est entré en négociations pour acheter un immeuble appartenant à Al Esayi. Après des pourparlers avancés, il a informé Al Esayi, le jour de la signature de l'acte, qu'il ne disposait pas de garantie bancaire et que son prêt ne lui avait pas été accordé. Pour cette raison, il a mis fin aux pourparlers.
Les droits français (A) et anglais (B) n'apportent pas la même solution à la question de l'observation d'un préavis en cas de rupture.

### A- La position du droit français

194. En droit français, il n'existe aucune disposition légale relative à la forme de la rupture des pourparlers. Ce sont les juges français qui établissent au cas par cas si la brutalité de la rupture peut engager la responsabilité. Un arrêt du 16 décembre 1998 a ainsi décidé que « la rupture de pourparlers sur une cession d'actions par le cédant, après deux ans de négociation, par téléphone, le jour même de la signature prévue du contrat doit être regardée comme étant brutale et abusive, d'autant que le cessionnaire avait effectué les modifications au contrat demandées par le cédant » [595]. Si la rupture est libre, elle ne peut donc pas se faire de manière discourtoise. La Cour de cassation exige ainsi que la rupture soit « loyalement signifiée »[596]. Ce qui importe, c'est de préparer l'autre partie à la rupture des négociations, par l'observation d'un délai de préavis ou l'information de l'autre partie sur les risques d'échec de la négociation. Dans un arrêt du 27 mai 2021[597], les juges refusaient l'action pour rupture des pourparlers, celle-ci résultant d'un désaccord persistant sur les termes essentiels, mais sanctionnaient le caractère brutal de la rupture des pourparlers. Pour les juges, « en rompant quelques jours avant le début de l'activité les pourparlers en cours depuis plusieurs mois, alors que Mme B. avait démissionné, avait avec son époux crée une

[595] CA Paris 16 décembre 1998 5e ch A, RTDCiv 2000, p. 105, obs. J. MESTRE
[596] Cass. Com., 12 janvier 1999, n° 96-14604, inédit
[597] CA Caen, 27 mai 2021, n° 19/01190

société pour la reprise du domaine en location gérance, et alors que la Sarl LRVI n'avait au cours de cette période ni manifesté de désaccord, les ayant au contraire encouragés, la Sarl LRVI a commis une faute, cette rupture étant à la fois brutale et sans motif légitime ». Dans un arrêt du 10 novembre 2020[598], des acheteurs ont visité un bien le 31 octobre 2016. Ils ont effectué une seconde visite le 5 novembre 2016 et sont tombés d'accord avec le vendeur et il a été convenu d'un compromis notarié. Le matin de la signature notaire, les vendeurs ont indiqué qu'ils ne souhaitaient plus vendre. Les juges décidaient que « c'est à la suite d'une juste appréciation des faits de la cause, du droit des parties et des éléments produits, et par des motifs exacts et pertinents, que les premiers juges ont considéré qu'en rompant les négociations quelques heures seulement avant le rendez-vous fixé chez le notaire pour la signature du compromis de vente de leur appartement, M. et Mme D. ont commis une faute dans la rupture de ces négociations, et qu'ils ont évalué le préjudice subi par Mme L. en lien avec cette faute à la somme de 8 000 euros ».

Dans la situation factuelle proposée, on est bien face à une rupture brutale. Alors qu'Ossona n'avait à aucun moment évoqué la question de la difficulté d'obtenir un financement bancaire, il commettait une faute en rompant les négociations pour ce motif. Pour cette raison, la Cour de cassation justifiait la responsabilité en indiquant qu'Ossona avait commis une faute parce que « ce n'était que la veille de la date fixée pour la signature de la promesse que l'intéressé avait fait connaître qu'il n'avait pas obtenu la garantie bancaire »[599]. Le tribunal n'aurait pas prononcé la rupture fautive des pourparlers si Ossona avait indiqué au cours de la négociation qu'il avait besoin d'une garantie bancaire pour réaliser l'opération et que l'obtention de celle-ci n'était pas certaine. De même, la brutalité de la rupture n'aurait pas été retenue si Ossona avait informé Al Esayi du caractère aléatoire de la négociation.

La brutalité de la rupture peut donc entraîner la responsabilité en droit français. Si une telle responsabilité n'est pas exclue, elle sera plus difficile à obtenir en droit anglais.

## B- L'application de la liberté contractuelle en droit anglais

[598] CA Lyon, 10 novembre 2020, n° 19/03862
[599] Cass. 1ère Civ., 6 janvier 1998, n° 95-19199, publié au Bulletin

195. En droit anglais, le principe est la liberté de rupture des pourparlers. La brutalité ou le caractère injurieux de la rupture des négociations pourraient être sanctionnés sur le fondement d'un *tort* spécifique. S'agissant de l'absence de préavis, il est probable qu'un juge anglais se fonderait sur le *tort of misrepresentation*. Pour cela, il faudrait établir l'existence d'une *misrepresentation of facts*, que la victime ait compté sur la promesse et ait agi à son détriment. Certains arrêts soulèvent la question du respect du préavis. Ainsi, dans l'arrêt *Esso Ireland Ltd & Ireland Roc Ltd*[600], les parties renégociaient un contrat. Esso avait accordé une extension d'une année du contrat précédent pour permettre une négociation. Le juge *McGovern* décidait qu'Esso avait accordé un préavis suffisant à son partenaire[601]. Dans la situation factuelle analysée, il pourrait donc être moins facile en droit anglais de retenir la responsabilité d'Ossona envers El Esayi. Le juge ne sanctionnerait pas le silence conservé. Il devrait analyser le comportement ou les paroles émises à l'occasion de la négociation et en déduire une *misrepresentation*, consistant à laisser penser à l'autre partie que la conclusion du contrat ne posait pas de difficulté concernant le financement de l'acquisition. Cela exigerait toutefois pour le juge de « tordre la règle » puisqu'en l'espèce aucune déclaration n'a été émise.

Outre la brutalité de la rupture, le comportement lui-même observé à l'occasion de la rupture peut être brutal et entraîner une responsabilité.

## II- LE CARACTERE BRUTAL DU COMPORTEMENT

La brutalité du comportement, en droit français comme en droit anglais, peut justifier une responsabilité de la part de son auteur. C'est un comportement indépendant de la rupture des pourparlers elle-même. Il tient à la manière dont est opérée cette rupture. Le droit français utilise la responsabilité délictuelle pour sanctionner ce comportement, tandis que le droit anglais utilise un *tort*, comme le montre l'analyse

[600] *Esso Ireland Ltd & Ireland Roc Ltd* [2013] IEHC 514

[601] *Outdoor Advertising Services Ltd*., Re [1997] IEHC 201, &32: "*An extension of one year had been granted and it was clear that in the course of that year, the parties had reached an impasse in their negotiations. The agreements lapsed by effluxion of time". "The letter of 25th October, 2012, terminating negotiations between the parties was sufficient notice to the defendant that the other agreements would not be renewed."*

d'une situation factuelle. La société Durand négocie un contrat avec la société Leclerc. Elle rompt les négociations du fait d'un désaccord sur les termes du contrat et diffuse une information calomnieuse sur son ancien partenaire.

Les droits français (A) et anglais (B) utilisent des fondements différents pour sanctionner le comportement brutal d'une partie à l'occasion de la rupture des pourparlers.

## A- La sanction du comportement brutal en droit français

196. En droit français, la brutalité de la rupture ou les conditions dans lesquelles celle-ci intervient peuvent entraîner une responsabilité sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil.

Dans la situation factuelle proposée, la rupture des négociations en elle-même, fondée sur un désaccord persistant entre les parties, n'engagerait pas la responsabilité de son auteur. En revanche, un juge reconnaîtrait sa responsabilité fondée sur le comportement précontractuel à l'occasion de la rupture.

De même, en droit anglais, le comportement adopté à l'occasion de la rupture pourrait entraîner la responsabilité de son auteur.

## B- L'utilisation du *tort* par le droit anglais

197. En droit anglais, la rupture en elle-même n'entraînerait aucune responsabilité. Mais les conditions dans lesquelles elle s'est produite peuvent constituer un *tort*. Dans la situation factuelle dans laquelle un négociateur rompt en raison d'un désaccord et diffuse des informations calomnieuse, l'auteur de la rupture pourrait ainsi être sanctionné sur le fondement du *tort of defamation*[602]. Un juge anglais sanctionnerait donc lui aussi le comportement de l'auteur de la rupture.

[602] Voir notamment *Defamation Act* 2013

Outre la brutalité de la rupture, les juges peuvent également sanctionner le fait de maintenir pendant trop longtemps des pourparlers.

## SECTION 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DE LA PROLONGATION DES POURPARLERS

La prolongation des pourparlers peut entraîner, en droit français comme en droit anglais, la responsabilité du négociateur. Peut constituer un fait générateur de responsabilité le fait de prolonger des pourparlers voués à l'échec (I) ou de prolonger des pourparlers alors que le négociateur n'a plus l'intention de conclure (II).

### I- LA PROLONGATION DE POURPARLERS VOUES A L'ECHEC

L'analyse d'une situation factuelle permet de constater la reconnaissance d'une responsabilité en droit français et en droit anglais en cas de prolongation de pourparlers voués à l'échec. Baron a acheté à Clémenceau un local pour y exploiter un bar. Il ne peut pas exécuter son obligation en raison de ses difficultés financières qui l'empêchent de financer l'achat. Clémenceau proroge le délai de réalisation de la vente et, dans l'attente, laisse Baron réaliser des aménagements dans le local. Puis la société de Baron dépose le bilan et Clémenceau bénéficie d'un local rénové.

Le droit français (A) comme le droit anglais (B) peuvent sanctionner la prolongation de pourparlers, même si le fondement retenu sera différent.

#### A- Le recours à la responsabilité délictuelle en droit français

198. En droit français, il est possible d'envisager une action sur le fondement de la responsabilité délictuelle lorsqu'une partie prolonge des pourparlers voués à l'échec. Dans l'arrêt qui a inspiré cette situation factuelle, la Cour de cassation a reconnu que les conditions d'application des articles 1382 et 1383 du code civil étaient réunies, et sanctionné le soutien abusif accordé par Clémenceau à Baron. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation jugeait que « Clémenceau, cherchant son propre intérêt, a prorogé au-delà de la limite raisonnable le délai de régularisation de l'acte de vente et a, malgré

sa connaissance des difficultés rencontrées par la société Atlantide (Baron) pour trouver un financement à ses projets, incité celle-ci à des investissements coûteux voués à l'échec, qui sont directement à l'origine de la cessation des paiements »[603].

Il semble plus ardu d'obtenir une responsabilité dans cette situation en droit anglais.

### B- L'utilisation de la *misrepresentation* en droit anglais

199. En droit anglais, en principe, aucune responsabilité ne peut exister tant que le contrat n'est pas conclu. Toutefois, il serait possible dans cette situation factuelle d'envisager une action sur le fondement de la *misrepresentation*. En effet, le juge pourrait considérer qu'en prorogeant le délai de réalisation du contrat de vente, Clémenceau a émis une déclaration selon laquelle la conclusion du contrat de vente était possible alors qu'il savait que les pourparlers étaient voués à l'échec. Baron a sans aucun doute compté sur cette promesse et agi à son détriment en réalisant des aménagements dans le local. La victime devra prouver que les conditions du *tort of deceit* ou du *tort of negligent misrepresentation* seraient remplies. L'action ne serait donc pas impossible mais elle nécessiterait que le juge reconnaisse l'existence d'une déclaration précontractuelle.

Ainsi, en droit français comme en droit anglais, une partie engage sa responsabilité si, sans refuser de contracter, elle prolonge des pourparlers qu'elle sait voués à l'échec. La particularité du droit anglais, qui exige la reconnaissance d'une déclaration précontractuelle pour sanctionner, rend toutefois plus difficile la reconnaissance d'une responsabilité.

Les tribunaux peuvent également sanctionner une partie qui continue à négocier alors qu'elle n'a plus l'intention de conclure le contrat objet des pourparlers.

## II- LA PROLONGATION DE POURPARLERS ALORS QUE LE NEGOCIATEUR N'A PLUS L'INTENTION DE CONTRACTER

[603] Cass. Com 22 février 1994, n° 92-13871, publié au Bulletin

200. Les pourparlers sont des négociations par lesquelles chacune des parties envisage la conclusion d'un contrat. L'analyse des situations factuelles précédentes a montré qu'en droit français comme en droit anglais, il existe une obligation de sérieux dans la négociation. De la même manière, une partie qui prolongerait des pourparlers alors qu'elle n'a plus l'intention de conclure engagerait sa responsabilité vis-à-vis de l'autre partie, comme le montre l'analyse en droit français et en droit anglais de la situation factuelle qui a conduit à l'un des arrêts de principe du droit français de la responsabilité précontractuelle. La société Manoukian a engagé des négociations avec les consorts X… pour acheter des parts de la société Stuck. Au cours de ces pourparlers avec la société Manoukian, les consorts X… ont vendu leurs parts à un tiers, la société Les Complices. Toutefois, les consorts X… ont continué à négocier avec la société Manoukian et n'ont rompu les négociations avec celle-ci que 14 jours plus tard.

Bien qu'ils utilisent des fondements différents, tant le droit français (A) que le droit anglais (B) reconnaîtront la responsabilité du négociateur qui prolonge des pourparlers alors qu'il n'a plus l'intention de conclure.

## A- La responsabilité délictuelle en droit français

201. Les juges français sanctionnent la poursuite des pourparlers sans intention de conclure sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Dans l'arrêt Manoukian, la Cour de cassation considérait effectivement que, « après avoir relevé, d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés et que la société Alain Manoukian était en droit de penser que les consorts X… étaient toujours disposés à lui céder leurs actions et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les Complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la Cour d'appel a retenu que les consorts X… avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils

n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement »[604]. Le fait pour les consorts X… de continuer à négocier, alors qu'ils n'avaient plus l'intention de conclure, entraînait leur responsabilité sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil. La société Manoukian pouvait ainsi obtenir l'indemnisation de la perte qu'elle avait subie[605].

Dans un arrêt du 16 septembre 2021[606], l'associé d'une société a proposé à un autre de lui racheter ses parts. Un « deal » est intervenu entre eux. Toutefois, l'associé a vendu ses parts à un tiers. Les juges décidaient qu'en « l'espèce, les pourparlers avec M. B. ont débuté en janvier 2017 et M. O.-S., de la société Truffle, faisait part dans un courriel du 10 mars 2017 du « deal » et qui avait été conclu, ce qui démontre bien qu'un accord de principe était intervenu et que les pourparlers étaient donc particulièrement avancés et même en voie d'achèvement. Or le même jour, soit le 15 mars 2017, la société Truffle cédait la totalité de ses actions de la société Dietswell à la société Cogefi, sans que M. B. n'ait été informé de pourparlers parallèles et alors que les pourparlers avec lui-même étaient particulièrement avancés et en cours de finalisation. Il résulte de ces éléments que la rupture a été annoncée très brutalement par la société Truffle le 15 mars 2017, sans motif légitime, alors que le 10 mars précédent elle lui faisait part d'un accord sur le « deal ». Ainsi, il apparaît que la société Truffle a poursuivi des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord, puisqu'elle négociait un tel accord avec la société Cogefi, sans en avertir M. B.. C'est dans ces circonstances que, puisque les parties avaient examiné les éléments essentiels du contrat dont M. B. prévoyait la prochaine concrétisation, la société Truffle avait suscité auprès de lui une confiance raisonnable quant à la cession des actions. En interrompant, sans motif justifié, des pourparlers extrêmement avancés, la société Truffle n'a pas agi de bonne foi et a engagé sa responsabilité extra contractuelle ».

[604] Cass. Com., 26 novembre 2003, Société Alain Manoukian c/ consorts X, n° 00-10243 et 00-10949, publié au Bulletin
[605] L'arrêt précisait, ce qui l'a rendu célèbre, « qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains »
[606] CA Paris, 16 septembre 2021, n° 19/11665

En revanche, dans un arrêt du 5 octobre 2020[607], les juges retenaient que « les allégations selon lesquelles M. L. aurait poursuivi les négociations en sachant qu'elles n'aboutiraient pas ne sont pas étayées. Il ressorts au contraire des échanges que très rapidement, il a informé les parties de son intention d'obtenir la rédaction d'un protocole d'acte et non d'un audit ».

Le droit anglais sanctionnera également ce comportement, mais sur un fondement différent.

## B- La sanction de la prolongation des pourparlers sur le fondement de l'effet des déclarations précontractuelles en droit anglais

Un tribunal anglais ne sanctionnerait pas la prolongation des pourparlers en elle-même. Néanmoins, cette prolongation des pourparlers pourrait justifier une action pour *misrepresentation* (1) ou sur d'autres fondements (2)

### 1) La *misrepresentation*

202. L'action pour *misrepresentation* pourrait permettre de sanctionner une partie qui prolonge des pourparlers alors qu'elle n'a plus l'intention de conclure. Dans la situation factuelle analysée, aucune déclaration n'a été émise par les consorts X… Toutefois, les tribunaux anglais ont étendu la notion de *misrepresentation* au fait de ne pas corriger une déclaration devenue fausse[608]. Dans les faits de l'affaire Manoukian, les consorts X… ont déclaré qu'ils souhaitaient négocier avec Manoukian et que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole. Il s'agit bien d'une déclaration de faits et elle n'a pas été incluse dans un contrat. Si elle est inexacte, on est donc bien en présence d'une *misrepresentation*. Même si la déclaration était exacte au moment où elle a été émise, et que ce n'est qu'ensuite que les consort X… ont eu l'opportunité de vendre à la société Les Complices, les consorts X… avaient une obligation de corriger l'information devenue inexacte. En outre, un juge anglais pourrait également considérer que le fait de continuer à négocier, en lui-

[607] CA Paris, 5 octobre 2020, n° 19/12502
[608] Voir supra p.

même, constitue une *representation* que le négociateur a bien l'intention de conclure un contrat.

Si le juge reconnait l'existence d'une *misrepresentation* par les consorts X. envers Manoukian, ce dernier pourrait obtenir une indemnisation sur le fondement du *tort of deceit* ou du *tort of negligent misrepresentation*. Les conditions de l'action pour *deceit* pourraient être remplies ici car la déclaration semble avoir été réalisée dans l'intention de tromper ou du moins avec un désintérêt manifeste quant à la véracité de l'information. Même si le juge refusait de reconnaître l'existence d'un *tort of deceit*, il serait possible d'agir pour *misrepresentation* sur le fondement du *tort of negligence*. On a bien ici une *duty of care* des consorts X… envers Manoukian, résultant de la déclaration des consorts X… selon laquelle ils ont l'intention de poursuivre la négociation et que seule l'intervention de l'expert-comptable manque à la conclusion définitive du contrat. Manoukian est clairement destinataire de cette déclaration (*proximity*). Ainsi, constituerait un *breach of duty* le fait pour les consorts X… de vendre à la société Les Complices et de continuer à négocier sans informer Manoukian que l'affirmation n'est plus exacte. Les éléments de dommage, de *cause in fact* et de *proximate cause* sont également ici remplis. Manoukian a perdu du temps et a pu engager des frais dans la négociation. Ces frais résultent de la *misrepresentation* et en sont la conséquence directe. Le succès d'une action pour *misrepresentation* semble donc probable.

Si les juges anglais refusaient l'action pour *misrepresentation*, d'autres actions seraient envisageables.

## 2) Les autres actions permettant de sanctionner la poursuite des pourparlers sans intention de contracter en droit anglais

D'autres actions que la *misrepresentation* pourraient permettre à la société Manoukian d'obtenir une compensation de son dommage. Il s'agit notamment de la *restitution* (a), de l'*estoppel* (b) et de la reconnaissance d'un *collateral contract* (c).

### a) La *restitution*

203. Il est possible de sanctionner la poursuite fautive des pourparlers au moyen des actions en *restitution*, et particulièrement de l'*unjustified enrichment*. Ce fondement est particulièrement adapté au recouvrement de dépenses précontractuelles telles que des travaux réalisés en anticipation d'un contrat en cours de négociation. En revanche, ce fondement serait peut-être plus difficile à faire valoir dans la situation factuelle qui a donné lieu à l'arrêt Manoukian, car les conditions de l'*unjustified enrichment* ne seraient pas remplies. Il existe certes éventuellement un appauvrissement, mais pas d'enrichissement corrélatif de l'autre partie. En effet, Manoukian a dépensé de l'argent dans la négociation ou perdu du temps et donc éventuellement payé des frais. Toutefois, cela n'a pas conduit à un enrichissement des consorts X…, contrairement à celui qui négocie la construction d'un bâtiment et demande à son partenaire pendant la négociation de construire les fondations. Mais le bénéfice pourrait être le fait de se ménager l'opportunité de vendre à Manoukian en cas d'échec de la vente avec le tiers.

### b) L'*equitable estoppel*

204. Le fondement de l'*equitable estoppel* pourrait également permettre de sanctionner la poursuite fautive des pourparlers. Dans la situation factuelle analysée, il existe effectivement une relation préexistante résultant des pourparlers avancés. Les consorts X… ont émis une déclaration aux termes de laquelle ils comptaient vendre leurs parts et seule l'intervention de l'expert-comptable manquait pour conclure le contrat. La société Manoukian a effectivement compté sur la promesse, ce qui peut être démontré par le fait qu'elle s'est investie dans la négociation. Enfin, il n'est pas inéquitable de faire tenir sa promesse par le vendeur.

Dans cette situation factuelle, les conditions d'application du *promissory estoppel* seraient donc remplies. Il existe toutefois deux limites à l'application du *promissory estoppel*. La première est que le vendeur a déjà vendu à un tiers, ce qui rend difficile l'exécution forcée. Le juge pourra toutefois prononcer une autre sanction adéquate telle que l'octroi d'une indemnisation. La seconde, elle aussi fondamentale ici, est que cette action n'a pas encore été reconnue par les tribunaux anglais. S'agissant d'un cas

qui est à la frontière, il est dès lors très peu probable qu'un juge anglais se fonde sur le *promissory estoppel* pour donner droit au contractant évincé.

### c) La reconnaissance d'un *collateral contract*

205. Il serait possible de sanctionner les consorts X dans la situation factuelle proposée sur le fondement d'un *collateral contract*. Les tribunaux peuvent découvrir un avant-contrat au terme duquel l'autre partie s'engage à indemniser en cas de rupture des pourparlers. Les juges anglais peuvent également utiliser ce fondement pour rendre obligatoires des déclarations précontractuelles. Le concept de *collateral contract* est utile pour donner effet à des engagements précontractuels détachables du contrat en cours de négociation, tels qu'un engagement de confidentialité ou d'exclusivité de négociation[609]. Pour que soit reconnue l'existence d'un *collateral contract*, il faudra établir que toutes les conditions de formation d'un contrat sont réunies. Il faudra donc apporter la preuve de l'existence de promesses réciproques, d'une *consideration* et d'une intention de s'engager dans un lien juridique.

206. Même si les parties n'ont pas expressément décidé de conclure un avant-contrat, le juge peut reconnaître que les conditions de formation d'un contrat sont réunies. Dans l'affaire Manoukian, les consorts X… ont déclaré que seul manquait l'accord du comptable. Le juge pourrait considérer que le fait que Manoukian ait accepté de poursuivre les pourparlers constituait une contrepartie à cet engagement. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Blackpool & Fylde Aero Club v. Blackpool BC*[610], les juges reconnaissaient un *collateral contract* aux termes duquel la collectivité territoriale, qui avait lancé un appel d'offre, s'engageait à examiner chacune des soumissions. Ainsi, lorsque la société *Blackpool & Fylde* a adressé une soumission en réponse à un appel d'offre et que celle-ci n'a pas été examinée, le tribunal n'a pas prononcé la conclusion forcée du contrat projeté. Il a sanctionné la collectivité territoriale pour avoir violé le *collateral contract* au terme duquel la collectivité devait examiner chacune des soumissions. Dans la situation factuelle proposée, le juge, sans déclarer que le contrat de cession de clientèle est formé, pourrait découvrir un

[609] Voir infra p...
[610] *Blackpool & Fylde Aero Club v. Blackpool BC* [1990] 1 WLR 1195

*collateral contract*. Aux termes de celui-ci, les consorts X… s'engageraient vis-à-vis de la société Manoukian à ce que seul manque l'accord d'un tiers déterminé pour qu'ils acceptent de conclure le contrat de cession de clientèle. Il faut souligner toutefois que les juges anglais seront assez réticents à jouer un rôle de création d'un engagement contractuel que les parties elles-mêmes n'ont pas négocié. Découvrir un tel avant-contrat nécessiterait un vrai acte de création de la part du juge alors que les parties n'avaient à aucun moment établi un engagement formel en ce sens. Si cette solution n'est pas impossible, il est donc peu probable qu'un juge accorde une indemnisation dans ce cas sur le fondement d'un *collateral contract*.

207. Pour résumer en ce qui concerne les possibilités d'indemnisations offertes à la société Manoukian par le droit anglais, les éléments de la *restitution* ne semblent pas remplis. L'*equitable estoppel* pourrait éventuellement s'appliquer mais les juges anglais n'acceptent pas pour l'instant ce fondement. De même, un juge pourrait reconnaître un *collateral contract* mais cette solution est peu probable. Les éléments de la *misrepresentation* pourraient être remplis si le juge considère que le fait de ne pas corriger l'information était une *misrepresentation*. L'indemnisation ne fait aucun doute si le juge reconnaît les conditions d'application du *tort of deceit* ou du *tort of negligent misrepresentation*. Dans la situation factuelle analysée, un juge anglais pourrait cependant également refuser toute indemnisation, estimant que Manoukian aurait dû défendre ses propres intérêts conformément à la règle *Caveat emptor*. Il convient donc de souligner que le succès de l'action dans cette situation factuelle n'est que probable en droit anglais, alors qu'il ne fait aucun doute en droit français.

**Conclusion du titre 1 : La responsabilité pour un fait générateur en l'absence de déclaration précontractuelle**

208. Les tribunaux français et anglais ont une approche différente de la responsabilité pour rupture des pourparlers. Les premiers se fondent sur un principe général de responsabilité délictuelle. Les seconds se basent sur des actions en justice telles que la *misrepresentation*. L'analyse des situations factuelles montre que, malgré des fondements différents, chacun de ces deux droits dispose d'un système cohérent de responsabilité précontractuelle. Le principe général de responsabilité délictuelle permet aux juges en droit français de sanctionner des comportements générateurs de responsabilité. Les actions ponctuelles permettent elles aussi de dégager du droit anglais une responsabilité pour la plupart des situations de factuelles analysées. Le recours à un principe général de responsabilité serait ainsi inutile en droit anglais.

S'il peut donc exister une responsabilité du fait du comportement à l'occasion des négociations, c'est surtout en raison des déclarations précontractuelles que les juges français et anglais sont susceptibles de trouver une responsabilité pour rupture des pourparlers.

# TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES

Pendant la négociation, les parties peuvent émettre des déclarations qui vont engager leur responsabilité. Les déclarations émises à l'occasion des pourparlers auront une influence sur la négociation. La responsabilité peut résulter d'une déclaration informelle (Sous-Titre 1) ou d'un engagement souscrit par l'une des parties vis-à-vis de l'autre à l'occasion de la négociation (Sous-Titre 2).

## SOUS-TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES DECLARATIONS INFORMELLES EMISES AU COURS DE LA NEGOCIATION

Les déclarations informelles peuvent être destinées à orienter les négociations (Chapitre 1). Elles peuvent également avoir pour effet d'inciter l'autre partie à engager des frais (Chapitre 2).

### CHAPITRE 1 : LA SANCTION DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES DESTINÉES À ORIENTER LES NÉGOCIATIONS

209. L'arrêt *Walford v. Miles*[611] est le plus connu en droit anglais s'agissant de la responsabilité précontractuelle. Il est utilisé le plus souvent par les auteurs et juges anglais pour indiquer que le droit anglais refuse toute responsabilité précontractuelle. Or, la réalité est plus contrastée. L'analyse de la situation factuelle qui a donné lieu à cette décision montre au contraire qu'il peut exister une responsabilité précontractuelle sanctionnant des déclarations précontractuelles.

[611] *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128

Dans cette affaire, Miles négociait la vente de son entreprise à Walford. Durant la négociation, qui était *subject to contract*, Miles indiqua qu'il ne négocierait pas avec un tiers le temps que Walford obtienne une lettre de confort. Or, Miles engagea des négociations parallèles avec un tiers et mit fin aux négociations pour vendre à ce dernier. Walford l'assigna donc.

Confronté à cette situation, les droits français et anglais utiliseront des fondements différents mais aboutiront à des solutions relativement proches. Si une partie émet une déclaration précontractuelle qui a pour objet d'orienter la négociation, la responsabilité sera probable en droit anglais (Section 1). Elle est certaine en droit français (Section 2).

## SECTION 1 : LA RECONNAISSANCE PROBABLE D'UNE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES EN DROIT ANGLAIS

En droit anglais, plusieurs fondements pourraient être utilisés pour reconnaître la responsabilité de l'auteur d'une déclaration précontractuelle destinée à orienter la négociation, tels qu'une action contractuelle ou en *equity* (I) ou pour *tort of misrepresentation* (II).

### I- LE RECOURS A LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE ET A L'*EQUITY* POUR SANCTIONNER LES DECLARATIONS INFORMELLES EMISES A L'OCCASION DES NEGOCIATIONS

Il est possible de donner force obligatoire aux déclarations précontractuelles émises à l'occasion de la négociation, sur le fondement du droit des contrats (A) ou par le recours à l'*equity* (B)

#### A- L'action contractuelle pour les déclarations émises à l'occasion de la négociation

A l'occasion d'une négociation, une action contractuelle est envisageable soit pour demander l'exécution du contrat en négociation (1), soit sur le fondement d'un *collateral contract* (2).

### 1) La force obligatoire du contrat en formation

210. Pour que le contrat en formation obtienne une force obligatoire, il faut que les conditions de formation d'un contrat soient réunies. Les conditions retenues par la jurisprudence sont l'existence de promesses, d'une *consideration* et d'une intention de s'engager dans une relation juridique. Dans la situation factuelle analysée, il est peu probable qu'un juge accepterait de donner force obligatoire au contrat de vente. En présence d'une négociation *subject to contract*, la présomption est très forte que les parties n'avaient pas l'intention de s'engager dans une relation contractuelle, privant ainsi le contrat de l'un de ses éléments essentiels de formation.

On pourrait donc imaginer plutôt une action pour donner effet à la déclaration précontractuelle elle-même.

### 2) La reconnaissance d'un *collateral contract*

211. A l'occasion de la négociation, les parties peuvent prévoir des obligations collatérales, accessoires au contrat en négociation. Tel peut être le cas, par exemple, de contrats d'exclusivité de négociation, de confidentialité ou de partage des frais de la négociation. Ici aussi, la reconnaissance de tels contrats sera subordonnée à la reconnaissance des conditions de formation d'un contrat.

Dans la situation factuelle analysée, deux *collateral contracts* peuvent exister entre *Walford* et *Miles*. Le premier est un contrat d'exclusivité de négociation. Il manque toutefois une *consideration* et une limitation de durée de l'exclusivité pour donner un effet obligatoire à cette promesse. Le second est l'existence d'une obligation implicite de négocier de bonne foi. Dans l'arrêt qui a donné lieu à cette situation factuelle, le juge refusa de reconnaître une telle obligation. D'une part, celle-ci n'avait pas été

souscrite formellement entre les parties. D'autre part, même si c'était le cas, elle n'aurait pas pu être appliquée en raison de son incertitude[612].

Aucune action contractuelle ne serait donc possible en droit anglais pour reconnaître une responsabilité. Des auteurs ont imaginé le recours à l'*equity* pour donner un effet obligatoire aux déclarations précontractuelles destinées à orienter le comportement du partenaire.

## B- L'utilisation du *promissory estoppel*

212. L'action pour *promissory estoppel* peut permettre de donner effet à des déclarations précontractuelles. Cinq conditions sont nécessaires pour reconnaître une telle action[613]. Il faut une relation préexistante, qu'une partie ait émis une déclaration, que l'autre partie ait compté sur cette promesse, ait agi à son détriment, et qu'il ne soit pas inéquitable de donner effet à cette déclaration précontractuelle.
Il est possible d'envisager une action sur le fondement du *promissory estoppel*, même s'il n'était pas invoqué dans l'arrêt *Walford v. Miles*. Il existe en effet une relation préexistante résultant des pourparlers. *Miles* a émis une déclaration aux termes de laquelle il n'engagerait pas de négociations parallèles. *Walford* a compté sur la promesse et altéré sa position du fait de celle-ci. Donner effet à cette promesse ne serait pas inéquitable, les conséquences pouvant être réparées par l'allocation de dommages et intérêts puisque le fait de donner effet obligatoire à la promesse de ne pas engager de négociations parallèles n'entraînerait en aucun cas une obligation de conclure la vente. Les éléments du *promissory estoppel* seraient donc ici sans aucun doute réunis. Si cette action s'appliquait, le juge pourrait donner effet obligatoire à cette promesse, alors même qu'aucune *consideration* n'était fournie en contrepartie.

La réussite d'une telle action est toutefois peu probable. En effet, d'une part, les tribunaux anglais ne reconnaissent aujourd'hui le *promissory estoppel* que comme un moyen de défense et non pas pour créer une nouvelle action. De plus, reconnaître une telle action dans cette situation factuelle aurait pour seul effet de donner effet

[612] *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128
[613] *J. Beatson, Anson's law of contract*, 28th *edition*, 2002, OUP, p. 114-115 [METTRE A JOUR]

contractuel à une déclaration précontractuelle qui, pourtant, ne remplit pas les conditions de formation d'un contrat. Une telle solution semble donc peu justifiée.

Outre les actions destinées à rendre obligatoire les déclarations précontractuelles, le recours au *tort of misrepresentation* peut entraîner une responsabilité précontractuelle du fait de ces déclarations.

## II- LA SANCTION PAR LE *TORT OF MISREPRESENTATION* DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES DESTINEES A ORIENTER LA NEGOCIATION

Les déclarations précontractuelles émises à l'occasion des négociations peuvent constituer une *misrepresentation* et ainsi permettre une action pour *deceit* (A) ou pour *negligent misrepresentation (B).*

### A- Le tort of deceit

213. Le *tort of deceit* sanctionne des déclarations précontractuelles erronées émises intentionnellement ou avec un désintérêt manifeste quant à la véracité des informations transmises.

Dans la situation factuelle analysée, Miles a émis une *representation* selon laquelle il ne conduirait pas de négociations parallèles. Cette déclaration s'est révélée inexacte puisqu'il a engagé des négociations avec un tiers. La défense selon laquelle Miles pensait réellement ne pas conduire de négociations parallèles au moment où il a émis cette déclaration ne pourrait pas prospérer puisque l'auteur de la *representation* doit modifier celle-ci si sa déclaration devient inexacte.

Il faudrait également prouver que Miles a émis cette déclaration dans l'intention de tromper ou avec un désintérêt manifeste quant à la véracité de l'information. Les tribunaux anglais appliquent ce *tort* de manière limitée et il faut donc que le juge n'ait aucun doute sur le fait que ces conditions sont bien remplies. C'est probablement la raison pour laquelle le fondement du *tort of deceit* n'a pas été utilisé devant la *Court of appeal*. L'avantage d'une action pour *deceit* est que l'ensemble du dommage, qu'il

soit économique ou non, est réparable. De plus, l'intégralité du dommage est indemnisable et non pas seulement le dommage prévisible.

Si les conditions du *deceit* ne sont pas remplies, il serait toujours possible d'envisager une action pour *negligence*.

### B- Le *tort of negligent misrepresentation*

214. La négociation entraîne une *duty of care* consistant à ne pas réaliser de *misrepresentation*. Il faudra prouver une *duty of care*, un *breach of duty*, *proximate cause* et *cause in fact* et un dommage réparable.

Les tribunaux reconnaissent qu'il existe une *duty of care* à l'occasion des négociations de ne pas émettre de *misrepresentation of facts*. Dans la situation factuelle analysée, Walford pourrait prouver que Miles avait émis une déclaration selon laquelle il n'engagerait pas de négociations parallèles, et qu'il avait rompu cette déclaration puisqu'il avait négocié avec un tiers. Walford a subi un dommage du fait de ce *breach of duty* et les éléments de *proximate cause* et de *cause in fact* sont bien réunis. Dans l'affaire *Walford v. Miles*, la *Court of Appeal* a accepté d'indemniser Walford pour le préjudice qu'il avait subi du fait de la *negligent misrepresentation* commise par Miles. Cette affaire montre donc qu'à l'occasion des négociations, l'indemnisation d'une *negligent misrepresentation* est parfaitement possible même si elle vise un dommage purement économique.

En présence d'une déclaration informelle émise par une partie à l'occasion de la négociation, il est donc probable qu'un juge anglais accorderait une indemnisation sur le fondement du *tort of negligence*. Le droit français, pour sa part, sanctionne sans aucun doute les déclarations informelles erronées émises à l'occasion de la négociation.

## SECTION 2 : LA RECONNAISSANCE CERTAINE D'UNE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES EN DROIT FRANÇAIS

En droit français, les faits qui ont donné lieu à l'affaire *Walford v. Miles* entraîneraient une responsabilité de la part de *Miles*. Il est, ici aussi, possible d'envisager l'effet obligatoire de la déclaration précontractuelle (I) ou la responsabilité du fait de cette déclaration (II).

## I- LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE COMME SANCTION DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES DESTINEES A ORIENTER LA NEGOCIATION

215. En droit français, « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »[614]. Il faudra apporter la preuve d'une offre et d'une acceptation. Dans la situation factuelle analysée, les parties sont encore en négociation. La rencontre des consentements ne s'est pas encore produite. Comme en droit anglais, un juge français refuserait de donner effet obligatoire au contrat en négociation.

La situation est en revanche différente s'agissant de l'effet obligatoire des déclarations précontractuelles. Contrairement au droit anglais, le droit français ne connaît pas l'exigence de *consideration* et, dès lors, un juge peut reconnaître la validité d'un contrat unilatéral de ne pas mener de négociations parallèles. Dans cette affaire, Miles a promis à son partenaire de ne pas engager de négociations parallèles pendant la négociation. Cette offre a été acceptée par Walford. Miles n'a mis aucune condition à son engagement. Un juge français, confronté à une telle situation, pourrait donc rendre obligatoire l'engagement d'exclusivité et sanctionner Miles sur le fondement de la violation d'un avant-contrat[615].

Comme en droit anglais, aucune obligation contractuelle de négocier de bonne foi ne serait reconnue par un juge français puisqu'une telle obligation n'a pas été souscrite.

Outre la responsabilité contractuelle, les juges français accepteraient de sanctionner Miles sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

---

[614] Code civil, art. 1101

[615] Dans les faits précis de l'arrêt *Walford v. Miles*, l'avant-contrat ne serait pas valable en droit français du fait de l'absence de durée de l'engagement.

## II- LA RESPONSABILITE DELICTUELLE COMME SANCTION DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES EMISES AFIN D'ORIENTER LES NEGOCIATIONS

216. Les juges français reconnaissent la possibilité d'agir en responsabilité délictuelle pour les comportements survenus à l'occasion des négociations. Le succès de l'action nécessitera d'établir l'existence d'un fait générateur, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Le fait générateur peut être intentionnel (article 1240 du code civil), par négligence ou par imprudence (article 1241 du code civil).

Dans la situation factuelle analysée, un juge peut sanctionner l'intention de tromper Walford. Si cette preuve n'est pas apportée, il sera possible d'établir que la déclaration émise à la légère par Miles pouvait entraîner sa responsabilité. S'agissant du préjudice, constitue un dommage réparable tout dommage physique, moral ou matériel, qu'il soit ou non de nature purement économique. Le dommage économique subi par Walford en conséquence de la déclaration informelle de Miles serait donc réparable. Le lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice pourrait être aisément démontré, si la déclaration de Miles avait conduit Walford à engager des frais ou à subir un préjudice. Le succès d'une action sur le fondement de la responsabilité délictuelle ne semble pas faire de doute pour sanctionner l'auteur d'une déclaration précontractuelle erronée destinée à orienter la négociation. Alors que la responsabilité sera probable en droit anglais, elle sera donc certaine en droit français.

En droit français, comme en droit anglais, les déclarations émises par une partie à l'occasion de la négociation peuvent entraîner la responsabilité de leur auteur. Cette situation est même celle dans laquelle les tribunaux anglais sont les plus prompts à dégager une responsabilité pour rupture des pourparlers. Le parallélisme de l'analyse est moins clair s'agissant de la responsabilité lorsqu'une partie incite l'autre à engager des frais précontractuels.

# CHAPITRE 2 : L'INCITATION À ENGAGER DES FRAIS PRÉCONTRACTUELS

A l'occasion de la négociation, chacune des parties est susceptible d'engager des frais liés à la négociation. Le principe en droit français comme en droit anglais est que chacune des parties supporte ses propres frais de négociation[616] bien que des hypothèses de responsabilité puissent exister. Si une partie, par une déclaration précontractuelle, incite son partenaire à engager des dépenses précontractuelles, une responsabilité peut naître, que les frais soient engagés dans le cadre de la négociation (Section 1) ou constituent une anticipation de l'exécution du contrat en négociation (Section 2).

## SECTION 1 - L'INCITATION PAR UNE DÉCLARATION PRÉCONTRACTUELLE À ENGAGER DES FRAIS PRÉCONTRACTUELS

Lorsqu'une partie incite l'autre à engager des frais précontractuels, il est possible de reconnaître une responsabilité. Mais il existe ici une différence importante entre les solutions française et anglaise selon que la négociation porte sur un bien immobilier (I) ou sur un autre bien ou service (II).

### I- L'INCITATION A REALISER DES FRAIS PRECONTRACTUELS A L'OCCASION DE LA NEGOCIATION D'UN CONTRAT IMMOBILIER

217. Lorsqu'une la négociation porte sur un bien immobilier, les juges français et anglais peuvent sanctionner les déclarations précontractuelles réalisées dans le but d'inciter l'autre partie à engager des frais précontractuels. De nouveau, une situation factuelle permet d'analyser les contours de cette responsabilité. La société Monoprix a

[616] Voir supra et notamment en droit anglais *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)* [1995] 1 WLR 212, RATEE J at p. 231: "*Where, however much the parties expect a contract between them to materialise, both enter negotiations expressly ... on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time ... any cost incurred by [either party] in preparation for the intended contract will be incurred at his own risk*".

entamé des négociations avec la SCI ‘Résidence Bonaparte’, propriétaire d’un local. Monoprix a manifesté son intention d’acheter si la SCI réalisait des modifications et a participé à la réalisation de ces travaux en fournissant les plans établis par ses techniciens. Les travaux rendaient plus difficile la vente à d’autres personnes que Monoprix. La SCI a fait les modifications mais Monoprix a ensuite rompu les négociations après de longs pourparlers et s’est installé dans un autre endroit.

Dans une telle situation, les droits français (A) et anglais (B) adopteront des fondements différents pour reconnaître une responsabilité précontractuelle de l’auteur de la déclaration incitant à engager les frais précontractuels.

## A- Les fondements de la responsabilité en droit français

218. En droit français, dans cette situation factuelle, on pourrait envisager trois types d’actions.

La première est l’action en responsabilité contractuelle. Un juge pourrait considérer que la vente était conditionnelle, Monoprix ayant indiqué qu’il achetait sous condition que les travaux soient réalisés. Si tel est le cas, la réalisation de la condition entraînerait la formation du contrat[617]. Il semble que ce ne soit pas le cas et que Monoprix ait plutôt posé la réalisation des travaux comme une condition de la poursuite des pourparlers. Les parties savaient qu’elles devraient encore s’entendre sur certains éléments du contrat pour que la vente soit conclue.

La deuxième action envisageable est sur le fondement de l’enrichissement sans cause. Codifié par l’ordonnance du 10 février 2016, l’enrichissement injustifié est désormais organisé par les articles 1303 et suivants du Code civil. Selon ce texte, « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ». Il existe ici un appauvrissement de la SCI. Celle-ci engage des travaux. En outre, la valeur du local a diminué du fait de ces travaux. Il faut apporter

[617] Code Civil, article 1181

la preuve de l'enrichissement corrélatif, ce qui n'est pas évident ici. De plus, il faut que le juge accepte de reconnaître que l'enrichissement et l'appauvrissement sont sans cause. Les conditions de l'action pour enrichissement sans cause semblent donc difficiles à réunir.

Le troisième fondement est celui de la responsabilité délictuelle. La SCI a réalisé des travaux en anticipation du contrat afin de convaincre Monoprix de conclure. Ces travaux ont été réalisés car Monoprix en avait fait une condition de la poursuite des pourparlers et de la conclusion éventuelle du contrat, fournissant même les plans. Or, Monoprix a ensuite décidé de ne pas mener la négociation à son terme. Dans l'arrêt qui a donné lieu à cette situation factuelle[618], la Cour d'appel avait décidé que « sauf convention particulière contraire, les transformations d'une chose par son propriétaire ou avec son autorisation au cours de pourparlers de vente pour l'adapter aux convenances de l'acheteur éventuel sont faites aux risques et périls du propriétaire ». Cependant, la Cour de cassation cassait l'arrêt et reconnu la responsabilité délictuelle de Monoprix pour rupture des pourparlers. Dans cet arrêt, la Cour considérait que la faute consistait à rompre sans raison légitime des pourparlers avancés après avoir incité la SCI à réaliser des travaux. Le dommage était constitué non seulement par les frais engagés et le retard pris dans la possibilité de vendre, mais aussi par le fait que le bien modifié était plus difficile à vendre, ce qui réduisait sa valeur. La preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage ne semble pas poser de difficulté, le préjudice résultant directement de la faute. Dans une espèce voisine du 12 octobre 1993[619], le propriétaire d'un local, Casa, a été contacté par la société Hubo, franchiseur, et M. Petit, candidat franchisé, afin que ce dernier prenne en location le local. Hubo a confirmé que son futur franchisé prendrait à bail le local pourvu que Casa de réalise des aménagements importants et rapides du local, puis a mis fin aux négociations portant sur le contrat de franchise du fait d'études de marché négatives. Casa a assigné Hubo en responsabilité pour rupture des pourparlers. La Cour de cassation reconnaissait la responsabilité délictuelle du franchiseur, auteur de la déclaration erronée. Dans un arrêt du 31 mars 2021[620], un preneur est entré en

[618] Cass. 3ème civ., 3 octobre 1972, Société des Monoprix c/ La société civile immobilière "Résidence Bonaparte", n° 71-12.993, publié au Bulletin
[619] Cass. Com., 12 octobre 1993, Casa c/ Société Hubo, n° 91-19.456, inédit
[620] CA Nîmes, 31 mars 2021, n° 19/01494

négociations avec un bailleur pour conclure un bail commercial. Le local nécessitait de nombreux travaux. Les parties ont collaboré dans la réalisation des travaux et assumé des frais précontractuels. Le bailleur a mis fin aux négociations et conclu avec un tiers. Les juges retenaient la responsabilité du bailleur au motif que « la rupture est intervenue sans préavis ni sommation préalable, sans motif légitime et alors que la société BPOG avait déjà engagé d'importantes dépenses pour aménager les locaux, manquant ainsi au principe de bonne foi, ouvrant un droit à indemnisation sur le fondement délictuel de l'article 1240 nouveau du code civil (ex 1382 du code civil) ».

Dans un arrêt du 1er décembre 2021[621], une candidate franchisée est entrée en négociation avec La vie claire en mars 2017. De nombreux échanges et démarches précontractuelles ont eu lieu et la candidate a participé à des formations. Un premier contrat de réservation de zone a été signé le 27 septembre 2017 et un second le 4 avril 2018. En mai 2018, La vie claire a souhaité attribuer ce secteur à un autre franchisé, ce que la candidate a refusé. Le 5 juin 2018, La vie claire a informé la candidate qu'elle ne pourrait pas devenir franchisée La vie claire. Les juges rappelaient « le principe de bonne foi dans la formation du contrat induisant que chaque partie a le devoir de se conduire en partenaire de bonne foi désireux de mener à bien la négociation ou d'invoquer des motifs sérieux pour ne pas la poursuivre ». En l'espèce, « En mettant un terme aux pourparlers à deux mois de l'ouverture du magasin, date connue de la Vie Claire, alors qu'elle a adressé à Madame D. le 18 avril 2018 le contrat de franchise et son annexe pour signature, celle-ci a fait preuve d'une particulière mauvaise foi alors même qu'elle ne justifie d'aucun motif légitime et que cette rupture brutale répond implicitement au refus opposé par l'intimée de procéder à un changement de zone. En conséquence, l'appelante caractérise que la société La Vie Claire a agi avec une légèreté blâmable dans la rupture des négociations, ce qui est constitutif d'une faute de nature à voir constater sa responsabilité ».

219. L'arrêt Monoprix est intéressant en ce qu'il permet de rappeler que le principe est, en droit français également, que chacun supporte les frais précontractuels qu'il engage. C'est seulement la déclaration de Monoprix qui oblige le distributeur à indemniser. En l'absence de déclaration précontractuelle ou de comportement fautif de Monoprix, le simple fait de négocier avec la SCI et que celle-ci prenne l'initiative de

[621] CA Nîmes, 1er décembre 2021, n° 19/04575

modifier la configuration de son local afin de séduire Monoprix et décrocher le contrat n'aurait probablement pas suffi pour entraîner la responsabilité de Monoprix. C'est bien l'incitation à engager des frais et non l'engagement des frais eux-mêmes qui justifie la responsabilité.

Les juges français utiliseront donc le droit de la responsabilité délictuelle pour sanctionner le comportement de la partie qui incite son partenaire à engager des frais précontractuels. Les juges anglais préfèreront se fonder sur la sanction de la déclaration précontractuelle.

## B- Le recours à la *misrepresentation* en droit anglais

Le droit anglais sanctionne lui aussi les déclarations précontractuelles visant à inciter le partenaire à engager des frais précontractuels. Comme en droit français, plusieurs fondements juridiques peuvent être envisagés tels qu'une vente conditionnelle (1), la *misrepresentation* (2), *l'unjustified enrichment* (3), le *proprietary estoppel* (4) ou la reconnaissance d'un *collateral contract* (5).

### 1) La vente conditionnelle

220. Il serait possible que le juge déduise des propos de Monoprix que la vente était conditionnelle. Cette solution aurait a priori plus de chances d'être retenue en droit anglais qu'en droit français du fait de la conception objective du contrat[622]. Alors qu'un juge français pourrait refuser de donner force obligatoire au contrat au motif que l'échange des consentements n'avait pas eu lieu, un juge anglais pourrait considérer que, quel que soit l'état d'esprit des parties, le fait que celles-ci se soient entendues sur les termes du contrat et que Monoprix ait déclaré qu'il considèrerait le contrat formé si les aménagements étaient effectués pourrait entraîner la formation du contrat. Si le contrat de vente était reconnu, la responsabilité contractuelle pour inexécution du contrat de vente pourrait être engagée.

### 2) La *misrepresentation*

[622] Sur la conception objective du contrat, voir introduction, supra p...

221. En l'absence de contrat de vente, il est possible d'envisager une action pour *tort of misrepresentation*. Monoprix a « manifesté son intention d'acheter si la SCI réalisait des aménagements ». Il s'agit d'une *representation*. Monoprix ayant finalement décidé de ne pas acheter, malgré le fait que la SCI ait procédé aux transformations, on est en présence d'une *misrepresentation*. L'action pour *misrepresentation* peut être pour *deceit* ou pour *negligent misrepresentation*. Une action pour *deceit* est envisageable. En effet, s'il est peu probable que l'intention de nuire soit reconnue, un juge peut reconnaître que la *representation* a été réalisée avec un désintérêt manifeste quant à la véracité de l'information. Monoprix peut toutefois apporter la preuve de sa volonté de conclure au moment où il a émis cette déclaration. Aussi peut-on préférer les conditions du *tort of negligent misrepresentation* qui sont réunies. Du fait des négociations, il existe une *duty of care* consistant à s'abstenir d'émettre une *misrepresentation*. Monoprix a émis une telle déclaration qui s'est révélée inexacte et a donc commis un *breach* de cette *duty*. La SCI a subi un dommage, et les éléments de *proximate cause* et de *cause in fact* sont ici remplis. Comme dans l'affaire *Walford v. Miles*, les éléments du *tort* semblent suffisamment établis pour penser qu'un juge anglais accepterait probablement d'indemniser la SCI sur le fondement du *tort of negligence*.

### 3) L'*unjustified enrichment*

222. Il est possible d'envisager une action sur le fondement de l'*unjustified enrichment*. Comme en droit français s'agissant de l'enrichissement sans cause, l'appauvrissement de la SCI est évident mais l'enrichissement ne l'est pas. De plus, le principe étant que chaque partie négocie à ses propres risques et périls, il n'est pas certain qu'un juge anglais accepte ce fondement. Il s'agit toutefois du fondement qui a été retenu par les tribunaux anglais dans l'arrêt *Brewer Street Investments Ltd v. Barclays Woollen Co. Ltd*[623] dont les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Monoprix*. Dans cet arrêt, *Barclays* négociait avec *Brewer*, bailleur, la location d'un local. *Barclays*, futur locataire, a fait réaliser des aménagements par *Brewer*, lui promettant de les rembourser, puis n'a pas loué le local. La négociation était *subject to contract*.

[623] *Brewer Street Investments Ltd v. Barclays Woollen Co. Ltd.* [1954] 1 Q.B. 428

La rupture des négociations, en elle-même, ne justifiait pas la responsabilité. *Brewer* demanda le remboursement des travaux réalisés. La *Court of Appeal* accorda à *Brewer* une indemnité sur le fondement de l'*unjustified enrichment*. Elle décida que celui qui aurait bénéficié des aménagements devait payer. Il serait donc possible, si cette situation factuelle était présentée à un juge anglais, que Monoprix doive indemniser la SCI propriétaire sur le fondement de l'*unjustified enrichment.*

### 4) Le *proprietary estoppel*

223. L'*estoppel* peut être créateur de droits s'agissant d'un bien immobilier. Les conditions de cette action semblent parfaitement remplies. Il existe une relation préexistante résultant des pourparlers, Monoprix a émis une promesse dénuée de *consideration*, la SCI a compté sur cette promesse et agi à son détriment. Il faut en outre qu'il ne soit pas inéquitable de faire tenir sa promesse par Monoprix. La promesse émise par Monoprix est que celui-ci achèterait le local si la SCI réalisait les aménagements. L'effet de l'*estoppel* est donc de donner force obligatoire au contrat de vente. La seule limite à l'application de cette action est qu'il s'agit d'un remède d'*equity. Le* juge peut donc considérer que la conclusion du contrat de vente est disproportionnée par rapport au dommage subi et refuser cette action. Il peut aussi accorder une indemnisation.

Dans l'arrêt *Salvation Army Trustee Co Ltd v West Yorkshire City Council*[624], un conseil municipal avait informé l'Armée du salut de son intention de préempter le bâtiment dont celle-ci était propriétaire dans le but de réaliser une route. Dans le cadre de la négociation, le conseil municipal avait accepté un prix plus important destiné à permettre à l'Armée du salut de déménager. Sur la base de ce prix à recevoir, l'Armée du salut avait, au vu et su du conseil municipal, acheté un autre terrain et fait construire un bâtiment. A la suite d'un redécoupage administratif, le conseil municipal avait changé et le nouveau avait renoncé au projet de route ainsi qu'à l'expropriation. Dans cet arrêt, la *Court of Queen's Bench* reconnaissait l'existence d'un *proprietary estoppel.*

[624] *Salvation Army Trustee Co Ltd v West Yorkshire CC* (1981) 41 P. & C.R. 179

L'action pour *proprietary estoppel* est donc possible dans une telle situation et peut amener le juge à reconnaître l'effet obligatoire de la promesse ou prononcer une indemnisation.

### 5) Le *collateral contract*

224. La sanction des déclarations précontractuelles destinées à inciter l'autre partie à engager des frais précontractuels peut également prendre la forme de la violation d'un *collateral contract*. Dans ce cas, un juge reconnaîtrait un contrat collatéral au terme duquel Monoprix rembourserait les frais précontractuels de la SCI si celle-ci réalisait ces travaux. Cependant, une telle action a peu de chance d'aboutir, car Monoprix n'a, à aucun moment, émis une telle promesse et la reconnaissance d'un tel avant-contrat exigerait donc un rôle créateur du juge.

225. Pour résumer, dans cette situation factuelle, il semble certain qu'un juge français refuserait de donner effet obligatoire au contrat en négociation, mais accepterait d'indemniser sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Cela conduirait donc Monoprix à rembourser à son partenaire les frais précontractuels engagés. En droit anglais, il est possible d'agir pour *misrepresentation*. En outre, le *proprietary estoppel* permettrait de donner un effet obligatoire à la déclaration précontractuelle et, ainsi, forcerait l'auteur de cette déclaration à conclure le contrat envisagé.

La responsabilité sera donc plus élevée en droit anglais, qui peut donner force obligatoire à la promesse. Le droit français se limitera à une simple responsabilité délictuelle qui indemnise la perte subie. La situation s'inverse lorsque le contrat en négociation ne porte pas sur un bien immobilier.

## II- L'INCITATION A ENGAGER DES FRAIS PRECONTRACTUELS DANS UN CONTRAT NON-IMMOBILIER

Le caractère immobilier ou non du contrat est indifférent en droit français mais important en droit anglais. On peut comparer les solutions apportées par les juges

français et anglais au moyen de l'analyse d'une nouvelle situation factuelle. M. Durand met en vente sa voiture au prix de 10.000 euros. M. Leclerc le contacte et l'informe qu'il est intéressé par sa voiture si le vendeur réalise une révision complète du véhicule. Le vendeur engage la dépense puis l'acheteur renonce à son achat. Dans ce cas, la solution apportée par un juge français serait analogue à celle qu'il apporterait si la négociation portait sur un bien immobilier (A). Elle serait en revanche différente s'agissant du droit anglais (B).

## A- Le recours à la responsabilité délictuelle en droit français.

226. Le droit français ne distingue pas selon que la négociation porte sur un bien mobilier ou immobilier. Ainsi, les solutions apportées par les juges seront identiques à celles décrites dans la situation factuelle impliquant Monoprix. On pourrait envisager une action sur le fondement d'une vente conditionnelle mais le succès d'une telle action semble peu probable. L'action pour enrichissement sans cause parait exclue car il n'existe aucun enrichissement de l'acheteur. Le succès de l'action en responsabilité délictuelle ne fait pas de doute.

## B- Le refus de l'*estoppel* en droit anglais

227. En droit anglais, excepté pour l'action contractuelle et l'*estoppel*, la nature mobilière ou immobilière du contrat en négociation n'a pas d'influence. Comme présenté plus haut, les actions sur le fondement d'un *unjustified enrichment* ou d'un *collateral contract* peuvent être envisagées mais semblent peu probables. L'action pour *misrepresentation* peut être envisagée, pour *deceit* ou *negligent misrepresentation* du fait de l'existence d'une déclaration précontractuelle. La probabilité de succès de la reconnaissance d'une vente conditionnelle sera un peu plus élevée puisque le contrat n'a pas besoin d'être écrit pour être valable. Cette solution reste toutefois peu probable.

La différence principale concerne l'*estoppel*. En effet, alors que le *proprietary estoppel*, limité aux contrats immobiliers, peut être générateur de droits, le *promissory estoppel* ne peut être utilisé que comme un moyen de défense. L'effet de la déclaration

précontractuelle ne peut donc pas être de forcer le négociateur à conclure le contrat de vente. Certains auteurs militent pour l'extension de l'*estoppel* mais le droit anglais n'a pas reconnu une telle action. Les solutions divergent donc lorsqu'on n'est pas en présence d'un contrat immobilier.

Outre l'incitation à engager des frais précontractuels, la négociation peut aller encore plus loin et une partie peut inciter l'autre à démarrer l'exécution du contrat alors que la négociation n'est pas achevée. Se posera alors la question de la responsabilité si la négociation échoue.

## SECTION 2 - L'INCITATION À ENGAGER DES FRAIS EN ANTICIPATION DE L'EXECUTION D'UN CONTRAT

Au cours d'une négociation, il arrive qu'une partie demande à l'autre de commencer, par anticipation, l'exécution du contrat. Le négociateur accepte car, dans son esprit, les dépenses engagées avant la conclusion seront intégrées dans le prix du contrat final. Celui-ci étant en négociation, aucun accord n'existe sur les termes des travaux commencés. Si, malheureusement, la négociation échoue, se pose la question du remboursement des frais précontractuels engagés. Cette responsabilité peut être analysée au moyen d'une situation factuelle. Un propriétaire, *Davis*, a négocié un contrat de construction avec un entrepreneur, *William Lacey*, afin de réparer sa maison. L'entrepreneur a commencé à exécuter le contrat à la demande du client. Il a notamment élaboré des plans et amendé ceux-ci. *Davis* met fin aux négociations, préférant vendre son bien immobilier plutôt que de réaliser les travaux envisagés. Dans une telle situation, tant le droit français (I) qu'anglais (II) reconnaîtront une responsabilité. Ses contours seront toutefois différents selon le droit étudié.

### I- LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE EN DROIT FRANÇAIS

En droit français, deux fondements peuvent justifier la responsabilité de la partie qui a incité son partenaire précontractuel à engager des dépenses en anticipation de

l'exécution du contrat objet de la négociation : la responsabilité délictuelle (A) et le fondement contractuel ou quasi-contractuel (B).

## A- La sanction de l'incitation à débuter l'exécution du contrat par la responsabilité délictuelle

228. Il est possible de sanctionner la partie qui rompt des négociations après avoir incité son partenaire à débuter l'exécution du contrat sur le fondement de la rupture de négociations avancées sans justification. Une partie engage en effet sa responsabilité vis-à-vis de son partenaire si elle rompt sans justification des négociations avancées. L'avancement peut résulter de la réalisation de travaux précontractuels. Dans la situation factuelle analysée, les négociations ont été très avancées puisque l'entrepreneur a réalisé des plans et devis très détaillés et commencé le travail en anticipation du contrat. La rupture des négociations pour des raisons purement internes conduirait à la reconnaissance d'une responsabilité délictuelle. En effet, après d'intenses négociations, *Davis* a pris la décision de mettre fin à la négociation, non pas parce qu'il ne trouvait pas d'accord ou avait trouvé un partenaire moins cher, mais dans le but de revendre son bien immobilier. La responsabilité délictuelle de *Davis* peut donc être reconnue.

Le début d'exécution n'est toutefois qu'un indice de l'avancement des négociations. Un juge peut donc refuser toute responsabilité délictuelle s'il estime que, bien que des dépenses aient été engagées en anticipation du contrat, les négociations ne sont pas avancées.

Outre la responsabilité délictuelle, le recours au droit des contrats et quasi-contrats peut permettre en droit français d'indemniser la partie qui engage des dépenses en anticipation du contrat en négociation.

## B- La reconnaissance d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle

Un juge peut indemniser une partie qui engage des dépenses en anticipation d'un contrat soit sur le fondement d'un avant-contrat (1), soit sur le fondement d'un quasi-contrat (2).

### 1) L'avant-contrat relatif aux dépenses engagées en anticipation du contrat

229. Les parties peuvent conclure un avant-contrat relatif aux dépenses réalisées en anticipation du contrat en négociation. En l'absence de contrat formel, le juge peut reconnaître l'existence d'un avant-contrat conclu de manière implicite. Il faudra toutefois apporter la preuve que les conditions de formation d'un contrat sont bien remplies. Dans la situation factuelle analysée, il est peu probable qu'un juge reconnaisse un tel avant-contrat puisque *Davis* et *William Lacey* ne se sont pas entendus sur les termes de cet avant-contrat.

### 2) L'enrichissement sans cause

230. Lorsqu'une partie engage des frais au bénéfice d'une autre et à son propre détriment, il est possible que le juge retienne le fondement de l'enrichissement sans cause. Pour que cette action soit reconnue par un juge, il faut prouver un appauvrissement d'une partie, un enrichissement corrélatif et une absence de cause[625]. Un arrêt du 13 juillet 2004 a reconnu cette possibilité à l'occasion de dépenses engagées en anticipation de l'exécution d'un contrat[626]. Dans cet arrêt, la société Giraudy a négocié pendant 6 ans un contrat avec la société Infotronic Girod. Pendant ces pourparlers, Giraudy a exploité des panneaux d'affichage appartenant à Infotronic Girod. Les négociations ont ensuite échoué, sans que la rupture des négociations soit fautive. Infotronic a demandé le versement d'une indemnité correspondant à l'utilisation de ces panneaux. Les juges reconnaissaient qu'Infotronic s'était appauvri en ne disposant pas de leur usage. Giraudy s'était pour sa part enrichi, car il avait pu en profiter gratuitement. Il n'existait aucune raison contractuelle ou légale pour laquelle Giraudy pouvait utiliser gratuitement ces panneaux. La Cour de cassation estimait donc reconnu que les conditions de l'enrichissement sans cause étaient

[625] Cass. Req., 15 juin 1892, Boudier c/ Patureau, D. 1892.596. Sur l'absence de cause, voir Cass, 1ère Civ., 25 février 2003, n° 00-18.572, publié au Bulletin
[626] Cass 1re civ., 13 juillet 2004, n° 01-03.608, publié au Bulletin

réunies et imposait à Giraudy d'indemniser Infotronic[627]. Ainsi, même lorsqu'aucun autre élément n'entraîne la responsabilité pour rupture des pourparlers, il est possible pour une partie, qui a engagé des travaux en anticipation d'un contrat en négociation, de recevoir une indemnisation sur le fondement d'un quasi-contrat.

En droit anglais également, plusieurs fondements justifient l'indemnisation des dépenses engagées durant la période précontractuelle en anticipation du contrat.

## II- LES FONDEMENTS DE L'INDEMNISATION DES DEPENSES PRECONTRACTUELLES ENGAGEES EN ANTICIPATION DE L'EXECUTION DU CONTRAT EN DROIT ANGLAIS

Les tribunaux anglais reconnaissent la possibilité d'indemnisation des dépenses engagées à l'occasion de la négociation afin d'anticiper l'application du contrat objet de la négociation. Il est difficile d'appliquer le fondement du droit des contrats et du *tort* (A). Le développement par les tribunaux de la notion d'*unjustified enrichment* permet en revanche une telle indemnisation (B).

### A- L'inadaptation des fondements classiques de la responsabilité précontractuelle

Le recours au droit des contrats (1) et au *tort* (2) est peu adapté pour permettre l'indemnisation de la partie qui a été incitée par son partenaire à engager des dépenses précontractuelles en anticipation de l'exécution du contrat projeté.

#### 1) Le droit des contrats

231. La reconnaissance d'un *collateral contract* implicite permet de sanctionner une partie qui a incité son partenaire à engager des dépenses en anticipation de l'exécution d'un contrat en négociation. Les tribunaux pourraient découvrir un avant-contrat aux termes duquel *Davis* s'engage à rembourser les dépenses engagées par *William Lacey*.

[627] Id.

Il faudrait que le juge établisse l'existence de promesses, d'une *consideration* et de l'intention de s'engager dans une relation juridique.

Les juges anglais sont assez réticents à découvrir un tel engagement qui n'est pas clairement exprimé. Dans la situation factuelle proposée, il est donc assez peu probable que le juge ait recours au concept de *collateral contract*. En effet, à aucun moment une promesse n'a été émise par *Davis* selon laquelle il comptait payer les travaux précontractuels réalisés. Dans ces conditions, reconnaître un *collateral contract* imposerait au juge un réel rôle de création. La situation pourrait être différente en cas de déclaration claire par *Davis* selon laquelle il rembourserait les frais précontractuels en cas d'échec des négociations, et que seule la *consideration* manquait. Si un juge reconnaît une intention de s'engager, il s'efforcera de donner une valeur contractuelle à cet engagement.

En l'absence de *consideration*, on pourrait envisager une action pour *misrepresentation*.

### 2) Le *tort of misrepresentation*

232. Le *tort of misrepresentation* peut permettre de sanctionner une partie qui a incité son partenaire à engager des dépenses en anticipation du contrat.

Il faut établir une *misrepresentation of facts*. Il existe bien une déclaration précontractuelle, incitant *William Lacey* à réaliser des travaux en anticipation du contrat[628]. La preuve d'une telle *misrepresentation of facts* est possible si *Davis* a incité *William Lacey* à engager des dépenses précontractuelles en anticipation du contrat alors qu'il n'avait pas l'intention de conclure ou s'il n'a pas informé son partenaire qu'il n'avait plus l'intention de conclure. Une action pour *misrepresentation* pourrait donc être envisagée. Toutefois, contrairement à la reconnaissance d'un *collateral contract*, l'action pour *tort* n'entraînerait que l'indemnisation de la perte subie par *William Lacey* et non pas du gain manqué.

[628] Les tribunaux reconnaissent également que le comportement pourrait constituer une *declaration of facts*. L'action ne serait en revanche pas possible si *Davis* n'avait prononcé aucune parole ou si aucun comportement ne pouvaient être prouvé.

Lorsqu'une partie incite son partenaire à débuter l'exécution du contrat pendant la négociation, puis rompt les pourparlers, les fondements du droit des contrats et du *tort* sont ainsi mal adaptés pour fournir une indemnisation à la partie qui a engagé les frais précontractuels. Le droit anglais a développé une action qui permet d'agir dans cette situation.

## B- L'indemnisation sur le fondement de l'*unjust enrichment*

233. Le fondement de la *restitution*, et notamment de l'*unjust enrichment*, est particulièrement adapté au recouvrement de travaux précontractuels tels que les travaux réalisés en anticipation d'un contrat en cours de négociation. Comme le déclare le juge *Christopher Clarke J* dans l'arrêt *MSM Consulting Ltd v United Republic of Tanzania*, « Il ne fait pas de doute que le tribunal peut imposer une obligation de payer pour les bénéfices résultant de services rendus à l'occasion d'un contrat que les parties négocient mais qui n'est finalement pas conclu. C'est toujours possible, même si, dans tous les cas, par hypothèse, le défendeur est libre de mettre fin aux négociations, que les pourparlers soient expressément '*subject to contract*' ou non. Sans aucun doute, une telle obligation ne sera imposée que si elle est juste ou, ce qui revient au même, s'il serait injuste pour le demandeur de ne pas être récompensé »[629]. Dans l'arrêt *AMP Advisory & Management Partners AG v Force India Formula One Team Ltd*, le juge considérait que « le tribunal pourra imposer une telle obligation quand le défendeur a reçu un bénéfice grâce aux services rendus pas le demandeur, ou quand le défendeur a demandé au demandeur de fournir des services ou les a acceptés (ayant la possibilité de les refuser) lorsque le demandeur les a proposés, avec la connaissance du fait que le demandeur n'avait pas l'intention de rendre ces services gratuitement ; mais le tribunal peut ne pas considérer comme juste d'imposer une obligation de paiement si le demandeur a pris le risque qu'il ne serait

[629] *MSM Consulting Ltd v United Republic of Tanzania* [2009] EWHC 121 (QB) per *Christopher Clarke J* at [170]-[171]: *''Undoubtedly the court may impose an obligation to pay for benefits resulting from services performed in the course of a contract which is expected to, but does not, come into existence. This is so, even though, in all cases, the defendant is ex hypothesi free to withdraw from the proposed contract, whether the negotiations were expressly made "subject to contract" or not. Undoubtedly, such an obligation will be imposed only if justice requires it or, which comes to much the same thing, if it would be unconscionable for the plaintiff not to be recompensed''*.

remboursé de ses frais que si un contrat été conclu, ou si le tribunal arrive à la conclusion que, dans ces circonstances, le risque devrait peser sur le demandeur »[630]. Dans cette affaire, AMP est entré en négociations avec Force India pour intervenir comme intermédiaire dans la recherche de sponsors. Force India a déclaré plusieurs fois pendant la négociation que tout était bon et que le mandat allait arriver et AMP a mis en relation Force India avec un sponsor. Or, la négociation sur le mandat a ensuite échoué. Le tribunal refusait de reconnaître l'existence d'un contrat de mandat mais acceptait une action pour *unjust enrichment*.

234. Dans l'arrêt *William Lacey (Hounslow) Ltd v. Davis*[631], dont les faits ont servi de base à cette situation factuelle[632], le juge *Barry J.* reconnaissait que le travail effectué « dépassait largement le travail normal qu'un constructeur, par coutume ou par usage, réalise normalement gratuitement, lorsqu'il est invité à répondre à un appel d'offre pour la construction d'un bâtiment »[633]. Le juge décidait donc de reconnaître une obligation de remboursement sur le fondement de la *restitution*[634]. Dans sa décision, le juge distinguait entre deux types de dépenses précontractuelles. Les services rendus dans l'espoir d'obtenir le contrat ne pouvaient pas faire l'objet d'une indemnisation. Les services rendus en anticipation du contrat avec la conscience mutuelle que le contrat allait ensuite être conclu entraînaient une obligation de remboursement si le contrat n'était pas ensuite formé[635].

---

[630] *AMP Advisory & Management Partners AG v Force India Formula One Team Ltd* [2019] &171: "*The court is likely to impose such an obligation where the defendant has received an incontrovertible benefit (e.g. an immediate financial gain or saving of expense) as a result of the claimant's services; or where the defendant has requested the claimant to provide services or accepted them (having the ability to refuse them) when offered, in the knowledge that the services were not intended to be given freely; But the court may not regard it as just to impose an obligation to make payment if the claimant took the risk that he or she would only be reimbursed for his expenditure if there was a concluded contract; or if the court concludes that, in all the circumstances the risk should fall on the claimant"*

[631] *William Lacey (Hounslow) Ltd v. Davis* [1957] 1 WLR 932

[632] Voir également pour des faits similaires *Marston Construction Co Ltd v. Kigass Ltd* (1989) 15 Con LR 116

[633] *Per* Barry J. *at* p. 935: "*fell right outside the normal work which a builder, by custom and usage, normally performs gratuitously, when invited to tender for the erection of a building*".

[634] Id. *at* p. 939: "*I am of the opinion that the law should imply an obligation to pay a reasonable price for the services which had been obtained*".

[635] *At* p. 939: "*I am, of course, fully aware that in different circumstances it might be held that work was done gratuitously merely in the hope that the building scheme would be carried out and that the person who did the work would obtain the contract. That, I am satisfied, is not the position here. In my judgement, the proper inference from the facts proved in this case is not that this work was done in the hope that this building might possibly be reconstructed and that the plaintiff company might obtain the contract, but that it was done under the mutual belief and understanding that this being was being reconstructed and that the plaintiff was obtaining the contract*"

235. L'affaire *William Lacey* a été utilisée par *Lord Goff* dans l'affaire *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*[636] dans laquelle les parties avaient atteint un stade avancé de négociation. Le travail effectué ne se limitait pas à la simple préparation et les parties avaient dépassé la phase ordinaire du risque. Dans cette affaire, en effet, *Cleveland Bridge* avait fait appel à *British Steel* comme sous-traitant pour construire du matériel en acier. 150 pièces devaient être fournies. *British Steel* commença à construire pendant la négociation du contrat. Les négociations échouèrent alors que 149 des 150 pièces étaient produites. Le tribunal refusait de reconnaître l'existence d'un contrat (et donc la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de *British Steel* pour mauvaise exécution du contrat) car les parties n'étaient pas tombées d'accord sur les prix et sur les conditions de livraison. Comme dans l'affaire *William Lacey v. Davis*, on se situait donc bien en période précontractuelle. Toutefois, le tribunal acceptait d'imposer à *Cleveland Bridge* d'indemniser *British Steel* sur le fondement de l'*unjust enrichment*. Lorsque les juges appliquent le fondement de la *restitution*, les biens livrés ou services rendus pendant les négociations doivent être rémunérés à un prix raisonnable[637]. Ce prix 'raisonnable' est (ou devrait être) le prix qui est habituellement payé pour un service comparable réalisé dans des conditions comparables. Comme en droit français, l'indemnisation consisterait donc à payer le prix normal de ces travaux.

Tant le droit français que le droit anglais sanctionnent l'incitation d'une partie à engager des frais précontractuels en anticipation de l'exécution du contrat projeté. Les fondements et contours de cette responsabilité peuvent être toutefois assez différents selon le droit étudié.

Lorsqu'une partie émet une déclaration précontractuelle, sans cependant prendre un engagement formel vis-à-vis de son partenaire, le niveau de responsabilité augmente en droit français comme en droit anglais. La responsabilité évolue encore lorsqu'une partie, à l'occasion de la négociation, prend un engagement formel vis-à-vis de son partenaire.

---

[636] *British Steel Corpn v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd* [1984] 1 All ER 504
[637] P.S. Atiyah, op. cit., p.102; *William Lacey (Hounslow) Ltd V. Davis*, op. cit

# SOUS-TITRE 2 : LES OBLIGATIONS RESULTANT D'UN ENGAGEMENT PRECONTRACTUEL

En présence d'un engagement précontractuel, une partie promet à l'autre de donner, faire ou ne pas faire quelque chose. On peut distinguer entre deux types d'engagements précontractuels conclus pendant la négociation d'un contrat. Soit une seule des parties s'engage vis-à-vis de l'autre (Chapitre 1). Soit chacune des parties prend un engagement vis-à-vis de l'autre. Les Français parlent ici d'avant-contrats et les Anglais de *collateral contract* (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : LES CONTRATS UNILATERAUX

Les juges anglais vont souvent pallier l'absence de responsabilité en reconnaissant plus facilement des contrats unilatéraux. Cela justifie qu'on les aborde ici dans une optique de comparaison.

Il existe un contrat unilatéral lorsqu'une seule partie s'engage vis-à-vis de l'autre, mais que l'autre partie ne prend pas d'engagement corrélatif et ne fournit donc pas de contrepartie. Les solutions de principe divergent fortement entre le droit français et le droit anglais quant à l'effet du contrat unilatéral (Section 1). Mais, ici aussi, chacun des systèmes juridiques a apporté des aménagements qui relativisent la radicalité de la distinction entre les deux droits étudiés (Section 2).

### SECTION 1 : L'EFFET DES CONTRATS UNILATERAUX EN DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS

L'engagement unilatéral cristallise la distinction entre le droit français et le droit anglais. Alors que le droit français reconnaît une valeur juridique à l'engagement unilatéral, le droit anglais adopte par principe la solution diamétralement opposée et refuse tout effet à celui-ci. La situation est toutefois différente selon que l'engagement porte sur un bien immobilier (II) ou non (I).

## I- LA PROMESSE UNILATERALE DE CONTRAT QUI NE PORTE PAS SUR UN BIEN IMMOBILIER

La distinction entre le droit français et le droit anglais peut être établie par l'analyse d'une situation factuelle. M. Baldy souhaitait devenir membre de l'association pour la sauvegarde des maisons et paysages du Quercy. Les statuts prévoyaient que « sont membres de l'association les personnes physiques ou morales qui donnent leur adhésion par une inscription personnelle écrite et payent leur cotisation annuelle ». Alors que le droit français reconnaît une valeur contractuelle à la promesse unilatérale (A), tel n'est pas le cas du droit anglais (B).

### A- La valeur contractuelle de la promesse unilatérale portant sur un bien mobilier en droit français

236. En droit français, « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »[638]. Le Code civil[639] comme les juges français reconnaissent la validité d'un contrat unilatéral. Ainsi, dans l'affaire qui a inspiré cette situation factuelle, la Cour de cassation a considéré que, lorsque les statuts d'une association définissent des conditions d'adhésion, cette association ne peut pas refuser l'adhésion d'un membre qui les remplit. M. Baldy ayant rempli les conditions, il était impossible de refuser son adhésion[640].

La réforme du droit des obligations de 2016 s'est intéressée à la sanction de l'inexécution des promesses unilatérales. L'article 1124 du Code civil prévoit désormais que « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit 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 révocation de la promesse pendant le

[638] Code civil, article 1101
[639] Code civil, article 1103, le contrat « est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement ».
[640] Cass. 1e civ 25 juin 2002, n° 01-01093, publié au Bulletin

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 ». La promesse unilatérale a donc désormais en droit français une force obligatoire sanctionnée par l'exécution forcée et non pas seulement par des dommages et intérêts.

Confronté à une promesse unilatérale de contrat, un juge anglais adoptera une position de principe diamétralement opposée.

## B- Le principe d'absence de valeur contractuelle des promesses unilatérales en droit anglais

237. Pour qu'un engagement ait une valeur contractuelle en droit anglais, il faut fournir une *consideration* ou que le contrat respecte la formalité du *deed*. Du fait de l'absence de *consideration*, l'engagement de l'association d'accepter comme membre toute personne qui respecte les conditions statutaires n'aurait donc aucune valeur contractuelle à moins que soit respectée la formalité du *deed*. Le *promissory estoppel* ne semble pas adapté non plus à moins que M. Baldy puisse prouver qu'il a agi à son détriment. S'agissant de l'action pour *misrepresentation,* il existe bien une *representation* en vertu de laquelle toute personne respectant les conditions peut adhérer à l'association. Toutefois, la sanction sera limitée à l'indemnisation de la perte subie.

Ainsi, face à un engagement unilatéral de l'une des parties, le droit français est facilement prêt à reconnaître la valeur contractuelle de la promesse. Le succès d'une telle action est en revanche beaucoup moins certain en droit anglais et seule l'indemnisation de la perte subie semble envisageable en cas de *misrepresentation*.

Les solutions de principe sont donc diamétralement opposées en droit français et anglais lorsqu'une promesse unilatérale porte sur un bien mobilier. Elles se rapprochent lorsque la promesse unilatérale porte sur un bien immobilier.

## II- LA PROMESSE UNILATERALE DE CONTRAT PORTANT SUR UN BIEN IMMOBILIER

238. La distinction entre le droit français et le droit anglais s'estompe lorsque le contrat unilatéral porte sur un bien immobilier, comme le montre l'analyse d'une situation factuelle. Le propriétaire d'un bien immobilier, A, promet de laisser un voisin, B, utiliser un droit de passage sur son terrain pour un prix déterminé. B accepte cette promesse mais ne souscrit aucun engagement corrélatif. B vend une autre parcelle de terrain car, du fait du droit de passage, le terrain qu'il conserve ne sera pas enclavé. Malheureusement, quelques mois plus tard, A changé d'avis et refuse de confirmer la cession du droit de passage à B devant notaire.

Confrontés à une telle situation, le droit français adopte une position plus rigoureuse alors que le droit anglais retient, lui, une solution plus souple que lorsque le contrat unilatéral porte sur un bien mobilier.

Ici aussi, les droits français (A) et anglais (B) adoptent des raisonnements distincts.

### A- Le formalisme du contrat unilatéral portant sur un bien immobilier en droit français

239. En droit français, un contrat unilatéral a une valeur contractuelle. Toutefois, le Code civil prévoit que la promesse unilatérale de vente d'un bien immobilier ou d'un fonds de commerce doit être conclue par écrit et enregistrée à la recette des impôts à peine de nullité[641]. Les juges français appliquent cette règle de manière constante et stricte[642]. Ainsi, la promesse de A sera valable si ce formalisme est rempli, mais B

[641] Code Civil, article 1589-2, « Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date. »

[642] Voir par exemple, Cass, 3e civ., 20 mars 2002, n° 00-17.637, inédit : la « nullité de la promesse unilatérale de vente pour défaut d'enregistrement entraîne l'anéantissement du contrat »

aura peu de chances d'être indemnisé s'il ne conclut pas un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré dans les dix jours de sa signature.

Il faut toutefois noter que ce formalisme à peine de nullité n'est exigé que pour une promesse unilatérale de vente. Il ne sera donc pas imposé, par exemple, pour une promesse unilatérale d'achat[643].

Il est donc plus difficile de sanctionner la violation d'une promesse unilatérale de vente d'un bien immobilier que mobilier en droit français. La sanction est en revanche facilitée en droit anglais.

## B- La force obligatoire du contrat unilatéral portant sur un bien immobilier en droit anglais

240. En droit anglais, un contrat unilatéral n'a en principe aucune valeur contractuelle. Toutefois, il est possible de lui donner une telle valeur en fournissant une *consideration*, même nominale, ou en concluant un *deed*. Dans le cadre du transfert d'un droit immobilier, il est probable que les parties penseraient à remplir cette formalité, d'autant que le recours au juriste pour un tel acte, au moyen du *solicitor*, est probablement plus courant au Royaume-Uni qu'en France. Au moyen de l'exigence de la *consideration* ou du *deed*, le droit anglais exige donc en pratique le respect d'un formalisme *ad validitatem* s'agissant d'un transfert unilatéral de droits sur un bien immobilier.

L'action en *equity* pour *proprietary estoppel* permet également de conférer une valeur contractuelle à la promesse unilatérale portant sur un bien immobilier. Si un propriétaire immobilier promet de transférer un droit à une personne sans que l'autre fournisse de *consideration*, et que cette personne agit à son détriment sur le fondement de cette promesse, les tribunaux admettent que le *proprietary estoppel* puisse être utilisé comme action pour faire reconnaître un droit immobilier.

[643] Le droit français a créé en outre d'autres mécanismes de protection de l'acheteur qui signe une promesse unilatérale d'achat, tel que l'existence d'un délai de rétractation pour l'acheteur non professionnel d'un bien immobilier prévu par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Comme pour la promesse unilatérale portant sur un bien mobilier, il est également possible d'envisager une action pour *misrepresentation* si le vendeur déclare qu'il confèrera un droit immobilier alors que cette déclaration est inexacte.

Pour résumer, les droits français et anglais ont des positions de principe opposées s'agissant de la valeur d'un contrat unilatéral. En présence d'une promesse portant sur un bien immobilier, les solutions retenues par le droit français et par le droit anglais sont toutefois plus proches l'une de l'autre. Le droit français exige un formalisme *ad validitatem* alors que le droit anglais admet une action en *equity*. Comme on peut le remarquer, la responsabilité en cas de violation d'une promesse unilatérale est donc plus facile à établir en droit anglais lorsque la négociation porte sur un bien immobilier.

Le refus du droit anglais de reconnaître la valeur contractuelle d'un engagement unilatéral est d'une extrême rigueur bien que celui-ci soit, comme nous l'avons vu, atténué par la reconnaissance d'actions sur le fondement de l'*estoppel* ou du *tort of misrepresentation*. Face à ce régime rigoureux, le droit anglais a créé un certain nombre d'exceptions qui atténuent cette position.

## SECTION 2 : LES EXCEPTIONS AU REFUS DU DROIT ANGLAIS DE DONNER EFFET À UN CONTRAT UNILATÉRAL POUR ABSENCE DE CONSIDERATION

Les juges anglais ont assoupli leur position dans plusieurs cas afin de donner un effet obligatoire à des contrats unilatéraux. Ainsi, l'exigence de *consideration* pour donner force obligatoire à une promesse est parfois atténuée (I). Le contrat unilatéral peut également acquérir une force obligatoire lorsque la promesse requiert l'exécution d'un acte (II).

### I- LA CONSIDERATION NOMINALE OU INADEQUATE

241. Les solutions apportées par les droits français et anglais en présence d'un contrat unilatéral se rapprochent en présence d'une *consideration* nominale ou inadéquate. L'interprétation extensive de la notion de *consideration* atténue en effet la rigueur du droit anglais. Cette première exception peut être mise à jour par l'analyse d'une situation factuelle. *Scott* accorda fin 1971 une option sur sa maison au prix de £10.000 pour 6 mois en contrepartie de £1. En janvier 1972, *Scott* revint sur sa promesse et informa *Mountford* que celle-ci n'était plus valable. En mars 1972, soit dans le délai de 6 mois, *Mountford* leva l'option et demanda l'exécution forcée.

En droit français, cet engagement unilatéral aurait une valeur contractuelle.

En droit anglais, une promesse ne peut avoir de valeur contractuelle que si elle est souscrite selon la formalité du *deed* ou si le bénéficiaire fournit une *consideration* en contrepartie de cette promesse. Aucun *deed* ne semble avoir été conclu ici. Afin d'atténuer la rigueur de l'exigence de la *consideration*, les tribunaux anglais font une interprétation extensive de cette notion et admettent que constitue une *consideration* toute contrepartie, même nominale. Ainsi, dans l'arrêt *Mountford* v. *Scott*[644], *l*e juge fit droit à la demande, estimant que le contrat d'option était valable puisqu'il existait une *consideration*, même nominale. Ce qui importe, en somme, c'est que par cette exigence de *consideration* le juge constate que chacune des parties a bien conscience de la nature contractuelle de l'engagement.
En présence d'une *consideration*, le juge donnera effet obligatoire à la promesse. La solution retenue par le juge anglais sera dans ce cas très proche de celle fournie par les tribunaux français. Il est possible de demander l'exécution forcée mais l'action pour *specific performance* est alors une action en *equity*. Son acceptation est laissée à la discrétion du juge qui pourra refuser d'accorder l'exécution forcée si celle-ci n'est pas adaptée.

L'interprétation extensive de la notion de *consideration* permet ainsi aux juges anglais d'apporter une importante atténuation au principe de refus de la valeur des engagements unilatéraux. Tel est également le cas lorsque l'engagement unilatéral requiert l'exécution d'un acte par le bénéficiaire.

---

[644] *Mountford v. Scott* [1975] Ch. 258

## II- L'ENGAGEMENT UNILATERAL REQUERANT L'EXECUTION D'UN ACTE

242. La rigueur de l'exigence de *consideration* prévue par le droit anglais pour donner force obligatoire à une promesse unilatérale est assouplie lorsqu'une partie promet quelque chose à l'autre partie si celle-ci réalise un acte. Afin d'illustrer ceci, on peut reprendre une situation factuelle. Un père avait acheté une maison pour son fils et sa belle-fille. Il leur avait promis que, si ceux-ci remboursaient le prêt, ils en deviendraient propriétaires. Le fils commença à rembourser. Lorsque le père mourut, sa veuve révoqua le contrat unilatéral car son fils n'avait pas encore fini de rembourser le prêt et la veuve ne s'estimait donc liée par aucun engagement contractuel.

En droit français, cette promesse remplit les conditions de l'article 1101 du Code civil. Un juge français pourrait donc lui donner force obligatoire. Il existe bien un engagement de la part du promettant, ainsi qu'une intention de s'engager. Il existe une intention libérale de la part du promettant. Ainsi, le promettant ne pourrait pas revenir sur sa promesse.

En droit anglais, cette promesse est un engagement unilatéral. Ainsi, en l'absence de *consideration* ou de *deed*, le promettant n'est pas lié et n'a donc aucune obligation de respecter sa promesse. Il peut revenir sur sa promesse ou refuser de l'exécuter, jusqu'à ce que l'autre partie exécute sa prestation. Toutefois, les tribunaux anglais ont perçu le caractère inéquitable de cette règle. Ils ont décidé que l'engagement était certes *unenforceable* mais que si le bénéficiaire commençait l'exécution de cet acte, le promettant ne peut pas revenir sur sa promesse. Ainsi, dans l'arrêt *Errington v. Errington*[645] qui a donné lieu à cette situation factuelle, *Lord Denning* déclara que la révocation était inefficace depuis que le fils avait commencé à rembourser le prêt. Le

[645] *Errington v. Errington Woods* [1952] 1 K.B. 290, *per Lord Denning*: "*The father's promise was a unilateral contract -- a promise of the house in return for their act of paying the instalments. It could not be revoked by him once the couple entered on performance of the act […] it is clear that the father expressly promised the couple that the property should belong to them as soon as the mortgage was paid, and impliedly promised that, so long as they paid the instalments to the building society, they should be allowed to remain in possession. They were not purchasers because they never bound themselves to pay the instalments, but nevertheless they were in a position analogous to purchasers*"

début d'exécution de la condition posée par l'engagement unilatéral a ainsi pour effet d'aboutir en droit anglais également à un effet obligatoire de la promesse.

Alors que l'existence d'une *consideration* est la question centrale de la reconnaissance de l'effet d'un contrat unilatéral en droit anglais, cette exigence est remplie en présence d'un accord bilatéral puisque chaque partie fournit une prestation. En présence d'un avant-contrat, les solutions apportées par les droits français et anglais sont donc souvent proches.

## CHAPITRE 2 : LA VIOLATION D'UN ENGAGEMENT BILATERAL

A l'occasion des négociations, les parties peuvent formaliser leur relation et conclure ensemble un accord bilatéral. Ici aussi, le droit français ou le droit anglais ont parfois recours à ces engagements bilatéraux pour sanctionner des situations qu'on peut qualifier de précontractuelles. Cet engagement précontractuel peut matérialiser l'avancement de la négociation entre les parties (Section 1). Il peut également créer une obligation particulière détachable du contrat en négociation (Section 2)

### SECTION 1 : LES ACCORDS MATÉRIALISANT L'AVANCEMENT DE LA NÉGOCIATION

Les parties peuvent conclure des actes destinés à poser les jalons de leur négociation. Plusieurs types d'accords peuvent matérialiser l'avancement des pourparlers, depuis la simple lettre d'intention (I), l'accord partiel (II), la négociation *subject to contract* ou les clauses limitatives de responsabilité (III), jusqu'au contrat définitif.

#### I- LA LETTRE D'INTENTION

243. Il arrive régulièrement que des parties engagent les pourparlers en signant une lettre d'intention[646]. Derrière ce terme peuvent exister des situations différentes. Si, en principe, ces documents sont dénués de valeur contractuelle, il arrive que les juges leur reconnaissent un effet tant en droit français qu'en droit anglais.

La valeur d'une lettre d'intention peut être constatée par l'analyse d'une situation factuelle. X a signé le 26 février 2002 avec la société Medis un protocole d'accord en vue de la conclusion d'un contrat de franchise sous l'enseigne SPAR. Le contrat était soumis à l'agrément du comité SPAR qui devait se prononcer avant le 26 avril 2002. Le 9 avril 2002, X a informé Medis qu'il mettait fin aux négociations. Le 25 avril 2002, le comité a fourni l'agrément et Medis a demandé l'exécution du contrat de franchise et la réparation de son préjudice.

Si, en principe, la violation d'une lettre d'intention n'entraîne pas la responsabilité de leur auteur, tant le droit français (A) que le droit anglais (B) reconnaissent des hypothèses de responsabilité.

## A- La valeur des lettres d'intention en droit français

Malgré un principe d'absence d'effet contractuel de la lettre d'intention (1), les tribunaux reconnaissent eux aussi plusieurs hypothèses de responsabilité (2).

### 1) Le refus de principe de la valeur contractuelle de la lettre d'intention en droit français

244. En droit français, la lettre d'intention n'a en principe pas de valeur contractuelle. Son objectif est de matérialiser la volonté des parties de négocier mais cela n'entraîne pas de responsabilité contractuelle ou délictuelle automatique. Ainsi, dans un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 17 mars

[646] Il convient de mettre en garde ici sur le sens du terme « lettre d'intention » et « *letter of intent* » en droit français et en droit anglais. Ce terme désigne deux situations juridiques bien distinctes. La première, qui sera retenue ici, est un échange entre des parties désireuses d'engager entre elles une négociation. La seconde, que nous exclurons ici, est la garantie fournie par une personne, généralement une société maison mère, qu'une autre personne, généralement sa filiale, paiera une dette. Voir par exemple *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd* [1989] 1 W.L.R. 379

2009[647] qui a inspiré cette situation factuelle, la Cour d'appel déboutait le demandeur et la Cour de cassation rejetait le pourvoi. Selon la Cour, d'une part, il n'existait pas d'engagement contractuel car le protocole d'accord prévoyait lui-même l'absence d'engagement des parties jusque l'acceptation du comité SPAR, l'information précontractuelle due au franchisé selon l'article L330-3 du Code de commerce n'avait pas été fournie, et l'octroi d'un budget d'enseigne restait à négocier. D'autre part, la Cour refusait de sanctionner la rupture car il ne s'était écoulé « qu'un peu plus d'un mois entre les premières études et le protocole, et qu'ainsi les négociations ne peuvent être qualifiées de longues et continues ». La rupture ne constituait donc pas un fait générateur de responsabilité.

Dans la situation factuelle proposée, il semble donc probable que la lettre d'intention n'entraînerait aucune obligation juridique. La dénomination de lettre d'intention constituera souvent un indice de l'absence de volonté des parties d'être liées par un engagement contractuel. Il arrive toutefois que des lettres d'intention se voient conférer une valeur juridique.

### 2) Les hypothèses de reconnaissance d'une valeur aux lettres d'intention

La lettre d'intention peut avoir un effet contractuel (a). Elle peut aussi justifier la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers (b).

#### a) La valeur contractuelle de la lettre d'intention

245. Lors de la négociation, les parties utilisent parfois le terme de lettre d'intention mais incluent des obligations dans celle-ci. Tout ou partie de ces lettres d'intention peut alors être traité comme un avant-contrat.

Il peut également arriver exceptionnellement que le juge reconnaisse que la lettre d'intention est tellement précise qu'elle constitue le contrat définitif. La dénomination adoptée par les parties n'empêche pas le juge de reconnaître la formation d'un contrat. Malgré la dénomination, dans la situation factuelle analysée, si le franchisé arrivait à

[647] Cass. Com., 17 mars 2009, n° 08-12830, inédit

convaincre le juge de l'intention des parties et du fait que les parties se soient entendues sur les éléments essentiels du contrat, il reconnaîtrait la valeur contractuelle de la lettre d'intention. Tel ne serait cependant pas le cas en l'espèce puisque de nombreux éléments restaient encore à négocier.

Même si la lettre d'intention n'a pas de valeur contractuelle, elle pourra néanmoins avoir un effet juridique.

### b) L'impact de la lettre d'intention sur la responsabilité pour rupture des pourparlers

246. La lettre d'intention peut avoir une influence sur la reconnaissance d'une responsabilité pour rupture des pourparlers. En effet, la lettre d'intention matérialise l'état d'avancement de la négociation, comprend des déclarations des parties et manifeste leur intention de négocier ensemble. Le juge pourra ainsi se fonder sur les clauses de cette lettre d'intention pour justifier l'avancement de la négociation, ou au contraire leur caractère embryonnaire. Il pourra également évaluer le sérieux de la négociation ou la nature brutale de la rupture à l'aune des clauses de la lettre d'intention. Si on reprend les termes de la lettre d'intention reproduite dans l'arrêt *Rose &Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd*, selon laquelle la négociation « sera conduite entre les parties avec une loyauté mutuelle et un esprit de collaboration amicale », une telle clause a pour effet d'augmenter le niveau de vigilance du juge quant au comportement adopté par les parties durant les pourparlers. La prise en compte de la lettre d'intention était bien présente dans l'arrêt du 17 mars 2009[648] qui a inspiré la situation factuelle analysée. Dans cet arrêt, la Cour de cassation déterminait non seulement la valeur contractuelle de la lettre d'intention conclue entre le franchiseur et le franchisé, mais elle évaluait également la responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers. Analysant les conditions de la négociation et les termes de la lettre d'intention, la Cour de cassation concluait que la rupture n'engageait pas de responsabilité car il ne s'était écoulé « qu'un peu plus d'un mois entre les premières études et le protocole, et qu'ainsi les négociations ne peuvent être qualifiées de longues et continues ».

[648] Cass. Com. 17 mars 2009, n° 08-12830, inédit

Dans un arrêt du 12 mars 2019[649], les juges considéraient qu'il « découle de ces textes et de la jurisprudence que le contrat repose sur l'accord des volontés, fait générateur du contrat et des obligations respectives des parties et que les négociations précontractuelles reposent sur le principe de liberté d'entrer en négociation avec une distinction entre l'invitation à entrer en pourparlers et l'offre de contracter, ceci ayant son importance pour déterminer la durée des pourparlers. Par ailleurs l'obligation d'entrer ou de poursuivre les négociations à partir de la rédaction de la lettre d'intention est basée sur la bonne foi des parties à la négociation et de leurs obligations réciproques d'information. Si le principe de liberté régit également l'interruption des pourparlers, l'exercice du droit de rupture ne doit pas être abusif faute de quoi il engage la responsabilité de la partie fautive à charge pour celle qui l'invoque de démontrer une faute qui s'analyse comme un manquement à l'obligation de loyauté et de bonne foi caractérisé par un faisceau d'indices »

Le droit anglais opère la même distinction que le droit français, avec un fondement différent.

## B- La valeur des lettres d'intention en droit anglais

En droit anglais, une lettre d'intention n'a en principe pas de valeur contractuelle (1). Il est toutefois possible que sa violation entraîne la responsabilité de son auteur (2).

### 1) Le principe d'absence de valeur contractuelle des lettres d'intention en droit anglais

247. En droit anglais, une lettre d'intention n'a pas de valeur contractuelle car les conditions de formation d'un contrat ne sont pas remplies. Ainsi, dans l'arrêt *Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd*[650], une société américaine renégociait avec son

[649] CA Poitiers, 12 mars 2019, n° 18/00579

[650] *Rose & Frank Co. v. J.R. Crompton & Bros. Ltd* [1925] A.C. 445, p. 445-446 : "*This arrangement is not entered into, nor is this memorandum written, as a formal or legal agreement, and shall not be subject to legal jurisdiction in the Law Courts either of the United States or England, but it is only a definite expression and record of the purpose and intention of the three parties concerned, to which they each honourably pledge themselves, with the fullest confidence - based on past business with each other - that it will be carried through*

partenaire anglais la reconduction de leur accord de distribution. Ils avaient conclu une lettre d'intention ayant pour objectif de définir l'intention des parties de collaborer. Dans ce document, les parties déclaraient que « cet arrangement n'est pas conclu, et ce document n'est pas écrit, comme un accord formel ou légal, et n'a donc pas vocation à être soumis à la juridiction des tribunaux des Etats-Unis ou d'Angleterre, mais c'est plutôt une expression et une matérialisation de l'objectif et de l'intention des trois parties concernées, envers lesquelles elles s'engagent sur l'honneur - avec la meilleure confiance, sur la base de leurs relations d'affaire passées - à ce qu'il soit conduit entre les parties avec une loyauté mutuelle et un esprit de collaboration amicale. Il en sera référé ci-dessous comme l'engagement d'honneur ». Le juge refusait de donner effet obligatoire à cet accord pour défaut d'intention de s'engager.

Par ailleurs, pour former un contrat, il faut que les promesses des parties contiennent des engagements suffisamment certains[651]. Dans la situation factuelle analysée, du fait des éléments encore à négocier, il est probable qu'aucun juge anglais ne reconnaîtrait la formation du contrat de franchise. Un *agreement to agree* n'a aucune valeur contractuelle[652].

Malgré ce refus de principe, il peut arriver qu'une lettre d'intention acquière une valeur en droit anglais.

### 2) La valeur exceptionnelle des lettres d'intention en droit anglais

Une lettre d'intention peut entraîner la responsabilité de son auteur, soit sur un fondement contractuel (a), soit pour *misrepresentation (b)*.

#### a) La valeur contractuelle d'une lettre d'intention

248. En droit anglais, pour que des parties soient liées par un contrat, il faut une promesse d'une partie, que l'autre partie accepte et fournisse une *consideration*, et

---

*by each of the three parties with mutual loyalty and friendly co-operation. This is hereinafter referred to as the 'honourable pledge' clause".*

[651] *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd* [1975] 1 W.L.R. 297, voir supra p...

[652] Cf *Walford v. Miles*, op. cit.

qu'existe une intention de s'engager. La promesse de chacune des parties doit être suffisamment certaine. Si ces conditions sont remplies, un juge reconnaîtra la valeur contractuelle de la lettre d'intention, malgré la dénomination retenue par les parties. De même, le juge peut considérer que les engagements pris par les parties à l'occasion de la négociation peuvent constituer des *terms* du futur contrat ou d'un *collateral contract*[653].

L'arrêt *Wilson Smithett & Cope (Sugar) Ltd v. Bangladesh Sugar Industries Ltd*[654] a reconnu cette possibilité. Dans cette affaire, Wilson a conclu une « lettre d'intention » avec BSI, signée par les deux parties, aux termes de laquelle BSI s'engageait à vendre une quantité déterminée de sucre à un prix déterminé à Wilson. La « lettre d'intention » comportait également les conditions de livraison. L'offre émise par BSI contenait l'ensemble des éléments de formation d'un contrat. L'offre contenant la description du bien, la quantité, le prix et les conditions de livraison était suffisamment certaine. L'acceptation avec l'engagement de payer le prix constituait une *consideration* valable. La seule question qui se posait était celle de l'intention des parties de s'engager dans une relation contractuelle. La Cour considérait que, malgré la dénomination de *letter of intent*, le comportement des parties ainsi que leur accord sur l'ensemble des éléments essentiels faisaient la preuve de l'intention et par conséquent de la formation du contrat.

Outre la reconnaissance d'une valeur contractuelle, il est possible d'engager la responsabilité de l'auteur de la lettre d'intention pour *misrepresentation*.

### b) La responsabilité pour *misrepresentation*

249. Si la lettre d'intention n'est pas un *term* contractuel, elle peut être une déclaration. C'est une matérialisation de l'intention d'entrer en négociations. Puisque cette déclaration n'est pas intégrée à un contrat, il s'agit bien d'une *representation of facts*. Ainsi, si les affirmations contenues dans cette lettre d'intention se révèlent

[653] *J. Evans & Son (Portsmouth) Ltd v. Andrea Merzario Ltd* [1976] 1 W.L.R. 1078 dans lequel un transporteur avait pris l'engagement vis à vis d'un client que si les parties concluaient le contrat, les marchandises ne seraient pas transportées sur le pont du bateau.
[654] *Wilson Smithett & Cope (Sugar) Ltd v. Bangladesh Sugar Industries Ltd* [1986] 1 Lloyd's Rep 378

inexactes, l'autre partie pourra engager la responsabilité de son partenaire sur le fondement de la *misrepresentation*. Comme dans les cas précédents, l'action pourra être pour *deceit* si la déclaration erronée a été émise intentionnellement ou avec un désintérêt manifeste quant à la véracité de l'information. Elle pourra également être fondée sur la *negligent misrepresentation.* Dans la situation factuelle analysée, si on prouvait que certaines allégations de la lettre d'intention conclue entre le franchiseur et son candidat franchisé se révélaient erronées, l'action pour *misrepresentation* pourrait sanctionner leur auteur.

Tant le droit français que le droit anglais posent donc comme principe l'absence de valeur des lettres d'intention, mais reconnaissent une valeur contractuelle exceptionnelle et acceptent de prendre en compte la lettre d'intention pour sanctionner le comportement précontractuel.

La lettre d'intention n'est pas le seul document précontractuel. Les parties peuvent adopter un engagement plus important en s'accordant, dans un avant-contrat, sur une partie des obligations en négociation, par le biais d'un accord partiel.

## II- L'ACCORD PARTIEL

250. L'accord partiel manifeste le fait que les parties sont tombées d'accord sur un certain nombre de clauses du contrat, mais que d'autres restent encore à négocier. La valeur d'un accord partiel peut être analysée de nouveau à l'aide de l'analyse d'une situation factuelle. John Brown avait conclu avec Mitsui un contrat de fourniture de deux générateurs sur une centrale électrique. Le contrat comportait une indication selon laquelle les parties devraient encore s'entendre sur la mesure de « tests de performance ». Or, aucun accord ne put être trouvé sur ce point. Comme pour la lettre d'intention, la question se pose en droit français comme en droit anglais de la valeur de cet accord partiel. Le principe d'absence de valeur des accords partiels et la reconnaissance d'exceptions existent tant en droit anglais (A) qu'en droit français (B).

### A- L'effet d'un accord partiel en droit anglais

En droit anglais, l'accord partiel peut avoir un effet contractuel (1), ou entraîner la responsabilité (2).

### 1) La valeur contractuelle de l'accord partiel

251. Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur l'ensemble des éléments du contrat, il n'existe en principe aucun engagement contractuel entre elles.

En droit anglais, l'accord sur les éléments principaux du contrat pourra toutefois conduire le juge à retenir que le contrat est conclu, bien que des points restent à négocier. Ainsi, dans l'arrêt *Bellamy v. Debenham*[655], Bellamy et Debenham se sont entendus sur la vente d'une maison. Après l'échange des promesses, le *solicitor* de Debenham a proposé des ajustements, que Bellamy a examinés puis refusés. Lorsque Bellamy a demandé l'exécution du contrat, Debenham a prétendu que, puisque les négociations avaient continué, les parties étaient toujours en négociation. La *Court of Chancery* considérait que lors de l'échange des promesses, les parties avaient conclu un contrat et que les négociations sur les points annexes ne remettaient pas en cause l'effet obligatoire. Cette décision a été confirmée par la *Court of appeal* pour des faits similaires dans l'arrêt *Perry v Suffields Ltd*[656]. De même, dans l'arrêt *Mitsui Babcock Energy Ltd v John Brown Engineering Ltd*[657], qui a inspiré cette situation factuelle, la *Queen's Bench* déduisait de l'analyse objective du langage et des circonstances qu'il existait une intention de s'engager et que l'absence d'accord sur les « tests de performance » ne rendait pas l'accord nul pour *uncertainty*. En droit anglais, un accord partiel sur les termes principaux du contrat peut donc recevoir un effet contractuel. Le critère principal pour un juge anglais semble être, dans ce cas, la question de savoir si on peut déterminer avec une certitude suffisante les obligations des parties.

L'accord partiel peut également avoir un effet contractuel sous forme d'un *collateral contract*, s'il est détachable du reste du contrat en négociation et peut avoir une existence propre. Tel pourrait être par exemple le cas d'un contrat destiné à être exécuté par tranche et pour lequel les parties tomberaient d'accord sur une première

[655] *Bellamy v. Debenham* (1890) L.R. 45 Ch. D. 481, [1889 B. 2715.]
[656] *Perry v. Suffields Ltd* [1916] 2 Ch. 187, [1915 P. 1244.]
[657] *Mitsui Babcock Energy Ltd v John Brown Engineering Ltd* (1996) 51 Con. L.R. 129

tranche (par exemple la construction des fondations d'un bâtiment), laissant en négociation le reste du contrat.

Si l'accord partiel n'a pas de valeur contractuelle, il peut néanmoins, comme la lettre d'intention, entraîner des effets juridiques.

### 2) L'influence de l'accord partiel sur la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit anglais

252. Comme nous l'avons déjà vu pour la lettre d'intention, l'accord partiel constitue une déclaration. S'il n'a pas été intégré à un contrat et ne constitue donc pas une *warranty*, il s'agit donc d'une *representation*. Un juge pourra ainsi se fonder sur le caractère erroné des déclarations contenues dans l'accord partiel pour sanctionner l'auteur de la déclaration sur le fondement de la *misrepresentation*, pour *deceit* ou *negligent misrepresentation* et indemniser la perte subie.

Le droit français opère, lui aussi, une distinction selon la nature de l'accord partiel.

## B- La valeur de l'accord partiel en droit français

L'accord partiel peut également avoir une valeur contractuelle (1) ou influencer la responsabilité pour rupture des pourparlers (2).

### 1) La force obligatoire de l'accord partiel

253. Comme en droit anglais, un accord partiel n'est pas le contrat définitif et n'a donc en principe pas de valeur contractuelle. Toutefois, ici aussi, l'accord de principe sur les éléments importants du contrat pourra entraîner la formation du contrat, bien que des points restent à négocier. Il serait notamment probable, dans la situation factuelle considérée, qu'un juge français reconnaîtrait l'existence du contrat. Dans la plupart des situations factuelles, le critère semble se confondre avec celui de *certainty* dégagé par les juges anglais.

A défaut de valeur contractuelle, l'accord partiel peut influencer la responsabilité pour rupture des pourparlers.

### 2) L'impact de l'accord partiel sur la responsabilité pour rupture des pourparlers

254. Si l'accord partiel n'a pas de valeur contractuelle, il matérialise néanmoins l'accord des parties sur un certain nombre de paramètres du contrat en négociation. Le juge tiendra donc compte de ces points d'accord pour évaluer l'avancement de la négociation, et décider de la responsabilité éventuelle de la partie qui rompt ou adopte un comportement susceptible d'engager sa responsabilité à l'occasion de la négociation.

De même, si l'accord partiel constitue un avant-contrat, il aura un impact sur la poursuite des pourparlers entre les parties. Il constituera en effet la preuve de l'avancement des négociations. Bien que les parties conservent leur liberté de contracter, le juge sera particulièrement vigilant quant aux conditions de la négociation et de la rupture pour déterminer si celles-ci justifient la reconnaissance d'une responsabilité pour rupture des pourparlers ou ne sont qu'une mise en application de la liberté contractuelle des parties.

Les tribunaux de part et d'autre de la Manche adoptent ainsi des solutions souvent analogues. Les fondements se révèlent toutefois différents.

Tant le droit français que le droit anglais peuvent reconnaître la valeur contractuelle d'un accord partiel et celui-ci peut influencer la responsabilité pour rupture des pourparlers. Les juges peuvent toutefois aboutir à des solutions différentes pour des situations factuelles analogues en fonction de deux facteurs. Premièrement, le droit français fonde le contrat sur l'accord des volontés alors que le droit anglais fonde le contrat sur l'échange de promesses. Dès lors, le point à partir duquel l'accord partiel sera considéré comme formant un contrat définitif peut être différent si la volonté déclarée diffère de la volonté réelle. Deuxièmement, l'impact de la présence d'une

clause *subject to contract* peut influencer l'analyse de la formation du contrat par le juge, notamment en droit anglais.

## III- LES CLAUSES DE LIMITATION DE RESPONSABILITE ET ACCORDS SUBJECT TO CONTRACT

A l'occasion des négociations, les parties peuvent souscrire un engagement prévoyant qu'aucune responsabilité ne pourra pas être engagée à l'occasion des négociations. L'impact de telles clauses peut être montré par l'analyse d'une situation factuelle. La société *Regalian Properties Plc (Regalian)* négocie avec *London Dockland Development Corporation (LDD)* l'achat d'un terrain afin d'y réaliser une opération de promotion immobilière. *Regalian* offre 18,5 millions de livres sterling. *LDD* accepte « *subject to contract* ». La rédaction du contrat définitif et la réalisation des différentes conditions prennent du temps. Entre temps, *Regalian* dépense £3m en études de faisabilité mais le prix de l'immobilier chute et *Regalian* tente de renégocier le prix. Les parties ne tombant pas d'accord, le contrat n'est pas conclu.
Le droit anglais (A) comme le droit français (B) reconnaissent la valeur d'une clause *subject to contract*.

### A- La valeur importante des clauses « *subject to contract* » en droit anglais

255. Les clauses *subject to contract* privent le contrat en négociation de toute valeur contractuelle. Elles ont également une influence sur la responsabilité précontractuelle des parties.

En droit anglais, pour qu'un contrat soit conclu, il faut que les parties aient échangé une offre et une acceptation, que chacune ait fourni une *consideration*, et que les parties aient l'intention de s'engager. Les tribunaux anglais déclarent que la présence d'une clause « *subject to contract* » manifeste l'absence d'intention de s'engager dans une relation contractuelle. Les juges anglais donnent une valeur importante à cette clause[658], tirant de sa stipulation une présomption d'absence d'intention. Ainsi, dans

[658] Voir supra

l'arrêt *Emagine Films v. Mr Smith*, Emagine précisait lors de la négociation que « bien sûr, toute offre est non contraignante jusque la rédaction d'un accord formel »[659]. Dans l'arrêt *Astra Asset Management UK Ltd v The Co-Operative Bank Plc*, le juge retenait que la conclusion d'un contrat soumis au LMA pouvait être orale, mais qu'en l'espèce les parties avaient expressément indiqué que leur négociation était « *subject to contract* ». Pour le juge, le bénéfice qui devrait découler de l'indication que des discussions ont lieu '*subject to contract*' devrait être de permettre aux parties de contrôler et être certaines du moment auquel elles deviendront juridiquement engagées »[660]. Lorsque, comme dans cette affaire, les discussions ont eu lieu expressément sur cette base, aucun contrat ne sera reconnu.

La présomption résultant de la clause *subject to contract* est forte mais elle n'est pas absolue. Il est possible de prouver que, malgré la présence de la clause, il existait une réelle intention de s'engager.

L'existence d'une clause « *subject to contract* » sera également un frein à une action en responsabilité pour rupture des pourparlers. Dans l'arrêt *Astra Asset Management UK Ltd v The Co-Operative Bank Plc*, le juge rappelait que « négocier sur une base '*subject to contract*' signifiait que chaque partie pouvait sortir de la négociation à tout moment jusqu'à ce que le contrat soit conclu […] En négociant '*subject to contract*', Astra conservait la possibilité de le faire sans avoir besoin de justifier sa décision par référence à un imprévisible standard de bonne foi »[661].

Dans la situation factuelle analysée, le tribunal refusa de reconnaître l'existence d'un contrat de vente entre *Regalian* et *LDD*. Bien que *Regalian* ait offert 18,5 millions de

---

[659] *Emagine Films Ltd v Mister Smith Entertainment Ltd and Another*, [2019] EWHC 2085 (Ch): *"Of course, any offer is non-binding until completion of any long form documentation"*

[660] *Astra Asset Management UK Ltd v The Co-Operative Bank Plc* [2019] EWHC 897 (Comm) (10 April 2019) (High court): *"the benefits which should flow from indicating that discussions are taking place on a "subject to contract" basis include enabling parties to control and be certain about the stage at which they become legally bound. Where, as in the present case, discussions have taken place on that express basis, it is undesirable for a party to have to incur the cost and delay of a full trial in order to establish the position"*

[661] *Astra Asset Management UK Ltd v The Co-Operative Bank Plc* [2019] EWHC 897 (Comm) (10 April 2019) (High court) &114: *"Negotiating on a "subject to contract" basis meant that either party could walk away at any point until a deal were concluded. For instance, both EAs referred to the fact that Astra was carrying out due diligence. The outcome of that exercise might have resulted in Astra wishing to walk away from the proposed transaction, or to negotiate a lower price. By negotiating "subject to contract", Astra retained the ability to do so without having to justify its decision by reference to an unpredictable good faith standard"*.

livres sterling et que *LDD* ait accepté, la présence de la clause *subject to contract* lors de l'acceptation privait l'accord de toute valeur contractuelle[662].

L'existence d'une clause *subject to contract* est souvent un frein à la reconnaissance d'une action en *equity*. Elle réduit également probablement les chances de succès d'une action pour *misrepresentation*.

La clause *subject to contract* a donc un effet important sur la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit anglais. Le droit français donne également effet à de telles clauses.

## B- La valeur des clauses d'absence de responsabilité en droit français

En droit français, les mêmes questions se posent, d'une part, de l'existence d'un contrat (1) et, d'autre part, de l'indemnisation des frais précontractuels (2).

### 1) L'influence des clauses d'absence de responsabilité sur la valeur contractuelle de l'accord

256. En droit français, pour qu'un contrat existe, il faut établir un échange des consentements. Dans cette situation factuelle, *Regalian* et *LDD* sont tombées d'accord sur la chose, la vente du terrain destiné à réaliser l'opération de promotion immobilière, et le prix, de 18,5 millions de Livres sterling. Toutefois, leur négociation était « *subject to contract* ». Les parties attendaient donc la formalisation du contrat dans un écrit. Le droit français ne connaît pas de clause consacrée par la loi ou la jurisprudence telle que la clause « *subject to contract* ». Toutefois, les parties peuvent prévoir au cours de la négociation une clause selon laquelle elles déclarent que seul l'accord formel formera le contrat. Comme le contrat est un échange de consentements, la présence d'une telle clause inciterait le juge à refuser de reconnaître l'existence d'un contrat. Dans un arrêt du 7 octobre 2021[663], le juge se référait, pour

[662] *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)* [1995] 1 All ER 1005, [1995] 1 WLR 212
[663] CA Versailles 7 octobre 2021, n° 19/08471

refuser la valeur contractuelle du contrat en négociation, aux « pièces versées aux débats par la société appelante, soit deux plans d'amortissement comportant la mention expresse qu'ils ne constituent pas une offre de crédit et ne sauraient avoir une valeur contractuelle ». Dans un arrêt du 12 novembre 2020[664], un promoteur a négocié un financement d'un projet immobilier pour 1,6 millions d'euros avec une banque. Les juges refusaient de reconnaître l'existence d'un contrat, constatant que « l'appelante ne peut sérieusement soutenir que le contrat de prêt était alors formé, qu'il existait une offre ferme de la banque qu'elle avait acceptée, quand il apparaît clairement que le courriel qui lui a été adressé à 10 heures 47 était une demande de validation de sa part quant au plan de financement à présenter au comité, dont dépendait l'accord de financement sollicité, ce qu'elle n'ignorait aucunement comme en atteste le courriel précité ».

Dans un arrêt du 9 septembre 2021[665], Quick est entré en négociations avec un restaurateur pour lui céder son droit au bail. Le restaurateur a offert d'acheter le droit au bail sous diverses conditions suspensives. Quick a formulé une contre-proposition à 100.000 euros ajoutant des conditions. Le restaurateur a signé cette contre-proposition en mentionnant « bon pour accord ». Le restaurateur a mis fin aux pourparlers. Le cédant et le cessionnaire du droit au bail sont tombés d'accord sur la chose et sur le prix. Toutefois, la cour refusait de reconnaître la valeur contractuelle de l'accord. En effet, pour les juges, « En cas d'acceptation de ces conditions par M Y., elle lui demandait de contresigner le courrier en faisant précéder sa signature de la mention "bon pour acceptation", mais précisait : "que les présentes ne constituent qu'une simple déclaration d'intention, valable pendant un délai de quinze jours à compter de la réception de la présente par vos soins ; notre société ne pouvant en effet être liée que par la signature de la promesse de cession des dits baux commerciaux" […] Ainsi, la société France Quick a elle-même limité les effets de sa proposition qui ne constituait pas pour elle une offre de vente que l'acceptation de M Y. aurait pu rendre parfaite et à laquelle qu'elle n'avait pas l'intention de conférer la moindre valeur contraignante […] N'ayant pas eu l'intention de s'obliger, elle ne peut tirer l'existence d'un contrat de cet échange de consentements qui n'a pu dès lors porter que sur le

[664] CA Aix-en-Provence, 12 novembre 2020, n° 17/21190
[665] CA Grenoble, 9 septembre 2021, n° 19/03432

principe de la cession de ses droits au bail et sur l'engagement d'un processus devant conduire à la signature d'un compromis de vente, ni se prévaloir d'un accord ferme et définitif des parties ».

De même, dans un arrêt du 28 janvier 2019[666], les juges relevaient que le lettre d'intention « a pour objet de décrire les principales conditions et modalités selon lesquelles l'acquisition du fonds de commerce pourrait être réalisée, étant précisé qu'elle ne constitue en aucun cas un engagement ferme et irrévocable de procéder à cette acquisition »

Si la situation factuelle analysée était présentée à un juge français, il est probable que le juge considèrerait que la clause « *subject to contract* » prive le contrat de son élément intentionnel. *LDD* ne serait donc pas lié à *Regalian* et pourrait mettre fin aux pourparlers sans engager sa responsabilité. Toutefois, la valeur de cette clause ne présente pas le même caractère décisif en droit français qu'en droit anglais et il n'est dès lors pas impossible qu'un juge considère que, l'accord entre les parties ayant eu lieu sur la chose et sur le prix, le contrat était d'ores et déjà formé.

En l'absence de contrat, se pose la question de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

### 2) Clauses d'absence de responsabilité et responsabilité pour rupture des pourparlers

257. Lorsque les parties concluent un avant-contrat stipulant une absence de responsabilité des parties en cas d'échec des négociations, les juges seront incités à refuser l'indemnisation. Dans un arrêt du 5 novembre 1996[667], le docteur Rousselot négociait avec le docteur Couronne un accord d'association médicale au sein d'une clinique. Les parties avaient conclu une promesse de former entre eux une société médicale, qui comportait une clause de « non-réalisation de la présente promesse sans indemnité de part ni d'autre ». Le docteur Rousselot a démissionné de son poste de

[666] CA Pau, 28 janvier 2019, n° 18/03076
[667] Cass. 1ère civ, 5 novembre 1996 (Rousselot c/ Couronne), n° 94-20817, publié au Bulletin

médecin au CHU de Nancy pendant la négociation, puis les pourparlers ont échoué pour une raison indépendante de la volonté des parties, l'un des médecins qui devait intégrer la société étant lié par une clause d'exclusivité. La Cour de cassation, en application de la clause d'absence de responsabilité précontractuelle, estimait que le docteur Rousselot ne pouvait pas obtenir d'indemnisation.

Dans un arrêt du 12 mai 2021[668], un preneur à bail commercial a négocié avec une agence immobilière la conclusion d'un bail commercial. Le bailleur a refusé de signer. Le preneur a assigné l'agence. Selon les juges, « Il est exact qu'un bail commercial relève du consensualisme et qu'il peut être formé en dehors d'un écrit. Il convient toutefois d'établir la réalité d'un accord entre le bailleur et le preneur tant sur le principe du bail que sur ses modalités. Or, il n'est à aucun moment justifié d'un accord entre la société JWT propriétaire des lieux et l'appelante […] l'accord qu'elle invoque serait particulièrement sommaire étant observé que même les courriers électroniques émanant de son mandataire subordonnaient la conclusion du contrat à la signature d'un bail recueillant l'accord de toutes les parties ».

Dans un arrêt du 25 mars 2022[669], les juges tenaient compte, pour refuser la responsabilité, du fait que « la lettre d'intention du 5 octobre 2017 qui annulait et remplaçait celle du 2 juin 2017 stipule qu'en cas de non-aboutissement des discussions sur le contrat, les parties s'engagent à ne pas réclamer à l'autre partie des dommages et intérêts de quelque nature qu'ils soient, à l'exception du règlement des prestations en cours ».

De même, un arrêt du 28 janvier 2019[670] relevait que la lettre d'intention conclue entre les parties « fixe un calendrier des opérations à intervenir, en précisant que, à défaut de respecter ce calendrier, et à défaut d'avenant, modifiant en commun accord un ou plusieurs délais, chacune des parties aura le loisir de reprendre sa pleine et entière liberté sans qu'il ne puisse lui être reproché de ne pas avoir poursuivi les négociations en vue de la réalisation de l'acquisition ».

[668] CA Bordeaux 12 mai 2021, n° 18/04881
[669] CA Paris, 25 mars 2022, n° 21/07332
[670] CA Pau, 28 janvier 2019, n° 18/03076

Dans un arrêt du 30 septembre 2021[671], les juges se fondaient, pour refuser la responsabilité, sur le fait que « le maire, même si son courriel est relativement elliptique comme le relève le jugement entrepris, a informé son interlocuteur de ce qu'il n'avait pas le pouvoir de consentir seul à cette contre-proposition et qu'il lui revenait à cet effet de solliciter l'autorisation du conseil municipal »

La déclaration selon laquelle un accord formel est nécessaire pour entraîner le consentement des parties conduira en effet le juge à considérer que la négociation est moins avancée. L'un des critères de la responsabilité étant l'existence de pourparlers avancés, cette clause aura pour effet de réduire la probabilité d'une sanction de la rupture des pourparlers.

Si la situation factuelle était présentée à un juge français, Regalian ne pourrait probablement pas obtenir une indemnisation de la part de LDD pour les frais précontractuels engagés. Ainsi, en droit français comme en droit anglais, le fait que les parties aient conclu à l'occasion de la négociation un accord aux termes duquel elles excluaient toute responsabilité précontractuelle sera respecté par le juge, qui refusera de reconnaître la responsabilité de l'autre partie en cas d'échec de la négociation.
Les parties à la négociation peuvent également, parallèlement à leur négociation, conclure des avant-contrats qui concernent des obligations spécifiques indépendantes du contrat en négociation.

## SECTION 2 : LES AVANT-CONTRATS QUI CRÉENT DES OBLIGATIONS DÉTACHABLES

A l'occasion de la négociation, les parties peuvent souscrire des engagements bilatéraux accessoires à la négociation elle-même, tels que des accords d'exclusivité de négociation, des accords de remboursement de frais, des obligations de confidentialité ou encore des engagements visant le comportement précontractuel des parties. Les différences entre les systèmes juridiques tiennent ici, non pas au critère retenu, mais aux spécificités du système juridique lui-même. Les droits français et

[671] CA Douai, 30 septembre 2021, n° 19/06177

anglais s'accordent le plus souvent pour reconnaître la validité des avant-contrats ou *collateral contracts* (I). Ils peuvent diverger s'agissant de certaines obligations telles que l'obligation de conclure un contrat futur ou l'obligation de négocier de bonne foi (II)

# I- L'ANALOGIE DES SOLUTIONS DE PRINCIPE CONCERNANT LA VALIDITE DES AVANT-CONTRATS

Le droit français et le droit anglais acceptent généralement la validité d'accords précontractuels qui créent des obligations détachables de la négociation, tels que les accords de remboursement des frais précontractuels (A), ou les accords de confidentialité ou d'exclusivité de négociation (B)

## A- Les accords relatifs aux frais précontractuels

Parallèlement à la négociation du contrat, les parties peuvent conclure un engagement de remboursement de frais précontractuels. Les solutions apportées par les droits français et anglais sont alors analogues. L'analyse d'une situation factuelle permet de constater le parallélisme des analyses des systèmes juridiques étudiés. Regalia souhaite construire un moulin. Il contacte Turriff en lui indiquant qu'il lui confiera le contrat d'élaboration des plans et de construction lorsqu'il aura le permis de construire. De nombreux travaux préparatoires et plans sont nécessaires pour obtenir le permis de construire. Afin de les réaliser, Turriff demande à Regalia un engagement de remboursement de ces travaux en cas d'échec de la négociation. Regalia accepte. Puis la négociation échoue.

Les droits français (1) et anglais (2) reconnaissent la validité d'un engagement précontractuel de remboursement des frais liés à la négociation, et admettent le même fondement contractuel pour en sanctionner l'inexécution, même si quelques différences peuvent subsister.

### 1) La validité des avant-contrats de remboursement de frais précontractuels en droit français

258. En droit français, les parties peuvent conclure un avant-contrat. Il faudra que celui-ci respecte les conditions de formation d'un contrat. Comme le précise un arrêt du 29 mars 2022[672], « Il est constant que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels engagent la responsabilité de leur auteur en application de l'article 1382, devenu 1240, du code civil. Pour autant, l'engagement de la responsabilité délictuelle suppose qu'aucun contrat n'ait été conclu entre les parties, ne serait-ce que pour organiser les négociations engagées ». Si les parties ont organisé contractuellement leur responsabilité, « l'existence de ce contrat exclut toute possibilité d'engager la responsabilité délictuelle d'une des parties, seule la responsabilité contractuelle étant susceptible d'être recherchée en raison du principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle ».

Dans cette situation, il y a bien une proposition de contracter émise par Turiff, qui prévoit le remboursement des frais précontractuels en cas d'échec des négociations. Cette proposition est ferme puisqu'elle manifeste l'intention de s'engager et ne contient pas de réserves. Elle est également précise puisqu'on connaît la nature de l'obligation ainsi que son montant. On est bien en présence d'une offre. Cette offre est acceptée par Regalia. Il existe donc un engagement contractuel. Il sera possible de forcer Regalia à respecter son engagement de remboursement des frais engagés par Turiff.

Une solution analogue serait retenue par le droit anglais.

### 2) La validité des *collateral contracts* en droit anglais

Les juges anglais reconnaissent la force obligatoire des *collateral contracts* visant à organiser le remboursement des frais précontractuels (a). Ils peuvent également accepter un autre fondement (b).

#### a) La reconnaissance de la force obligatoire du *collateral contract*

[672] CA Angers, 29 mars 2022, n° 19/01321

259. En droit anglais, les parties sont libres de ne pas contracter et la rupture des pourparlers n'entraîne donc pas de responsabilité. Comme en droit français, les parties peuvent conclure un avant-contrat, appelé *collateral contract*. Il faut qu'il réunisse les conditions de formation d'un contrat. Celui qui veut s'en prévaloir doit donc prouver l'existence d'une promesse, d'une *consideration*, et d'une intention de s'engager. Dans l'arrêt *Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd*[673], la *Queen's Bench* a reconnu l'existence d'un engagement contractuel[674].

En droit anglais, de nouveau, seul un accord accompagné d'une *consideration* forme un engagement contractuel. Celle-ci n'a pas besoin d'être adéquate et proportionnée à l'engagement de l'autre partie. Le fait de donner £1 ou d'accepter de poursuivre la négociation pourrait suffire. Mais la preuve de cette *consideration* est essentielle. Le droit anglais refuse de rendre obligatoire un engagement si l'autre partie ne fournit pas de *consideration* et il serait donc impossible de forcer le débiteur à exécuter son obligation de remboursement de frais précontractuels. L'existence d'un *deed* ou d'un début d'exécution rendrait toutefois un tel engagement valable. Dans la situation factuelle analysée, le fait que *Turiff* commence à engager des frais précontractuels serait donc de nature à interdire à *Regalia* de revenir sur sa promesse de remboursement des frais précontractuels.

### b) Les recours extracontractuels

260. En l'absence de recours contractuel, d'autres actions pourraient être envisagées.

Les conditions de l'action pour *restitution* ne semblent pas remplies. Il y a bien un appauvrissement de Turiff, mais il n'y a pas d'enrichissement corrélatif de Regalia.

On peut envisager une action pour *misrepresentation*. L'auteur de la déclaration pourrait prétendre que son engagement de rembourser les frais précontractuels n'est pas une *declaration of facts* mais une déclaration de son intention. Or, une promesse

[673] *Turriff Construction Ltd v Regalia Knitting Mills Ltd* 1971 WL 37776 (*Queen's Bench Division*)
[674] Voir notamment aussi *Radiant Shipping Co. Ltd V. Sea Containers Ltd* [1995] C.L.C. 976

de faire quelque chose ou une déclaration d'intention n'est pas une représentation de faits[675]. Toutefois, le tribunal pourra considérer qu'il s'agit d'une *misrepresentation* si le promettant n'avait aucune intention de tenir sa promesse. Il pourra s'agir d'une *misrepresentation* de l'état d'esprit du promettant. En effet, comme l'indiquait le juge *Bowen LJ* dans l'arrêt *Edgington v. Fitzmaurice*[676], « l'état d'esprit d'une personne est autant un fait que l'état de sa digestion. Il est vrai qu'il est très difficile de prouver l'état d'esprit d'une personne à un moment particulier, mais si on arrive à le déterminer, alors c'est autant un fait que n'importe quoi d'autre ». Tel est le cas d'une personne qui achète un bien sachant qu'elle n'a pas les moyens de payer[677]. Ainsi, ne constituerait pas une *misrepresentation* la simple inexécution d'une promesse dénuée de *consideration*. En revanche, la déclaration par *Regalia* de rembourser les frais précontractuels pourrait être une *misrepresentation* si on pouvait prouver que *Regalia*, au moment où il a émis cette déclaration, n'avait aucune intention de tenir sa promesse.

Sous réserve de fournir une *consideration*, les avant-contrats de remboursement des frais précontractuels sont donc le plus souvent valables en droit français et en droit anglais et engagent la responsabilité contractuelle des parties en cas d'inobservation. Les juges de part et d'autre de la Manche reconnaissent également la validité de la plupart des autres avant-contrats ou *collateral contracts*.

## B- Les autres accords détachables

Les parties peuvent organiser contractuellement leur négociation et conclure toutes sortes d'engagements détachables de la négociation, tels par exemple que des accords d'exclusivité de négociation (1) ou de confidentialité (2) dont les tribunaux français et anglais admettent la validité.

---

[675] *Wales v Wardham* [1977] 1 All ER 125, *per Tudor Evans J. at* p. 136 "*a statement of intention is not a representation of existing fact unless the person making it does not honestly hold the intention he is expressing, in which case there is misrepresentation of fact in relation to the state of that person's mind*". Par exemple la déclaration qu'un contrat "va suivre". Voir aussi *Maddison v. Addison* (1883) 8 App Cas 467

[676] *Eddington v. Fitzmaurice*, 29 Ch.Div. 459 (1885), *Per Bowen LJ at* 483, *"The state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion. It is true that it is very difficult to prove what the state of a man's mind at a particular time is, but if it can be ascertained it is as much as fact as anything else"*.

[677] *Re Shackleton* (1875) LR 10 Ch App 446; *Ray v. Sempers* [1974] AC 370.

### 1) L'accord d'exclusivité de négociation

261. Pendant les pourparlers, les parties peuvent conclure un accord d'exclusivité de négociation. La valeur d'un tel accord a été reconnue en droit français (a) comme en droit anglais (b), comme le montre l'analyse d'une situation factuelle. PHH Asset Management souhaitait vendre un bien immobilier. Il s'est engagé vis-à-vis de M. Pitt à lui fournir une exclusivité de négociation pendant deux semaines. Toutefois, avant que ce délai soit expiré, PHH a négocié et conclu avec Ms Buckle[678].

#### a) La validité des accords d'exclusivité de négociation en droit français

262. Dans cette situation factuelle, un juge français validerait probablement l'existence d'un contrat. PHH s'est engagé à ne pas négocier avec un tiers pendant une durée de 14 jours. Cet engagement est suffisamment ferme et précis pour constituer un engagement contractuel. Ainsi, il serait possible dans cette situation d'engager la responsabilité contractuelle de PHH pour non-respect du contrat d'exclusivité. En revanche, le juge ne pourrait pas prononcer à la formation du contrat de vente. En effet, le vendeur n'a pas promis de vendre mais seulement de ne pas négocier avec un tiers. La sanction serait donc nécessairement l'octroi de dommages et intérêts résultant de la violation de cet engagement d'exclusivité.

Le droit anglais pourrait également reconnaître la valeur contractuelle d'un tel engagement.

#### b) La force obligatoire des accords d'exclusivité de négociation en droit anglais

263. Le droit anglais reconnaît lui aussi la validité des accords d'exclusivité de négociation. Il est possible de conclure un *lock-out agreement* aux termes duquel une partie s'engage à ne pas conclure avec un tiers. Pour que ce *lock-out agreement* soit valable, il faut qu'il remplisse l'ensemble des conditions de validité d'un contrat. Il

678 *Pitt v. PHH Asset Management* [1993] 4 All ER 961 [1993] EWCA Civ 1, [1994] 1 WLR 327

faut une promesse suffisamment certaine, une *consideration*, et une intention de s'engager. L'intention de s'engager ne semble pas poser de difficulté ici. La promesse est suffisamment certaine puisqu'elle indique l'obligation de PHH de ne pas négocier avec un tiers pendant une durée de 14 jours. Il faut, pour que cette promesse soit valable, fournir une *consideration*. Dans l'affaire qui a inspiré cette situation factuelle, la *Court of appeal* a décidé qu'une *consideration* avait été fournie par le fait que Pitt devait fournir un modèle de contrat dans les 14 jours s'il voulait conclure le contrat. Comme le déclarait le juge *Gibson J.*, « la promesse du demandeur de poursuivre la négociation en se limitant à un délai de deux semaines s'il voulait pouvoir conclure le contrat avait de la valeur pour le défendeur. Celui-ci avait le bénéfice de savoir que, s'il proposait à l'acceptation un modèle de contrat, il n'y aurait pas de délai supérieur à deux semaines pour obtenir la réponse du demandeur. Le juge de première instance a décidé que cela constituait une *consideration* suffisante pour permettre la validité de l'accord d'exclusivité de négociation, et je suis d'accord avec lui »[679]. En revanche, la simple promesse de PHH de ne pas négocier avec un tiers, sans aucune promesse corrélative de Pitt, n'aurait pas eu de valeur contractuelle.

Tant les juges anglais que français reconnaissent donc la validité d'un accord d'exclusivité de négociation. De même, les parties peuvent s'entendre sur le respect d'une obligation précontractuelle de confidentialité des informations transmises à l'occasion de la négociation.

### 2) Le contrat de confidentialité

A l'occasion des négociations, les parties peuvent prévoir un contrat de confidentialité aux termes duquel elles s'engagent à ne pas dévoiler les informations confidentielles qui leur sont transmises. L'analyse d'une situation factuelle permet de vérifier la validité de tels accords. Une banque a reçu des factures confidentielles d'un importateur qu'elle s'est engagée à ne pas divulguer et les a transmises par négligence

[679] *per* Peter Gibson J. *at* p. 334: *"the promise by the plaintiff to get on by limiting himself to just two weeks, if he were to exchange contracts, was of some value to the defendant. The defendant had the benefit of knowing that, if it chose to give the plaintiff a draft contract to agree, there would be no delay on the plaintiff's part beyond a maximum of two weeks thereafter. The learned judge held that these three items constituted valuable consideration sufficient to support the lock-out agreement and I respectfully agree with him"*

à la société à laquelle l'importateur vendait les produits. Ces factures ont permis au client de se fournir directement sans passer par l'importateur. Face à une telle situation, le droit français (a) comme le droit anglais (b) se montrent prêts à accepter la force obligatoire d'un contrat de confidentialité, bien que les contours de la responsabilité ne soient pas identiques.

### a) La valeur contractuelle de l'accord de confidentialité en droit français

264. En droit français, il ne fait pas de doute qu'un tel avant-contrat aurait force contractuelle. En effet, l'ensemble des conditions de formation d'un contrat sont remplies. Les tribunaux français admettent de manière constante la valeur de tels engagements[680].

Dans la situation factuelle proposée, l'importateur pourrait donc engager la responsabilité contractuelle de la banque en cas de violation par celle-ci de son obligation de confidentialité.

De même, en droit anglais, un contrat de confidentialité peut être valablement conclu.

### b) La validité de l'accord de confidentialité en droit anglais

265. Les tribunaux anglais reconnaissent la force obligatoire d'un accord de confidentialité. Comme pour les autres *collateral contracts,* il faut que celui-ci remplisse les conditions de validité d'un contrat. Dans l'arrêt *Jackson v. Royal Bank of Scotland Plc*[681] qui a inspiré la situation factuelle analysée, la *House of Lords* a reconnu la responsabilité contractuelle de la banque pour violation d'une obligation de confidentialité.

La limite en droit anglais est, de nouveau, que cette obligation ne sera valable que si elle s'accompagne de la part du bénéficiaire de la fourniture d'une *consideration* ou qu'elle est conclue sous la forme d'un *deed*. La seule déclaration selon laquelle « Je,

[680] Voir par exemple Cass. Soc., 2 octobre 2001, X. C/ Nikon, n° 99-42942, publié au Bulletin
[681] *Jackson v. Royal Bank of Scotland Plc.* [2005] 1 WLR 377

soussigné, M. X, reconnais avoir reçu les informations confidentielles suivantes à l'occasion de la négociation et m'engage à ne pas les divulguer sous peine de payer la somme de 10.000 euros » n'aurait donc pas de valeur contractuelle en droit anglais si le bénéficiaire ne fournissait aucune contrepartie, alors qu'il ne semble pas faire de doute qu'un juge français reconnaîtrait la valeur contractuelle d'un tel avant-contrat.

Au-delà de la question de la *consideration*, des différences culturelles entre le droit français et le droit anglais peuvent entraîner une valeur différente des accords précontractuels. Tel est le cas notamment des engagements de conclure et de l'obligation de négocier de bonne foi.

## II- ENGAGEMENT DE NEGOCIER OU CONCLURE ET COMPORTEMENT DES PARTIES PENDANT LA NEGOCIATION

Les droit français et anglais, sous réserve du respect des conditions de validité d'un contrat dans chaque système juridique et notamment de la *consideration* en droit anglais, reconnaissent la validité des avant-contrats. Des différences subsistent toutefois entre ces deux droits s'agissant des avant-contrats qui imposent de négocier ou de conclure (A), et des avant-contrats qui organisent le comportement que les parties doivent observer pendant la négociation (B).

### A- L'engagement de négocier ou de conclure un contrat

Les tribunaux français et anglais s'opposent sur la validité d'un avant-contrat qui impose aux parties de négocier (1) ou de conclure (2) un contrat.

#### 1) L'engagement de négociation

L'engagement de négociation consiste pour des parties à s'obliger vis-à-vis de leur partenaire à mener des pourparlers, bien qu'elles ne prennent pas l'engagement de conclure le contrat objet de la négociation. Une situation factuelle permet de vérifier la validité d'un tel contrat. La COGEMA avait, en 1982, conclu avec des organisations syndicales un accord selon lequel ils allaient rechercher les mesures « qui pourraient

être prises en matière de durée hebdomadaire du travail » mais qu'en « tout état de cause, l'objectif des 35 heures sera atteint pour tous en 1985 ». La négociation n'ayant pas abouti, les représentants des syndicats ont demandé l'exécution forcée de l'accord. L'analyse de cette situation fait ressortir des différences entre le droit français (a) et le droit anglais (b) confrontés à une obligation de négociation.

### a) La validité de l'engagement de négociation en droit français

266. En droit français, un engagement de négociation est valable. Ainsi, dans l'arrêt du 19 décembre 1989[682] qui a donné lieu à la situation factuelle analysée, la Cour d'appel a fait droit à la demande des syndicats. Toutefois, la Cour de cassation cassait l'arrêt. Elle décidait que « la clause litigieuse, qui ne détermine pas à quelles conditions précises la durée hebdomadaire de travail sera réduite à 35 heures et quels seront les effets de cette réduction sur le montant des rémunérations, contrepartie du travail, ne constitue qu'un accord de principe ; que les parties, en vue de parfaire leur convention avaient, selon l'accord du 4 janvier 1982, contracté l'obligation de négocier sur la durée hebdomadaire du travail ». Ainsi, l'engagement s'analysait en une obligation de moyens et non de résultat. L'indemnisation serait fondée sur la violation d'une obligation de faire[683]. Dans un arrêt du 16 avril 1973[684], Pigassou avait conclu avec Bergel un bail précaire de 1 an, prévoyant la possibilité à l'issue de conclure un bail commercial ou mettre fin à leur relation. La négociation échouant, la cour d'appel relevait l'inexécution contractuelle d'une obligation de négocier. Le bailleur s'était engagé à fournir les conditions dans lesquelles il accorderait un bail et avait au contraire adopté une attitude négative. La Cour de cassation accordait au locataire l'indemnisation de la réparation d'une perte d'une chance de conclure le contrat de bail.

Alors que droit français acceptera en principe la validité d'un engagement de négocier, les juges anglais refusent d'appliquer de telles promesses.

### b) Le refus de l'engagement de négociation en droit anglais

[682] Cass. Soc., 19 décembre 1989, n° 88-13388, publié au Bulletin
[683] Code civil, ancien article 1142
[684] Cass. 3ème Civ., 16 avril 1973, n° 72-10487, publié au Bulletin

267. En droit anglais, un accord de négociation n'a aucune valeur juridique pour *uncertainty*. Les tribunaux adoptent une solution constante sur ce point. Ainsi, dans l'arrêt *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd*[685], Tolaini avait un projet de construction. Il s'était entendu avec Courtney. Selon leur accord, si Courtney trouvait le financement du projet, Tolaini le choisirait comme sous-contractant, à un prix « *fair & reasonable* » devant être déterminé entre les parties. Courtney a présenté un financeur, mais Tolaini a finalement fait appel à un autre sous-contractant. Courtney a assigné. En première instance, le juge *Shaw* reconnaissait qu'un contrat existait. La *Court of appeal* infirmait ce jugement. D'une part, elle considérait qu'il ne pouvait exister aucun contrat de construction car le prix était un élément fondamental du contrat et les parties ne s'étaient pas entendues sur celui-ci. D'autre part, le juge *Lord Denning M.R.* considérait qu'une obligation contractuelle de négocier ne pouvait pas non plus être reconnue car un tel contrat serait trop incertain[686]. Par ailleurs, de nouveau, il faudrait une *consideration*.

Les droits français et anglais apportent donc des solutions opposées en ce qui concerne un engagement de négocier. Les droits français et anglais s'opposent également sur la validité d'un engagement de conclure un contrat.

### 2) L'engagement de conclure un contrat futur

En présence d'un engagement précontractuel de conclure un contrat futur, la distinction entre le droit français et le droit anglais est très importante, comme le montre l'analyse d'une situation factuelle qui a donné lieu à l'arrêt anglais *Easat Antennas Ltd v. Racal Defence Electronics Ltd*[687]. La société Racal souhaitait répondre à un appel d'offre. Pour cela, elle avait besoin rapidement d'un devis d'un sous-traitant concernant la construction d'une antenne. Elle a donc demandé un devis

---

[685] *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd* [1975] 1 W.L.R. 297

[686] *Per Lord Denning M.R. at* p. 301: "*If the law does not recognise a contract to enter into a contract (when there is a fundamental term yet to be agreed) it seems to me it cannot recognise a contract to negotiate. The reason is because it is too uncertain to have any binding force. No court could estimate the damages because no one can tell whether the negotiations would be successful or would fall through: or if successful, what the result would be. It seems to me that a contract to negotiate, like a contract to enter into a contract, is not a contract known to the law".*

[687] *Easat Antennas Ltd v. Racal Defence Electronics Ltd* [2000] All ER (D) 845

à la société Easat. Celle-ci a accepté mais a indiqué qu'elle souhaitait être sélectionnée comme sous-traitant si Racal était retenu comme contractant principal. Racal a assuré par courrier qu'il ne négociait avec aucun autre sous-traitant et qu'il envisageait de sélectionner Easat comme sous-traitant en cas de réussite de l'appel d'offre. Racal a été sélectionné, mais a choisi un autre sous-traitant. Alors que le droit français accordera une valeur à un engagement de contracter (a), le droit anglais refusera pour sa part toute valeur à cet engagement (b).

### a) La valeur contractuelle de l'engagement de contracter en droit français

268. En droit français, pour qu'un avant-contrat existe, il suffit de remplir les conditions de formation d'un contrat. Dans cette situation factuelle, Racal a déclaré dans un courrier qu'il sélectionnerait Easat si lui-même était sélectionné. Cet avant-contrat est donc valable.

Un juge anglais, en revanche, refusera d'appliquer une telle promesse.

### b) Le refus de la valeur contractuelle de l'engagement de contracter en droit anglais

269. En droit anglais, les parties à la négociation peuvent conclure un *collateral contract*. Toutefois, les juges anglais refusent de reconnaître la validité d'un *agreement to agree*, au motif que celui-ci est incertain. Même s'il était suffisamment certain, contenant les termes du contrat, il faudrait qu'il existe une *consideration* fournie par l'autre partie. Ainsi, dans l'arrêt *Cooke v. Oxley*[688], Oxley a promis de conclure un contrat avec Cooke pour la vente de 266 *hogsheads* de tabac à un prix déterminé si Cooke revenait à 16h le même jour. Cooke se présenta à 16h pour conclure le contrat mais Oxley refusa. La *Court of Queen's Bench* déclarait qu'aucun engagement contractuel n'avait été pris par Oxley puisque Cooke n'avait pas fourni de

[688] *Cooke v Oxley*, 100 E.R. 785, (1790) 3 Term Reports 653

*consideration*. Le contrat ne pouvait être formé qu'à partir de 16h et à ce moment Oxley n'avait pas émis de promesse[689].

Si le juge ne reconnaît pas la valeur d'un *agreement to agree*, il serait possible d'engager la responsabilité précontractuelle sur le fondement de la *misrepresentation* ou de l'*unjust enrichment*.

L'action en *misrepresentation* est possible si une des parties a émis une déclaration erronée. La déclaration de Racal qu'il ne négociait pas avec un tiers et n'avait pas l'intention de conclure un contrat avec une autre personne qu'Easat s'il était sélectionné constitue une *representation*.

Si une partie a engagé des frais précontractuels, elle peut agir sur le fondement de *l'unjustified enrichment.* Ce fondement a été retenu dans l'arrêt de la *High Court of Justice* qui a inspiré la situation factuelle analysée. Il existe bien un appauvrissement d'Easat et un enrichissement corrélatif de Racal puisque celui-ci a pu, grâce aux frais engagés par Easat, répondre dans les temps à l'appel d'offre et être sélectionné. S'agissant du caractère injustifié de l'enrichissement, le tribunal opéra une distinction entre deux situations. Si un sous-traitant potentiel engage une dépense afin de permettre à un contractant principal de répondre à un appel d'offre, tous deux assument le risque de ne pas être sélectionnés dans le cadre de l'appel d'offre. Dans ce cas, en principe, aucune indemnisation du sous-traitant potentiel ne sera due par le contractant principal, à moins que les parties aient conclu un *collateral contract* à cet effet. En revanche, dans cette affaire, le contractant principal avait été sélectionné. Dans ce cas, le fait que le contractant principal choisisse de ne pas contracter avec le sous-traitant potentiel, qui avait réalisé un travail qui dépassait ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'une partie à l'occasion des négociations, comme le prouve l'échange de courriers entre les parties, rendait l'enrichissement de Racal injustifié. C'est la raison pour laquelle la *High Court of Justice*, dans cette affaire, acceptait la demande d'indemnisation d'Easat sur le fondement de l'*unjust enrichment*.

---

[689] Id. *per Buller J. at* p. 654: "*In order to sustain a promise, there must be either a damage to the plaintiff, or an advantage to the defendant: but here was neither when the contract was first made. Then as to the subsequent time, the promise can only be supported on the ground of a new contract made at four o'clock; but there is no pretence for that. It has been argued that this must be taken to be a complete sale from the time when the condition was complied with: but it was not complied with, for it is not stated that the defendant did agree at four o'clock to the terms of the sale; or even that the goods were kept till that time".*

Si l'engagement de contracter n'a en principe aucune valeur contractuelle en droit anglais, il peut donc toutefois exister une responsabilité. La différence importante entre le droit français et le droit anglais sera dans ces derniers cas que l'indemnisation sera limitée à la perte subie en droit anglais alors qu'un juge indemniserait également le gain manqué en droit français.

Outre les engagements de négocier ou conclure, les droits français et anglais s'opposent également sur la validité de l'obligation de négocier de bonne foi.

## B- L'obligation de négocier de bonne foi

L'adjonction du terme de « bonne foi » à une obligation de négociation peut modifier le comportement des juges français et anglais confrontés à une telle obligation. La réaction des juges face aux obligations de négocier de bonne foi est d'ailleurs l'une des plus importantes différences entre les deux systèmes juridiques étudiés. Derrière cette opposition de principe (1), les tribunaux acceptent toutefois que les parties organisent le comportement précontractuel au moyen d'autres termes tels que celui de *best endeavours* (2).

### 1) La valeur de l'obligation de négocier de bonne foi

La force obligatoire d'une obligation de négocier de bonne foi peut être analysée au moyen d'une situation factuelle. Petromec a conclu un contrat de construction d'un navire avec Brasoil. Le contrat prévoyait que, si Brasoil sollicitait des aménagements supplémentaires du navire, les parties négocieraient de bonne foi pour permettre à Petromec d'obtenir le remboursement des coûts additionnels. Dans une telle situation, un juge anglais pourrait refuser toute valeur contractuelle à l'engagement (a) alors qu'un juge français, au contraire, lui donnera un plein effet (b).

#### a) La réticence du droit anglais à reconnaître la validité d'une obligation expresse de bonne foi.

270. En droit anglais, une obligation implicite de négocier de bonne foi n'a pas de valeur contractuelle. C'est ce qui a justifié la force de la décision de la *Court of Appeal* dans l'arrêt *Walford v. Miles*.

Dans l'arrêt *Petromec*[690] qui a inspiré cette situation factuelle, la *Court of appeal* a accepté la validité d'une clause expresse de bonne foi. Toutefois, plusieurs décisions postérieures ont montré une réelle réticence à appliquer cet arrêt[691]. Si la validité d'une obligation expresse de bonne foi ne peut pas être exclue, elle n'est donc pas certaine et dépendra de l'appréciation du juge.

Le droit français, pour sa part, reconnaît pleinement la valeur contractuelle de l'engagement de négocier de bonne foi.

### b) La reconnaissance de la valeur contractuelle de l'engagement de négocier de bonne foi en droit français

271. En droit français, il ne fait aucun doute que l'obligation de négocier de bonne foi aurait force contractuelle. Comme pour l'accord de principe, le juge vérifiera si les parties ont effectivement négocié pour aboutir ou non à une responsabilité basée sur la violation d'une obligation de moyen. Il n'existera aucune obligation que la négociation aboutisse. Le juge adoptera probablement un standard de comportement plus élevé du fait de cette référence à une notion de bonne foi. Dans un arrêt du 21 janvier 2004[692], M. X a conclu avec une banque un accord au terme duquel X cèderait à la banque les parts de sa société une fois que celle-ci serait transformée en société anonyme, et qu'à cette date les parties négocieraient un contrat de garantie. Lorsque la transformation de société fut réalisée, la banque refusa de conclure le contrat de garantie, rendant impossible la vente. X a saisi le tribunal arbitral prévu par la convention. La cour d'appel reconnaissait l'inexécution de l'obligation de négocier de bonne foi. La Cour de cassation a rejetait le pourvoi au motif que la banque s'était

[690] *Petromec Inc & Ors v Petroleo Brasileiro SA Petrobras & Ors* [2005] EWCA Civ 891
[691] Voir P. Giliker, "*Contract Negotiations and the Common Law: A Move to Good Faith in Commercial Contracting?*", Liverpool law review, 30 juillet 2022, https://doi.org/10.1007/s10991-022-09299-2
[692] Cass. Com 21 janvier 2004, n° 99-20898, inédit. On peut voir dans cet arrêt une reconnaissance d'une obligation contractuelle de bonne foi, le fondement retenu étant celui de l'article 1134 du Code civil.

contentée de refuser la garantie, alors que les parties étaient d'accord sur l'ensemble des éléments principaux, sans même faire de contre-propositions. Comme l'indiquait la Cour de cassation dans son arrêt, « la banque s'était bornée à indiquer que l'acte de garantie lui paraissait incomplet, sans proposer de projet précis et en évoquant l'existence éventuelle d'un différend quant à la notion même de garantie de bilan puis, invoquant notamment le fait que la garantie offerte ne constituait pas une garantie de bilan, avait mis fin aux pourparlers le 9 janvier 1996 ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la banque avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi les conditions de la garantie de bilan dont le principe avait été arrêté d'un commun accord entre les parties, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par le moyen, a légalement justifié sa décision ». Dans un arrêt du 28 janvier 2019[693], un cessionnaire est entré en négociations avec un cédant pour acquérir son fonds de commerce. Les parties ont signé une lettre d'intention. Les juges relevaient que « Cette lettre d'intention est […] bien plus qu'un simple point d'étape méthodologique mais réaffirme la volonté des parties de poursuivre leurs pourparlers en donnant désormais à ceux-ci un cadre conventionnel très précis et structuré organisant les modalités de la poursuite des négociations dans un souci de transparence et de loyauté réciproques de nature à garantir l'authenticité de leur intérêt réitéré pour l'opération de reprise tout en préservant la liberté contractuelle de chacune d'elle ; Par cet acte clair et précis, et conformément aux articles 1194 et 1104 du code civil, les parties ont contracté l'obligation de poursuivre, de bonne foi, les négociations, non pas dans un cadre général, mais dans celui désormais déterminé par la lettre d'intention qui en fixe l'objet et les modalités et, à la lumière de laquelle doit s'apprécier tout abus que commettrait une partie dans l'exercice de son droit de ne pas contracter ; Cette obligation contractuelle de bonne foi dans la poursuite des négociations est, au demeurant, clairement rappelée par les parties notamment au titre de la clause relative au respect du calendrier dont l'interprétation a contrario indique bien qu'une partie pourra se voir reprocher de ne pas avoir poursuivi les négociations en vue de la réalisation de l'acquisition quand l'autre aura respecté le calendrier convenu ; Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que la faute reprochée à la société Novamax pour rupture abusive des pourparlers en violation de l'obligation de poursuivre de bonne foi

[693] CA Pau, 28 janvier 2019, n° 18/03076

les négociations, doit, en l'espèce, être soumise aux règles de la responsabilité contractuelle ».

272. En réalité, la distinction entre le droit français et le droit anglais doit être relativisée. En droit français, le juge n'exige pas non plus que le comportement soit moralement irréprochable. Comme le montre l'exemple cité, le juge ne sanctionne pas l'état d'esprit du négociateur mais son comportement. L'interprétation opérée par le juge de la notion de bonne foi est donc objective. De même, en droit anglais, les juges ne refusent pas toute organisation contractuelle de la négociation précontractuelle. C'est surtout sur le terme de bonne foi, dont la connotation est hautement subjective en droit anglais, que les juges ont réagi avec une telle fermeté, comme le montre l'analyse de l'obligation de négociation assortie d'un standard objectif de comportement.

### 2) La validité en droit français et anglais de l'obligation de *best efforts*

Lorsque l'obligation de négociation est fondée sur l'exigence d'une obligation objective de moyens, la distinction entre le droit français et le droit anglais s'estompe. Ainsi, si on adapte la situation précédente, l'existence d'une obligation de *best efforts* entraîne un rapprochement des solutions apportées par les deux systèmes juridiques étudiés. IBM avait engagé une négociation avec Rockware. Rockware acceptait de vendre un terrain à IBM et IBM s'engageait à « *use reasonable endeavours* » pour obtenir un permis de construire. IBM demanda un permis de construire qui fut refusé. Il ne fit pas appel de la décision administrative et mit fin au projet d'achat. Tant le droit français (a) que le droit anglais acceptent d'appliquer un tel engagement (b).

#### a) La validité de l'obligation de *best efforts* en droit français

273. En droit français, de nouveau, il ne semble pas faire de doute que cette obligation aurait force obligatoire. Dans un arrêt du 6 mai 2003[694], la Cour de cassation a ainsi donné effet à une promesse de conclure un contrat de société, sous condition suspensive d'obtention de financement. Dans cette affaire, Mme Bayens

[694] Cass. Com. 6 mai 2003, inédit, n° 00-18915

avait conclu avec PPR un accord en vue de la création d'une société holding, sous réserve que soit obtenu le concours d'autres investisseurs, les deux parties s'engageant à faire leurs meilleurs efforts pour obtenir ce concours. PPR a ensuite mis fin à cette relation. La Cour d'appel considérait que les concours financiers n'étant pas encore obtenus, et aucune durée n'étant stipulée dans le contrat, chacune des parties pouvait y mettre fin. La Cour de cassation cassait l'arrêt, estimant que « l'engagement affecté d'une condition suspensive sans terme fixe subsiste aussi longtemps que la condition n'est pas défaillie et ne peut prendre fin par la volonté unilatérale de l'une des parties ». PPR avait donc une obligation de moyens de chercher un financement.
De même, dans la situation factuelle analysée, l'engagement souscrit par IBM et Rockware entraînerait bien une obligation de moyens de tout mettre en œuvre pour obtenir le permis de construire. Dans la situation factuelle présentée, il ne semble pas faire de doute qu'un juge français reconnaîtrait la validité d'une obligation de moyens à la charge d'IBM.

En droit anglais, il est probable que le juge accepterait également la validité d'une telle obligation.

### b) La validité de l'obligation de *best efforts* en droit anglais

274. Un *collateral contract* contenant une obligation de *best efforts* est valable en droit anglais. En effet, l'existence d'un standard de comportement supprime l'élément d'*uncertainty* et devient, pour reprendre l'expression de *Lord Ackner*, « *workable in practice* ». *Lord Ackner* reconnaît d'ailleurs expressément dans l'arrêt *Walford v. Miles*[695] la valeur d'une obligation de *best efforts*, par opposition à l'obligation de bonne foi.

Ainsi, dans l'arrêt *IBM United Kingdom Ltd v Rockware Glass Ltd*[696] qui a inspiré la situation factuelle, la *Court of appeal* reconnaissait la respons*abilité d'IBM*. Elle

[695] *Walford c. Miles* [1992] 2 AC 128, *per Lord Ackner:* "*The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. The same does not apply to an agreement to use best endeavours*".
[696] *IBM United Kingdom Ltd v Rockware Glass Ltd* [1980] F.S.R. 335

acceptait la validité d'une clause de « *reasonable endeavours* »[697]. Le juge *Geoffrey Lane L.J.* définissait ainsi l'obligation de *reasonable endeavours* comme une obligation pour l'acheteur de « réaliser l'ensemble des démarches qu'un homme prudent et déterminé, agissant dans son propre intérêt et soucieux d'obtenir un permis de construire, aurait réalisées »[698]. De même, dans l'arrêt *Jet.2.com Ltd v Blackpool Airport Ltd*[699], *Jet.2*, compagnie aérienne *low cost*, avait conclu un contrat pour 15 ans avec l'aéroport de *Blackpool (BAL)* aux termes duquel « BAL mettra en œuvre des moyens raisonnables pour procurer une base de coût qui facilitera le positionnement *low cost* de l'offre de Jet.2 »[700]. Or, BAL changea sa politique et refusa des créneaux horaires intéressants pour Jet.2. Ce dernier assigna pour inexécution de l'obligation de *best endeavours* et le juge accepta d'appliquer cette clause. Cependant, il est important de tenir compte du fait que l'obligation de *best endeavours* doit avoir un objet déterminé afin d'être valable. Une seule obligation de *best endeavours* de parvenir à la conclusion d'un contrat serait considérée comme un engagement de négocier et serait à ce titre *uncertain*[701].

Tant le droit français que le droit anglais semblent donc prêts à reconnaître la validité d'un avant-contrat créant une obligation objective de moyens, ce qui estompe la différence de principe liée à l'obligation de négocier de bonne foi.

---

[697] Voir aussi *Yewbelle Ltd v London Green Developments Ltd* [2008] 1 P. & C.R. 17 où la *Court of Appeal* a accepté d'appliquer le standard de *reasonable endeavours* ou encore *P&O Property Holdings Ltd v Norwich Union Life Insurance Society* (1994) 68 P. & C.R. 261 (HL) où la *House of Lords* a appliqué ce standard.

[698] Id. *Per Geoffrey Lane L.J. at* p. 345 "*to take all those reasonable steps which a prudent and determined man, acting in his own interests and anxious to obtain planning permission, would have taken"*

[699] *Jet.2.com Ltd v Blackpool Airport Ltd* (2011) 2011 WL 844005

[700] Id. « *BAL will use all reasonable endeavours to provide a cost base that will facilitate Jet2.com's low cost pricing* »

[701] *Little v Courage Ltd* [1995] C.L.C. 164, *at* p. 169: "*An undertaking to use one's best endeavours to obtain planning permission or an export licence is sufficiently certain and is capable of being enforced: an undertaking to use one's best endeavours to agree, however, is no different from an undertaking to agree, to try to agree, or to negotiate with a view to reaching agreement; all are equally uncertain and incapable of giving rise to an enforceable legal obligation".*

## CONCLUSION PARTIE 1

275. Lorsqu'un fait générateur survient à l'occasion de la négociation et que le contrat ne se matérialise pas, le droit anglais refuse de se fonder sur un principe général de responsabilité précontractuelle, reconnu en droit français. L'analyse de situations factuelles montre toutefois que le droit anglais accepte de sanctionner de nombreuses hypothèses dans lesquelles les juges français reconnaîtraient une responsabilité. Au moyen d'actions ponctuelles fondées notamment sur la *misrepresentation* et l'*equity*, le droit anglais a développé un régime cohérent de responsabilité pour rupture des pourparlers. La reconnaissance d'une obligation générale de responsabilité précontractuelle ne présente donc pas d'utilité pour fonder la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit anglais lorsque le contrat négocié ne se matérialise pas.

276. Il n'est pas possible, à l'issue de cette première partie, de distinguer un « meilleur » système de responsabilité précontractuelle pour rupture des pourparlers. Le droit français présente l'avantage d'une prévisibilité pour les négociateurs qui savent que leur comportement précontractuel peut faire l'objet d'un contrôle et d'une sanction. Il présente également l'avantage d'une souplesse, au moyen de principes généraux, qui permet aux juges de sanctionner un comportement qu'il juge anormal sans avoir besoin de s'arrêter aux conditions précises requises pour une action en justice. Cette prévisibilité est toute relative toutefois. En effet, le droit français est fondé sur un principe général de responsabilité délictuelle fondé sur une notion de faute ou de fait générateur. Sans que les parties puissent prévoir la décision du juge, celui-ci pourrait librement, selon « l'appréciation souveraine des juges du fond », reconnaître une faute ou un fait générateur de responsabilité. On s'interrogeait dès les premiers mots de cette thèse sur l'imprévisibilité pour des acteurs économiques de la décision rendue dans l'affaire Poleval, qui mettait pourtant en jeu un préjudice allégué de 4 millions de francs. Selon qu'il décide de sanctionner ou non, le juge se réfèrera alternativement à une acception plus morale de la « faute » ou à une notion plus objective du « fait générateur ». L'imprévisibilité s'aggrave avec l'utilisation d'un

principe général de bonne foi. On rejoindra M. Cordeiro qui déclarait que « la bonne foi est un concept indéterminé, empreint d'une grande abstraction »[702].

277. Le droit anglais présente les qualités et inconvénients inverses, liées à la conception presque unanime des auteurs et de la jurisprudence selon laquelle les parties peuvent rompre les négociations à l'importe quel moment et pour n'importe quelle raison. Pourtant, l'analyse comparée montre que, dans 80% des cas, la responsabilité pour rupture des pourparlers serait reconnue en droit anglais lorsqu'elle le serait en droit français. Et les différences ne montrent pas une plus grande liberté des négociateurs en droit anglais. Dans certaines situations, la responsabilité précontractuelle est reconnue en droit français alors qu'elle ne l'est pas en droit anglais. Mais, dans d'autres, le droit anglais est plus prompt à sanctionner les négociateurs que les juges français. Le droit anglais présente également un défaut lié au fait que, enfermés par le besoin de recourir aux conditions de reconnaissance des actions en justices définies par le droit, le juge ne peut pas sanctionner sur le fondement du *common law* un comportement qui, pourtant, semblerait critiquable ou déloyal. Seul l'*equity* permet une relative souplesse.

278. Si le droit français et le droit anglais ont tous deux développé un régime cohérent de responsabilité pour rupture des pourparlers, les contours de cette responsabilité peuvent être différents entre les deux droits. L'analyse des situations factuelles montre que le droit français est souvent plus attentif à la moralité du comportement précontractuel alors que le juge anglais porte une attention plus importante aux déclarations précontractuelles.

Le recours à une analyse pluridisciplinaire permet de mieux comprendre les ressorts de la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit français et anglais.

[702] M. Cordeiro, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », RDUS 26/1996, p. 225

# PARTIE 2 : ANALYSE PLURI-DISCIPLINAIRE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

279. Comme le rappellent les Professeurs Legrand[703] et Samuel[704], la comparaison des droits ne peut pas se limiter à une simple comparaison des règles ou de leur analyse par les juristes. Il faut avoir recours à une analyse pluridisciplinaire afin de connaître mieux encore les ressorts de la négociation et ses impacts sur la responsabilité, mais aussi pour déceler les différences culturelles qui peuvent exister entre les droits français et anglais de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

L'analyse statistique apporte un regard nouveau sur la responsabilité pour rupture des pourparlers (Sous-partie 1). En analysant les décisions de justice rendues par les tribunaux français et anglais, on peut en effet « tester » la position adoptée par le législateur et la doctrine pour comprendre la réalité de la responsabilité pour rupture des pourparlers et son application par les juges.

En outre, la négociation d'un contrat n'est pas purement juridique. C'est un phénomène social qui intéresse d'autres domaines que le droit. Il est dès lors intéressant de voir comment d'autres sciences, telles que l'économie et la psychologie, analysent la négociation (Sous-partie 2). Sans avoir un rôle normatif, ce recours à d'autres domaines scientifiques permet d'éclairer le juriste sur la responsabilité pour rupture des pourparlers.

[703] P. Legrand, Le droit comparé, Presses universitaires de France, 3ème édition, 2009
[704] G. Samuel, *Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, 2014

# SOUS-PARTIE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS EN DROITS FRANCAIS ET ANGLAIS

280. Les différences et les similarités entre le droit français et le droit anglais ne peuvent être expliqués ni par le critère de la liberté précontractuelle promue par le droit anglais ni par la notion de bonne foi utilisée par la doctrine française. Les juges français, d'ailleurs, ne se réfèrent que rarement à ce critère de bonne foi dans leurs décisions. Ils adoptent une vision beaucoup plus pragmatique de la notion de fait générateur d'une responsabilité pour rupture des pourparlers. Les juges anglais reconnaissent pour leur part plusieurs hypothèses de responsabilité notamment par une interprétation étendue de la notion de *misrepresentation*. Il en résulte tant en droit français qu'en droit anglais une certaine imprévisibilité de la responsabilité pour rupture des pourparlers. Il convient dès lors de comparer les droit français et anglais en s'attachant à l'analyse systématique de la jurisprudence. Cette analyse permet de se départir de la vision doctrinale pour examiner comment les juges, confrontés à des situations de responsabilité précontractuelle, traitent celle-ci.

L'usage des nouvelles technologies et de l'intelligence artificielle de développe en droit. Elle repose le plus souvent sur des outils de l'analyse statistique[705]. On y voit souvent des applications à la justice prédictive. Toutefois, son utilisation est plus large et permet également d'expliquer le fondement utilisé par les juges pour rendre leurs décisions.

Appliqué à la responsabilité pour rupture des pourparlers, le recours à l'analyse statistique apporte une plus-value évidente.

L'analyse statistique obéit à une méthode largement utilisée dans les sciences du management. Elle mériterait un développement dans les matières juridiques.

281. L'analyse statistique consiste à analyser une situation à partir de plusieurs critères afin d'en tirer des enseignements.

[705] Voir par exemple O. Beddeleem, « De l'utilisation de la statistique en immobilier », Les Annales des loyers, Novembre 2020

Dans cette thèse, l'analyse statistique a consisté à examiner 100 décisions de justice françaises et 100 décisions de justice anglaises et à les soumettre à 60 critères : les parties sont-elles professionnelles, quel est le montant demandé et obtenu, quel est le fondement de la responsabilité, la responsabilité est-elle l'action principale ou une action subsidiaire à l'action en reconnaissance d'un contrat, quel fondement est utilisé par les juges pour reconnaître la responsabilité ou pour la refuser ?

L'analyse statistique peut être quantitative ou qualitative. L'approche quantitative consiste à analyser un grand nombre de données pour faire ressortir des tendances statistiques. L'approche qualitative utilise un nombre limité de décisions mais les analyse en profondeur, se référant notamment aux mots utilisés par les juges[706].

282. L'analyse statistique permet de faire ressortir deux éléments :

L'existence d'une tendance statistique : quel est le nombre d'occurrences présentes et quelle est leur proportion par rapport à l'ensemble des critères. On a pu ainsi calculer le pourcentage de décisions qui reconnaissent une responsabilité, le pourcentage de décisions qui utilisent comme fondement la responsabilité délictuelle, le pourcentage de décisions qui sanctionnent la rupture de pourparlers avancés, etc. Il est possible d'établir également des moyennes (par exemple le montant moyen des dommages et intérêts, la durée moyenne des pourparlers).

L'existence de corrélations : l'analyse statistique permet de mixer les critères et d'en tirer des conclusions. Ainsi, par exemple, il est intéressant de voir si le nombre d'arrêts qui reconnaissent une responsabilité évolue selon que les parties sont ou non des professionnels, ou selon le domaine d'activité (immobilier, contrat de société, etc.). Il est particulièrement instructif d'analyser la durée moyenne des pourparlers selon que la responsabilité est reconnue ou non. De manière inattendue, ce critère aboutit à l'absence de différence significative : la durée des pourparlers n'a pas d'impact déterminant sur la reconnaissance de « pourparlers avancés » qui dépend donc de plusieurs autres critères.

283. Le droit se prête particulièrement bien à l'analyse statistique. Les décisions de justice sont en effet nombreuses et contiennent un grand nombre de données qui

[706] Par exemple analyse de l'indemnité d'éviction en bail commercial à partir de 26 décisions de justice rendues entre septembre 2018 et mars 2019 : O. Beddeleem, « Analyse statistique de l'indemnité d'éviction », Les Annales des Loyers, Mai 2019

peuvent être sélectionnées et analysées. L'analyse statistique serait particulièrement adaptée pour mieux connaître les conditions d'annulation d'un appel d'offre en droit public ou d'annulation d'un arrêté municipal en droit administratif, les conditions de la responsabilité en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, les conditions de détermination d'une prestation compensatoire en matière de divorce. L'analyse statistique peut être utilisée dans la plupart des domaines du droit. A titre d'exemple, on peut appliquer l'analyse statistique aux décisions relatives à l'indemnité d'éviction en matière de bail commercial[707]. Cette approche comporte deux avantages particuliers dans le champ de l'étude.

D'abord, l'analyse statistique permet de se départir de la vision doctrinale dominante. De nombreux auteurs se basent sur un nombre limité d'arrêts « de principe » pour en tirer des conclusions générales. A titre d'exemple, la majorité des auteurs basent le droit de la responsabilité précontractuelle sur l'arrêt « Manoukian » et en déduisent un principe de bonne foi[708]. Or, l'analyse statistique permet de confronter cette vision doctrinale à la réalité des décisions de justice. En l'occurrence, elle montre que les juges français utilisent peu le critère de la bonne foi pour fonder la responsabilité.

Ensuite, cette analyse permet de connaître la « réalité » des décisions de justice présentées aux juges. Cette analyse permet par exemple en droit français de montrer une prépondérance de reconnaissance de responsabilité précontractuelle en matière immobilière ou à propos de la négociation du contrat de société. Cette conclusion est intéressante en droit comparé car le droit anglais a créé des responsabilités spécifiques pour ces deux domaines (*proprietary estoppel*, *fiduciary relationship*).

284. Si l'analyse statistique est intéressante pour le juriste, c'est un exercice qui requiert plusieurs précautions méthodologiques. C'est d'autant plus vrai lorsque celle-ci porte sur le droit comparé.

Premièrement, il faut un échantillon statistique suffisant et représentatif. L'analyse statistique de l'indemnité d'éviction, basée sur 26 décisions, a permis de tirer des

[707] Op. cit.
[708] Il en va de même en droit anglais par exemple avec l'arrêt *Walford v. Miles*.

conclusions qui ne seraient peut-être pas supportées par une analyse d'un panel plus important (nombre de restaurants ou d'enseignes de prêt à porter dans l'échantillon par exemple). L'analyse de 100 décisions de cours d'appel et de cassation pour la responsabilité précontractuelle est plus robuste mais ici aussi elle ignore les décisions rendues en première instance ou celles qui ont fait l'objet d'un arrangement amiable.

La sélection de l'échantillon est également importante. Selon le critère de recherche utilisé, les résultats pourraient être différents. La recherche réalisée en droit français sur le terme « rupture des pourparlers » semble faire ressortir la plupart des décisions pertinentes[709]. En revanche, la recherche liée au mot clé « *withdraw* negotiation* » fait ressortir 92 décisions anglaises mais se réfère à plusieurs décisions sans rapport avec la responsabilité précontractuelle et peut avoir oublié d'autres décisions dans lesquelles ces mots clé n'apparaissent pas. Elle a été complétée par l'utilisation du terme « *broke off negotiation* » qui a permis d'ajouter 34 décisions à l'échantillon. Parmi ces décisions, une cinquantaine se sont révélées en lien direct avec la rupture des pourparlers. Cet échantillon a été complété par les décisions pertinentes citées dans ces arrêts.

Il faut ensuite définir des critères pertinents. La sélection de critères a priori peut priver l'analyse d'autres critères qui auraient été adaptés. La méthode dans cette thèse a été de définir les critères a posteriori, après avoir lu les 200 décisions concernées. Même avec cette méthode, les critères utilisées peuvent manquer de pertinence.

Il faut prendre en compte le risque de biais statistique. Comme on a pu le remarquer, l'auteur de l'analyse est celui qui définit l'échantillon, les modalités de sélection des décisions et les critères d'analyse. Selon les critères utilisés, l'analyse peut amener à des résultats diamétralement opposés. L'auteur de l'analyse peut également « jouer » avec les critères pour supporter sa conclusion. L'analyse statistique nécessite donc une réelle éthique de la part du chercheur. Afin de réduire le risque de biais statistique lié à la sélection des décisions, le choix a été fait d'analyser la totalité des décisions dégagées par cette recherche.

Deuxièmement, l'utilisation de l'analyse statistique en droit comparée apporte une richesse importante à la recherche. Elle est toutefois ardue pour plusieurs raisons.

[709] Recherche sur doctrine.fr, juin 2018

D'abord, une difficulté peut venir de la sélection de l'échantillon. Les catégories juridiques diffèrent d'un pays à l'autre. Si les termes de « responsabilité précontractuelle » et de « rupture des négociations » sont évidents pour un juriste français, il n'existe pas de cohérence en droit anglais. Les juge anglais affirment en effet un principe de liberté de rupture des négociations, mais reconnaissent une responsabilité sur différents fondements (*misrepresentation, collateral contract, negligence, implied terms, uberrimae fidei contracts, fiduciary relationship*, etc.). Afin de sélectionner des jugements pertinents, le choix a donc été fait de ne pas procéder à une recherche basée sur un fondement juridique mais sur l'existence de mots clé. Les termes de « *withdraw* negociation* » et « *broke off negotiation* » sont apparus comme les plus pertinents. Toutefois, il est probable qu'ils ne sont pas cités dans l'ensemble des décisions qui reconnaissent une responsabilité précontractuelle.

Ensuite, la sélection des critères retenus peut également être complexe. Tous les critères utilisés en droit français ne sont pas pertinents en droit anglais. S'il est possible de retenir des critères communs (statut de professionnel ou non, montant des dommages et intérêts), d'autres ne sont pas transposables (utilisation du critère de bonne foi, utilisation de l'article 1240 du Code civil). Il faut en revanche ajouter d'autres critères (par exemple *constructive trust, estoppel*). Les résultats ne sont pas nécessairement transposables ou comparables. Ainsi, les décisions de justice anglaises font référence à des litiges souvent internationaux et pour des montants importants. Le résultat statistique pourrait être biaisé par ces éléments. Plusieurs décisions qui sanctionnent une situation précontractuelle en droit anglais (sur le fondement notamment de l'*estoppel*) seraient considérées comme des situations contractuelles en droit français. Il n'en reste pas moins que plusieurs critères pourront être communs. En outre, même si on retient des critères différents, tels que le fondement juridique utilisé, on pourra toujours efficacement comparer le taux de reconnaissance de responsabilité, la durée des pourparlers, etc. Surtout, l'analyse statistique permettra de compléter la vision présentée par la doctrine tant en droit français et en en droit anglais et de confronter celle-ci à la réalité des décisions de justice rendues.

Il convient donc de présenter séparément les résultats de l'analyse statistique des décisions de justice françaises (Section 1) puis anglaises (Section 2).

# TITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DES DECISIONS DE JUSTICES FRANCAISES

285. Le choix a été fait de procéder à une analyse la plus exhaustive possible de la responsabilité pour rupture des pourparlers. La recherche a permis de dégager 150 arrêts de cours d'appel et de cassation qui visent directement la rupture des pourparlers. Parmi des arrêts, 83 se sont révélés pertinents pour l'analyse, les autres citant la rupture des pourparlers mais ne jugeant pas cette question. L'analyse statistique permet de faire ressortir plusieurs points qui n'apparaissent pas par les méthodes du droit comparé, vue dans la première partie de la thèse, ou par l'analyse économique et psychologique traitée ensuite.

Les données de ces 83 arrêts ont été soumises à 60 critères. Ce sont donc près de 5.000 données qui ont été exploitées pour aboutir à cette présentation de l'analyse statistique des décisions de justice françaises relatives à la rupture des pourparlers.

On peut analyser d'une part les résultats de l'application des différents items d'analyse statistique (Sous-titre 1), avant de se focaliser sur les critères de la responsabilité (Sous-titre 2).

## SOUS-TITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE ET RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS

286. L'analyse statistique des décisions de justice rendues par des tribunaux français apporte des éléments d'analyse et de compréhension intéressants sur l'application par les juges de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

Elle permet notamment de mesurer la responsabilité en fonction de la qualité de professionnel (Chapitre 1), de l'objet du contrat (Chapitre 2), de déterminer les chances de succès de l'action (Chapitre 3), de tenir compte de l'initiative des pourparlers et de la rupture (Chapitre 4), de la durée des pourparlers (Chapitre 5), de la formalisation des pourparlers (Chapitre 6) ou encore de la nationalité des parties (Chapitre 7).

## CHAPITRE 1 : PARTIES PROFESSIONNELLES OU NON

287. La plupart des litiges présentés en cour d'appel ou en Cour de cassation impliquent des professionnels.

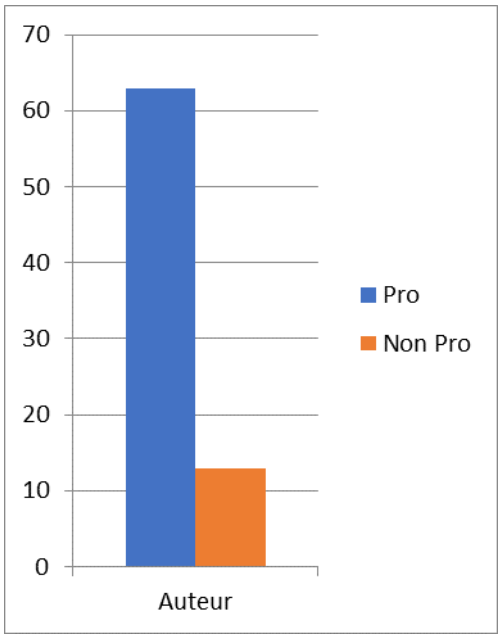
Il y a un peu plus de victimes non professionnelles que d'auteurs non professionnels.

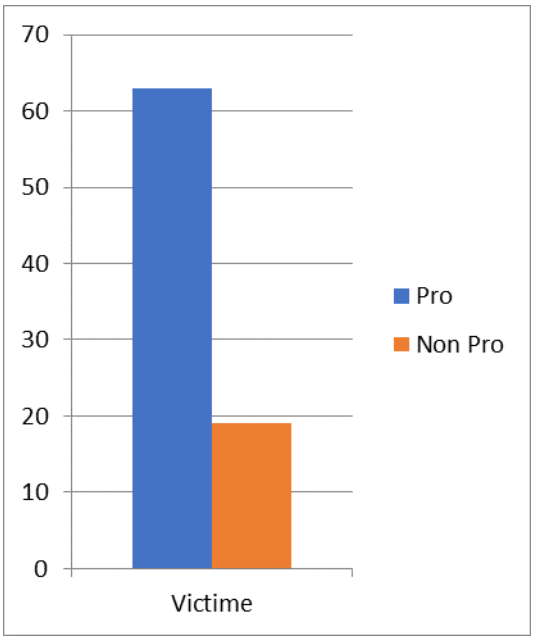
La prépondérance de litiges entre professionnels peut être expliquée de plusieurs manières.

D'une part, les arrêts analysés ont été rendus en appel et en cassation. Le coût d'un appel peut justifier que nombre de litiges impliquant des particuliers aient été rendus en première instance uniquement et n'aient pas donné lieu à une procédure d'appel.

D'autre part, une action en justice se justifie lorsque les intérêts en jeu sont élevés. Ce n'est donc que si la demande en dommages et intérêts est suffisamment importante que la responsabilité pour rupture des pourparlers sera invoquée en justice. Contrairement à une action liée à un accident de la circulation ou un dégât des eaux, une telle procédure sera rarement prise en charge par une assurance de protection juridique. C'est donc la victime qui intentera l'action et devra avancer les frais de justice correspondants. En outre, comme on a pu le montrer, le succès de l'action pour rupture des pourparlers dépend de la reconnaissance d'un fait générateur de responsabilité par le juge et le quantum sera établi souverainement par les juges du fond. Alors qu'une action contractuelle contre un vendeur pour le défaut d'un produit ou une action délictuelle contre une personne qui aurait cassé les lunettes d'une autre aura une probabilité de succès importante et un quantum de préjudice bien défini, le demandeur à l'action en responsabilité pour rupture des pourparlers ne sera jamais certain que son action sera accueillie par le juge[710] et le montant de l'indemnisation dépendra, lui aussi, de l'appréciation du juge.

[710] Voir par exemple l'arrêt Poleval cité en introduction de cette thèse




## CHAPITRE 2 : L'OBJET DU CONTRAT

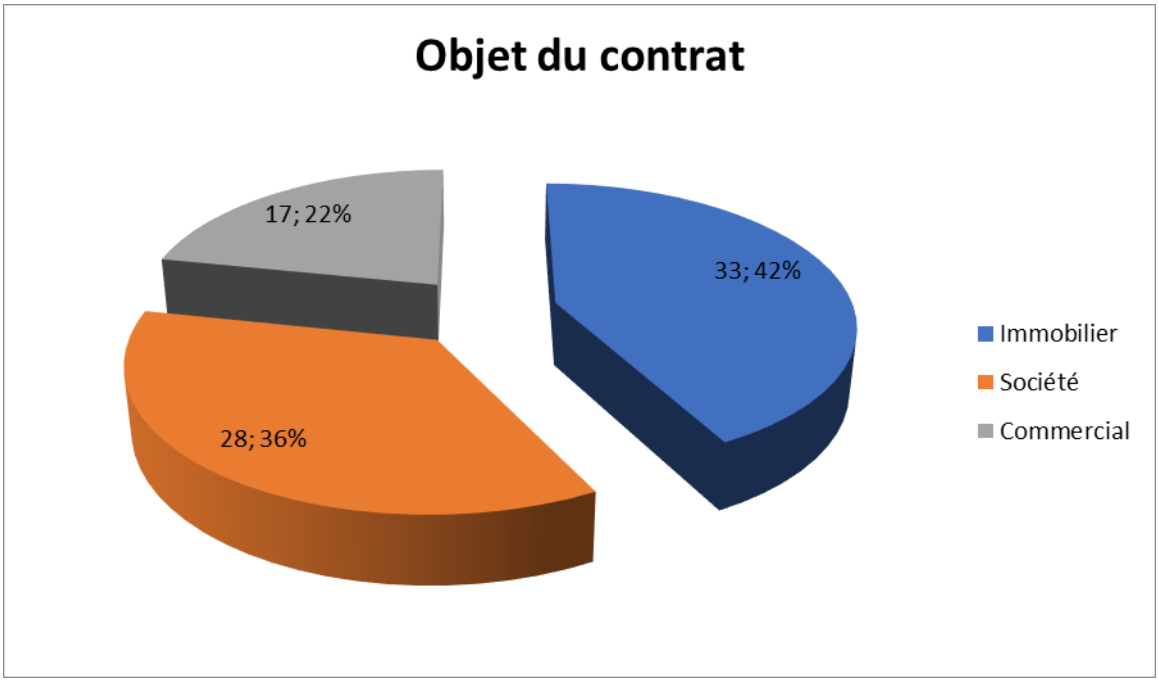
288. Les litiges présentés concernant la rupture des pourparlers concernent principalement trois domaines : l'immobilier, un contrat de société ou portant sur un fonds de commerce, ou un contrat commercial.

Ici aussi, cette prépondérance peut être expliquée par le montant en jeu. Il sera moins courant qu'un particulier engage la responsabilité pour rupture des pourparlers envers un garagiste qui lui a laissé croire qu'il pourrait acheter une voiture pour ensuite la vendre plus cher à un tiers que si le litige concerne l'acquisition d'une maison.

La prépondérance des contrats immobiliers et des contrats de société est intéressante également dans une perspective de droit comparé. En effet, alors que les juges anglais semblent plus réticents à reconnaître une responsabilité pour rupture des pourparlers, ils acceptent plus largement une action en *proprietary estoppel* s'agissant d'un bien immobilier et reconnaissent une *fiduciary relationship* lorsque les parties s'engagent dans un contrat de société voire, comme dans l'arrêt *Farrar v. Miller*[711], dans une joint-venture. Plus de 80% des décisions analysées concernent une relation immobilière ou la négociation d'un contrat de société. Les juges français semblent dès

[711] *Farrar v. Miller* [2018] EWCA Civ 172

lors, comme leurs homologues anglais, plus réticents à reconnaître une responsabilité pour rupture des pourparlers pour d'autres types de contrats.




## CHAPITRE 3 : MONTANTS DEMANDES ET MONTANTS OBTENUS

289. Les parties ont obtenu en moyenne 555.291 euros en appel. Le montant est sensiblement le même que celui obtenu en première instance. En revanche, ces sommes représentent seulement 39% en moyenne du montant demandé.

Ce quantum peut être rapproché du montant obtenu devant les juridiction anglaises, qui est sensiblement plus élevé. Il pourrait s'agir d'une limite à l'exercice de comparaison des décisions de justice françaises et anglaises. En effet, l'enjeu du litige pourrait conduire les juges à adopter une attitude différente selon que le litige porte sur un montant de quelques milliers d'euros ou de plusieurs millions. Il faudra donc relativiser les conclusions de l'analyse de la jurisprudence en tenant compte de ce biais.

Surtout, la comparaison du montant demandé et du montant obtenu est particulièrement significative. Non seulement le succès de l'action pour rupture des pourparlers n'est pas garanti, mais quand un juge accepte une telle action, il

n’accordera en moyenne qu’un tiers de la somme demandée. Bien entendu, c’est une pratique courante, quel que soit le litige, pour une partie de demander un montant élevé en sachant que celui accordé par le juge sera moindre. Mais la disproportion entre le montant demandé et le montant obtenu est ici importante. Cela montre qu’une partie, même si elle est en présence d’une situation dans laquelle elle envisage une chance raisonnable de succès de son action, ne sera pas capable de connaître le montant probable de l’indemnisation qui sera accordée par le juge. Une telle situation crée une insécurité juridique pour le demandeur qui peut être découragé d’intenter une action en justice lorsqu’il comparera ses chances de succès et le montant de l’indemnisation probable avec le coût et l’effort déployé par une action en justice.

Lorsqu’ils reconnaissent une responsabilité pour rupture des pourparlers, les juges accordent quasi-systématiquement les dépens et un montant au titre de l’article 700 d’un montant moyen de 3.800 euros

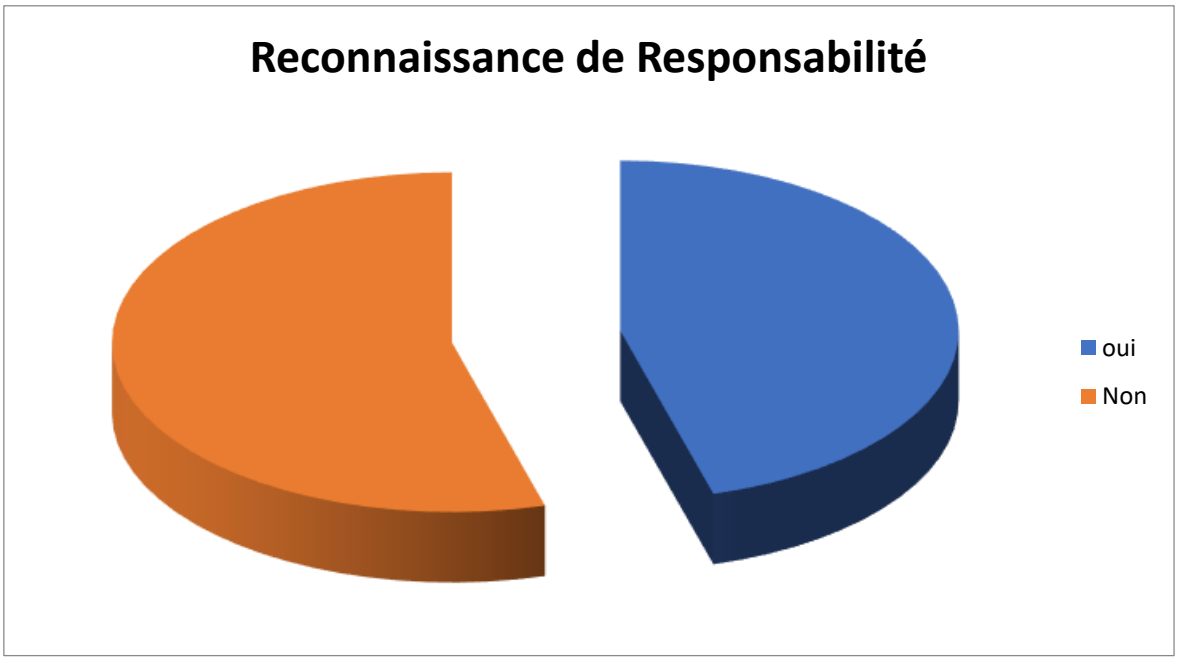
## CHAPITRE 4 : RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITE

290. Lorsqu’une demande de dommages et intérêts a été présentée en cour d’appel ou en Cour de cassation, plus de la moitié des cas ont conduit à débouter le demandeur.

C’est un autre élément caractéristique de la responsabilité pour rupture des pourparlers. Le principe en droit français est bien celui de la liberté contractuelle et donc de la liberté de rupture des pourparlers. Le fait de rompre des pourparlers n’est donc pas, en lui-même, suffisant. Le succès de l’action nécessite donc que le juge identifie un fait générateur de responsabilité.

Il en résulte que le succès de l’action est rarement garanti. Il dépendra du comportement du défendeur, mais aussi de l’appréciation du juge sur l’étendue de la liberté contractuelle et son appréciation, souveraine, de la reconnaissance d’un fait générateur qui, comme on l’a vu, repose généralement sur un faisceau d’indices.

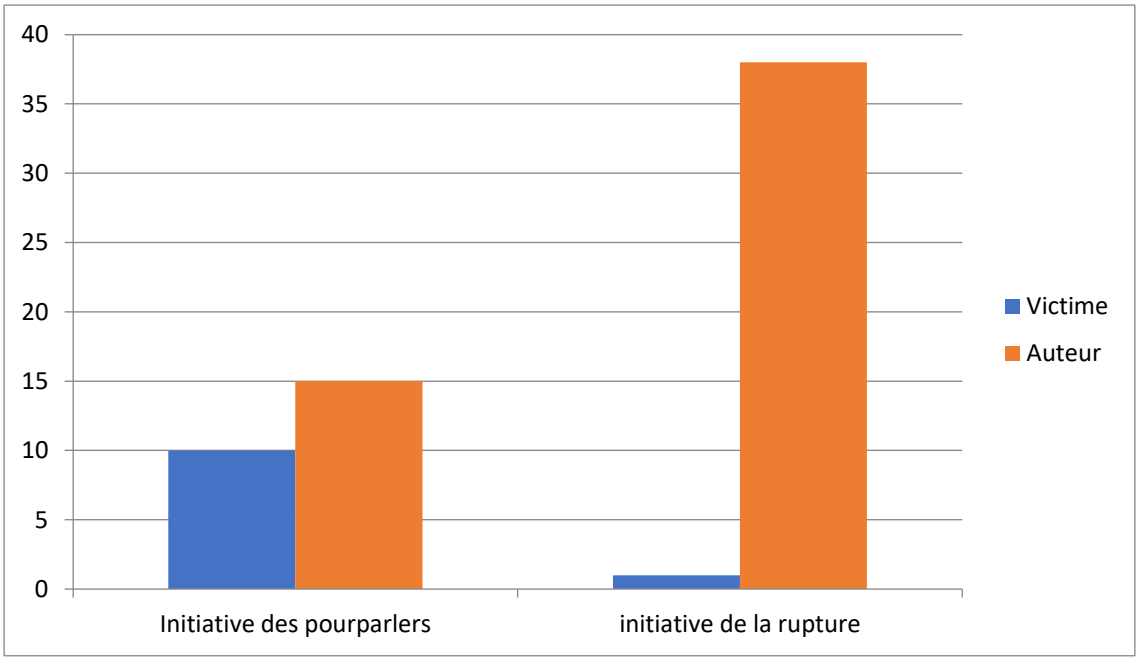
Le fait que plus de la moitié des décisions conduisent à débouter le demandeur à l’action montre également, contrairement à l’idée qui semble être véhiculée par les comparatistes sur le droit français dans sa comparaison avec le droit anglais, que le principe est bien la liberté contractuelle et la responsabilité pour rupture des pourparlers est donc l’exception.




## CHAPITRE 5 : INITIATIVE DES POURPARLERS ET INITIATIVE DE LA RUPTURE

291. L'initiative des pourparlers ne semble pas avoir d'effet significatif sur la responsabilité.

Assez naturellement, c'est souvent le défendeur qui est à l'initiative de la rupture, la victime demandant une indemnisation. Il peut toutefois arriver que ce soit la victime qui prenne l'initiative de la rupture.

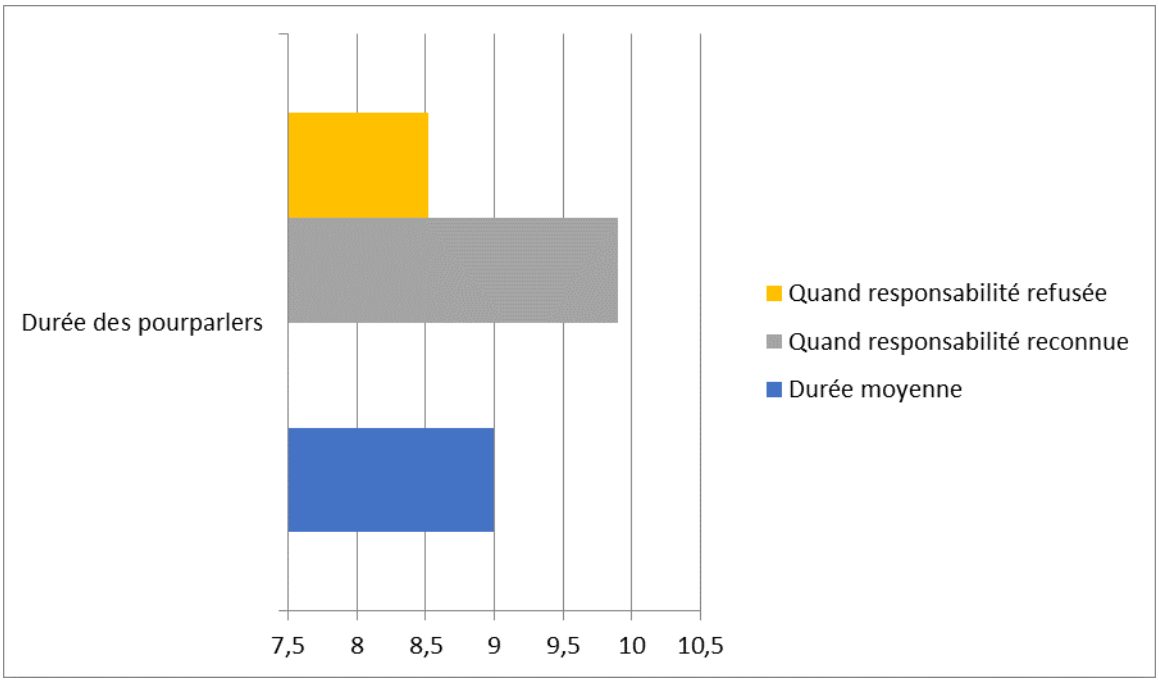



## CHAPITRE 6 : DUREE DES POURPARLERS

292. En moyenne, les pourparlers ont duré 9 mois.

Si les juges se réfèrent à la notion de pourparlers avancés, on peut remarquer que la durée des pourparlers en elle-même n'est pas un élément déterminant de la responsabilité. En effet, lorsque les juges refusent la responsabilité, la durée moyenne des pourparlers est de 8,5 mois. Elle est de 9,8 mois lorsque la responsabilité est reconnue.

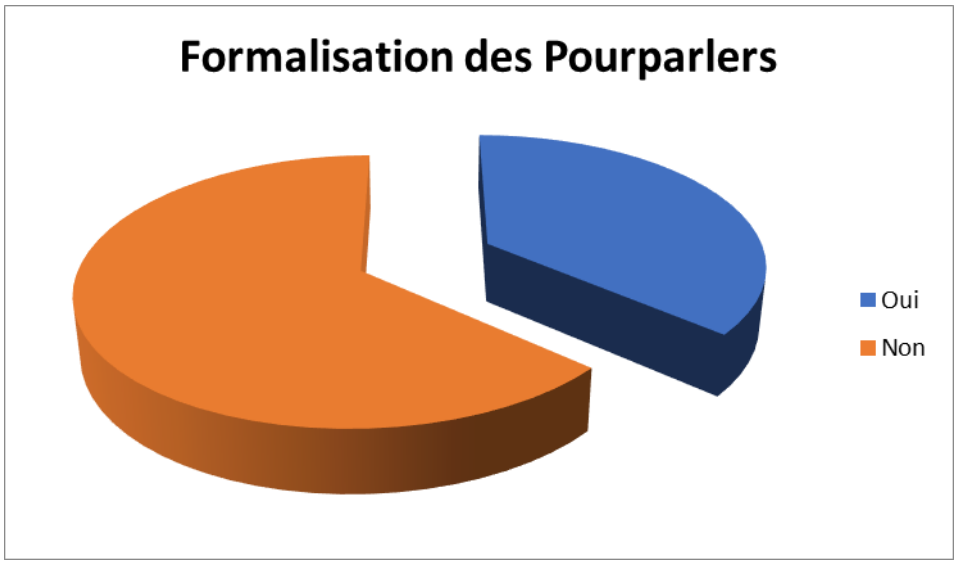
La durée des pourparlers est donc bien un indice de leur avancement mais n'est pas le seul qui soit pris en compte par les juges. Une négociation peut être engagée depuis plusieurs mois et pour autant ne pas entraîner une responsabilité. Inversement, une négociation peut avoir été engagée seulement il y a quelques semaines ou quelques mois et pour autant entraîner une responsabilité lors de sa rupture, soit en raison des circonstances de la rupture, soit parce que l'intensité des pourparlers conduit à considérer les négociations comme avancées malgré une durée courte.




## CHAPITRE 7 : FORMALISATION DES POURPARLERS

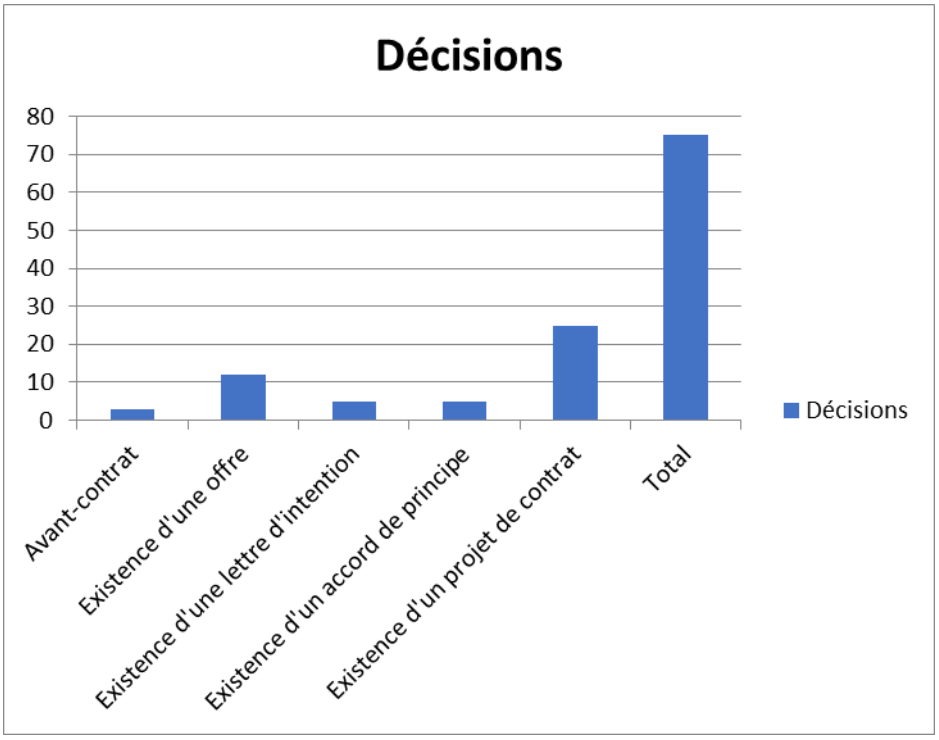
293. Dans plus d'un tiers des cas, la partie qui a engagé la responsabilité de l'autre sur le fondement des pourparlers a demandé aux juges de reconnaître l'existence d'un contrat et demandé des dommages et intérêts délictuels à titre subsidiaire.

Il n'en reste pas moins que, dans plus de 60% des cas, le recours est exclusivement fondé sur la rupture des pourparlers sur un fondement délictuel, contrairement au droit anglais dans lequel le fondement contractuel est plus souvent invoqué à titre principal.



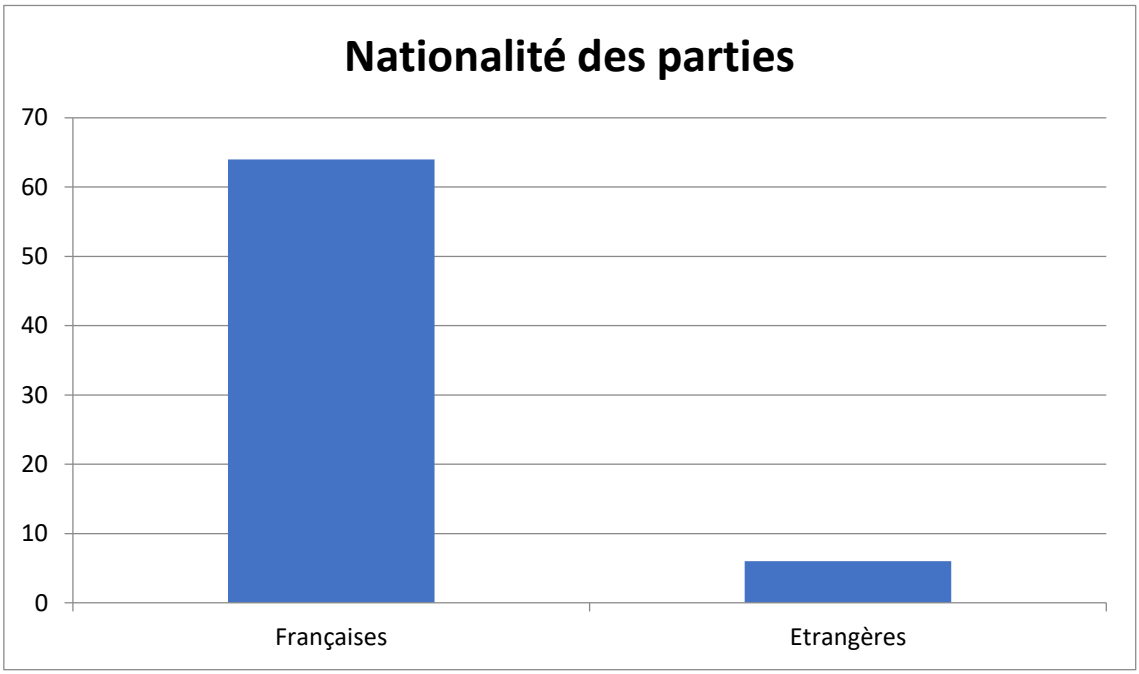
Le plus souvent, les pourparlers n'avaient fait l'objet d'aucune formalisation.

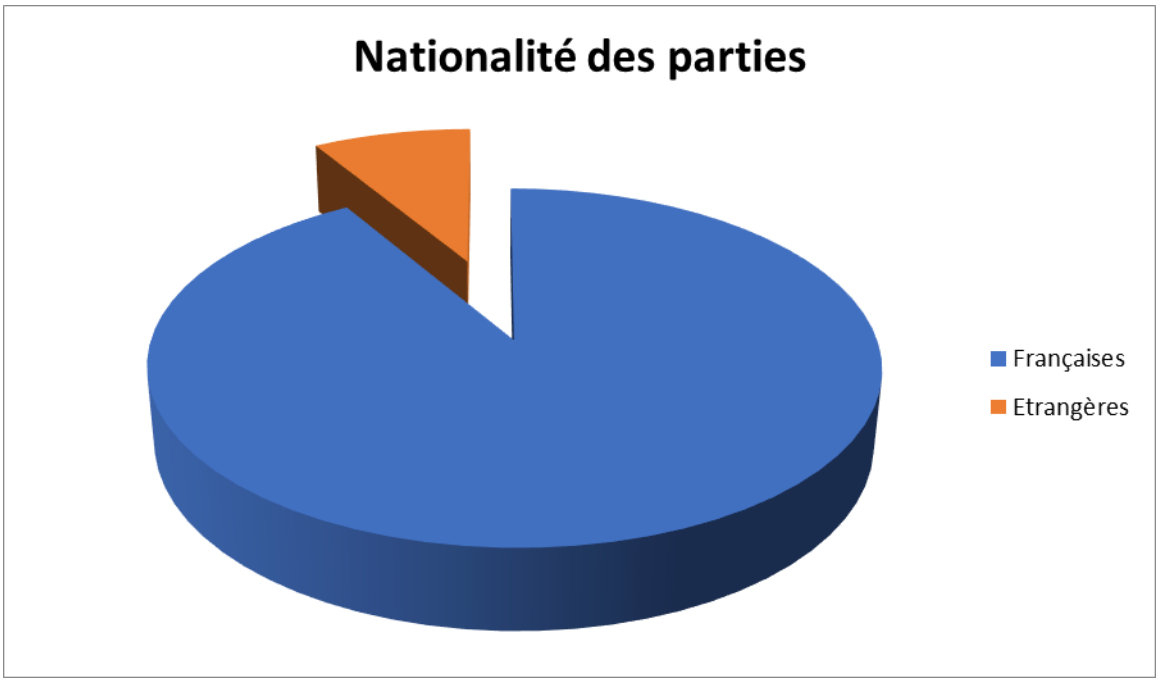
Sur 75 décisions, seules 25 négociations avaient fait l'objet d'un projet de contrat, 12 avaient fait l'objet d'une offre. L'existence d'un accord de principe (5), d'une lettre d'intention (5) ou d'un avant-contrat (3) est beaucoup plus rare.



## CHAPITRE 8 : NATIONALITE DES PARTIES

294. L'immense majorité des décisions (64) impliquent deux parties françaises. Seules 6 décisions impliquent des sociétés étrangères. Ici aussi, c'est une différence importante par rapport au droit anglais, pour lequel les litiges relatifs à la responsabilité pour rupture des pourparlers concernent souvent des entreprises étrangères.




Nationalité des parties
Françaises
Etrangères

TRANSITION

295. L’analyse statistique fait ressortir plusieurs données qui influencent la reconnaissance d’une responsabilité. Aucune ne semble toutefois décisive.

Le principal enseignement de cette analyse statistique concerne la détermination du critère de la responsabilité utilisé par les juges.

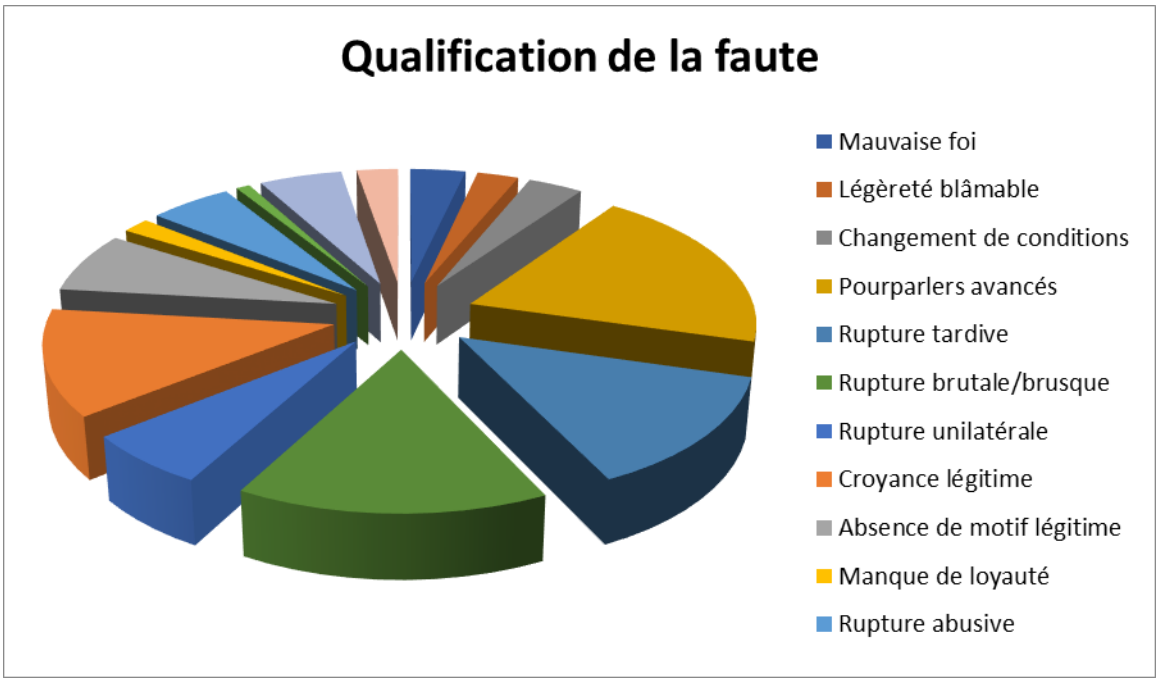
## SOUS-TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE

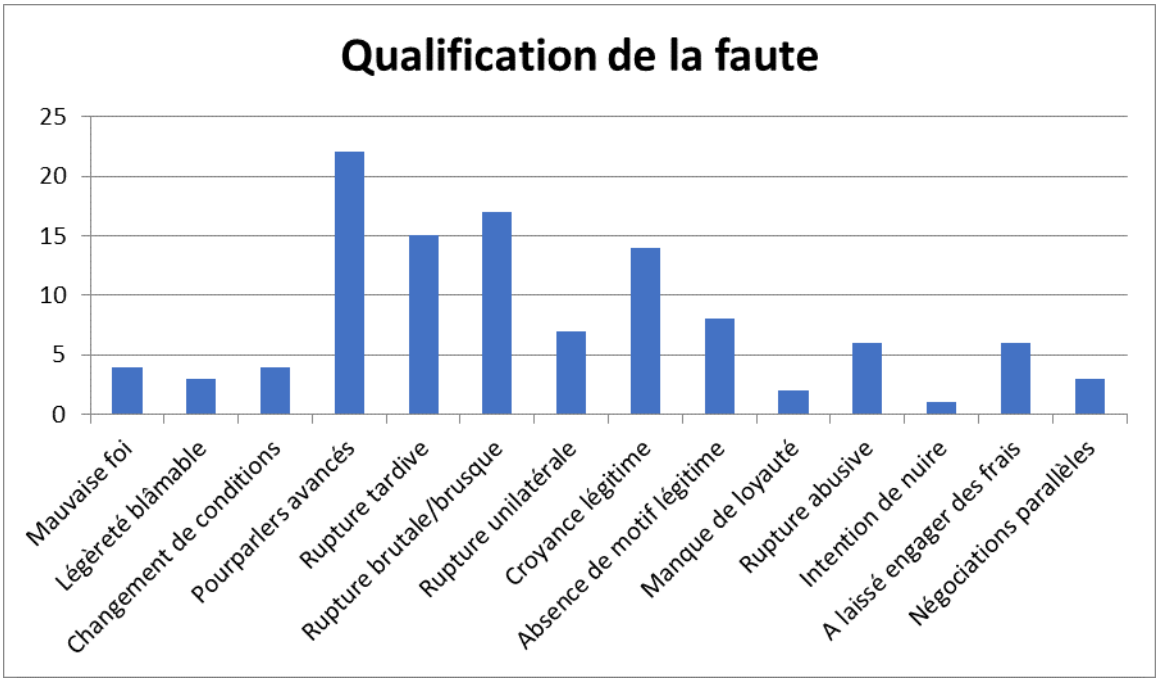
296. L'enseignement principal de l'analyse statistique est celui qui concerne les critères utilisés par les juges pour reconnaître (Chapitre 1) ou au contraire refuser (Chapitre 2) une responsabilité pour rupture des pourparlers. L'analyse statistique semble en effet remettre en cause l'utilisation du critère de bonne foi comme *alpha* et *omega* de cette responsabilité en droit français.

## CHAPITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DE LA QUALIFICATION DE LA FAUTE

297. Les juges utilisent systématiquement le fondement de la responsabilité délictuelle (article 1382 du code civil devenu article 1240 du code civil)

Alors que le Code civil se réfère à l'obligation de bonne foi dans les négociations, les juges se réfèrent rarement à cette notion et préfèrent sanctionner au moyen d'un faisceau d'indices. C'est le principal enseignement de cette étude statistique des décisions de justice. Certes, le visa de nombreuses décisions rappelle l'obligation de bonne foi. Mais il est rare que le dispositif de la décision se réfère à cette notion.


Qualification de la faute
Mauvaise foi
Légèreté blâmable
Changement de conditions
Pourparlers avancés
Rupture tardive
Rupture brutale/brusque
Rupture unilatérale
Croyance légitime
Absence de motif légitime
Manque de loyauté
Rupture abusive


Qualification de la faute
25
20
15
10
5
0
Mauvaise foi
Légèreté blâmable
Changement de conditions
Pourparlers avancés
Rupture tardive
Rupture brutale/brusque
Rupture unilatérale
Croyance légitime
Absence de motif légitime
Manque de loyauté
Rupture abusive
Intention de nuire
A laissé engager des frais
Négociations parallèles

Comme le montre l'analyse statistique, les juges n'ont pas recours à un unique critère pour déterminer la responsabilité pour rupture des pourparlers. La plupart des arrêts se réfèrent à plusieurs de ces critères pour conclure à l'existence d'un fait générateur de responsabilité. Ainsi, par exemple, la rupture de pourparlers avancés réalisée de manière tardive pourra constituer une légèreté blâmable qui viole la croyance légitime du demandeur.

L'analyse statistique permet de classer ces fondements de responsabilité en trois catégories distinctes.

Premièrement, la responsabilité peut découler d'un fait générateur défini et qui sera sanctionné comme tel. Il ne s'agit dans ce cas en aucun cas de la violation d'une obligation de bonne foi mais d'un fait générateur détachable. Tel sera le cas d'un comportement diffamatoire à l'occasion de la rupture ou de la brutalité de celle-ci.

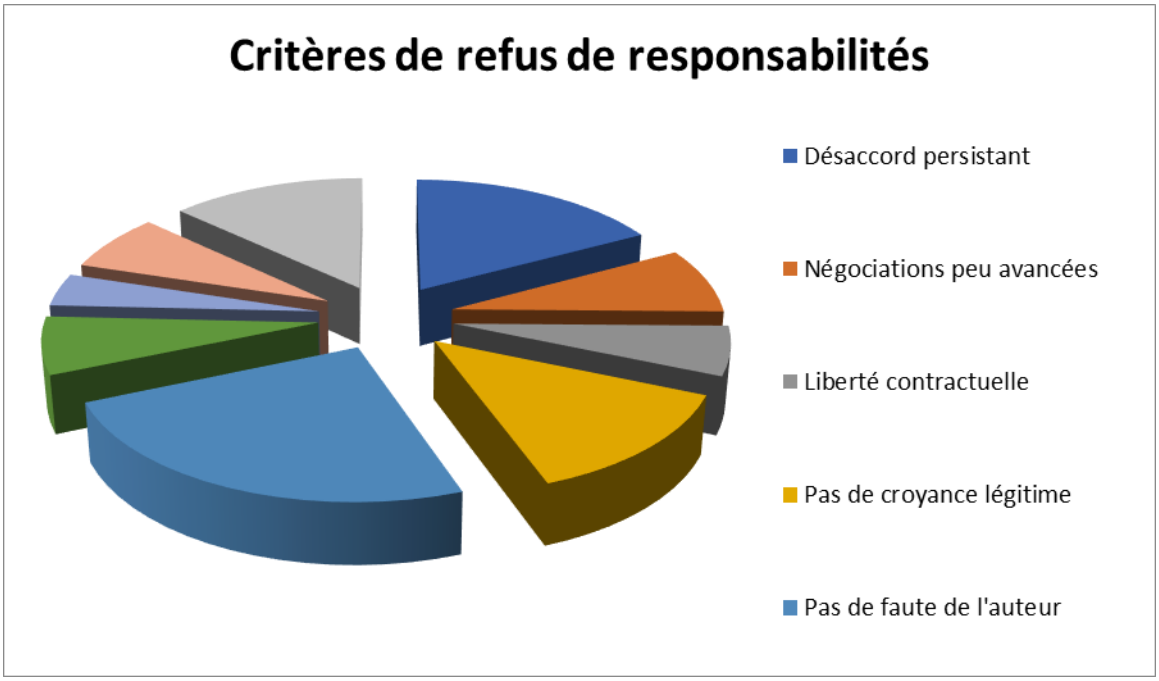
Deuxièmement, la faute retenue peut être le révélateur de la violation d'une obligation morale. Une telle qualification ressort de l'utilisation des notions de mauvaise foi, d'intention de nuire ou de déloyauté. Ici encore, ce n'est pas l'obligation de bonne foi qui est sanctionnée en tant que tel mais une obligation de ne pas se comporter de mauvaise foi.

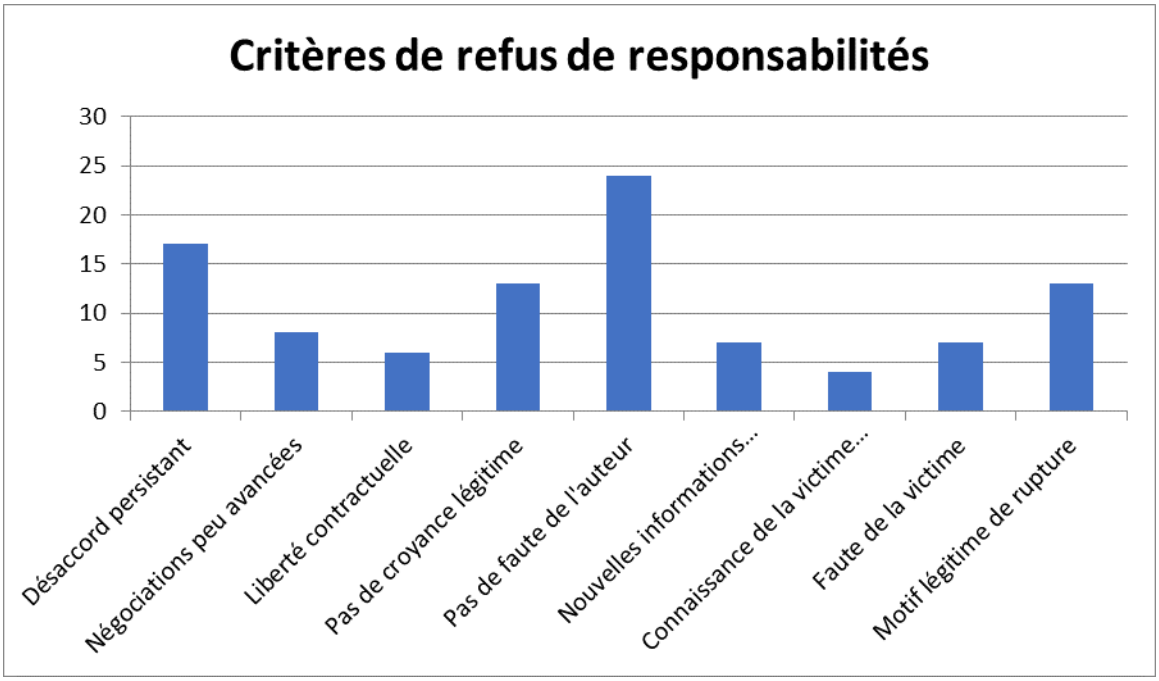
Troisièmement, les juges peuvent retenir une conception objective de la notion de bonne foi. Sans avoir recours à une notion morale pour définir une « faute », les juges adopteront une acception plus objective dans la recherche d'un « fait générateur de responsabilité ». Les critères utilisés seront alors une légèreté blâmable, un changement de conditions en cours de négociation, une rupture tardive ou unilatérale pour des raisons internes qui ne sont pas liées à la négociation, la rupture de pourparlers avancés.

On note également une nette prépondérance, qui se renforce chaque année, du recours à la notion de croyance légitime.

## CHAPITRE 2 : LES CRITERES DE REFUS DE RESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS

298. Pour refuser la responsabilité de l'auteur, les juges en justifient par différents motifs tels que l'absence de faute de l'auteur, l'existence d'un désaccord persistant, l'existence d'un motif légitime de rupture ou encore l'absence de croyance légitime de la victime.






Ces critères sont conformes à l'analyse présentée en première partie de cette thèse et ne nécessitent donc pas de développements importants. Ils confirment l'analyse doctrinale.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

Comme on peut le remarquer, l'analyse statistique apporte un éclairage intéressant. La pratique des juges se détache en effet à la fois de la lettre de la loi et de son interprétation par la doctrine. L'analyse des décisions de justice rendues par les tribunaux anglais apporte, elle aussi, une vision nouvelle de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

# TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES DECISIONS DE JUSTICE ANGLAISES

299. La structure des décisions de justice anglaises et française est différente.

La recherche des décisions de justice anglaises relatives à la responsabilité pour rupture des pourparlers se révèle plus ardue que la même recherche en France. En effet, alors que la catégorie de la responsabilité précontractuelle pour rupture des pourparlers est bien identifiée en France, les auteurs et juges anglais partent d'un principe selon lequel une telle responsabilité n'existe pas. Les auteurs ne citent qu'une poignée d'arrêts au soutien de leur présentation de la phase de négociation.

La recherche a consisté à utiliser des mots clé pour identifier, dans les arrêts publiés, ceux qui concernent la responsabilité pour rupture des pourparlers.
L'utilisation des mots clé « withdraw* negotiation* » et « broke-off negociation » a permis de faire ressortir 130 décisions de justice, soit un échantillon comparable à celui observé en droit français. Sur ces décisions, 50 concernent une situation de responsabilité pour rupture des pourparlers.

La structure des décisions de justice est également différente. Les décisions de justice françaises ont une longueur moyenne de 4 pages, soit 600 pages pour les 150 décisions identifiées. Cette longueur moyenne est de 40 pages, avec certaines décisions de 200 pages, pour le droit anglais. C'est donc un total de 6.000 pages de décisions de justice anglaises qui ont été analysées.

Les critères retenus ne peuvent, bien entendu, pas être les mêmes. Les décisions de justice anglaises s'intéressent peu au préjudice réparable et se focalisent sur l'existence, ou non, d'une responsabilité. Les fondements juridiques de cette responsabilité sont, pour leur part, différents en droit français et en droit anglais.

On procèdera donc à une analyse statistique distincte, même si plusieurs critères communs permettent la comparaison.

# SOUS- TITRE 1 : L'APPLICATION DE L'ANALYSE STATISTIQUE A LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ANGLAIS

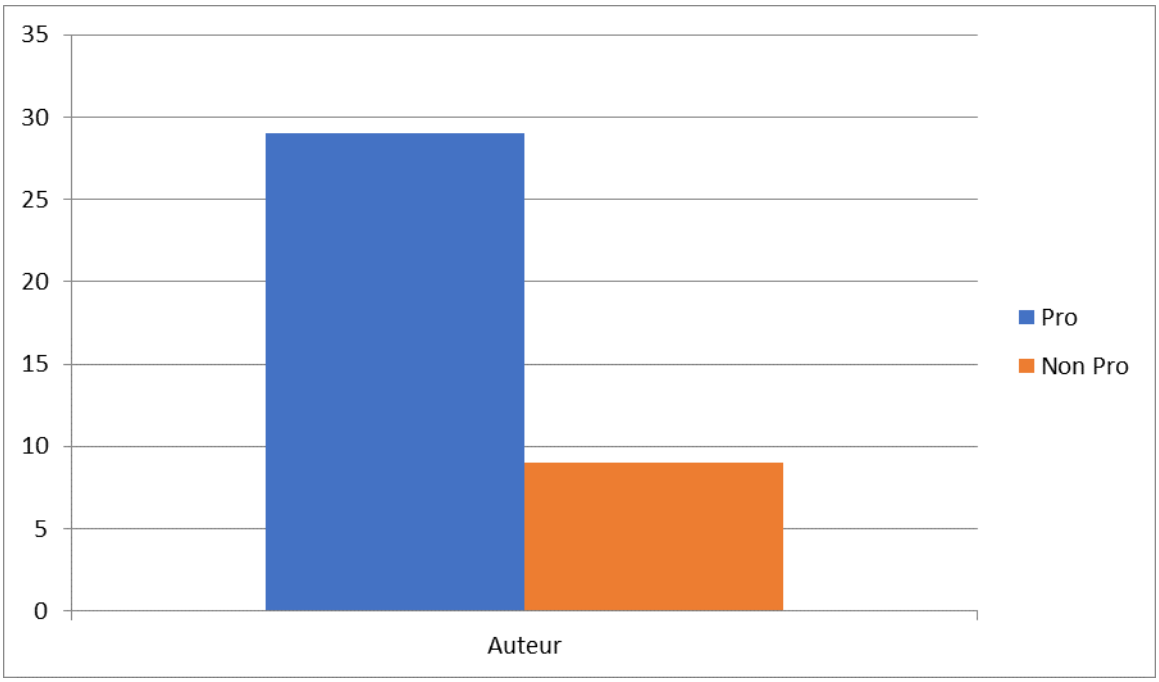
Comme indiqué précédemment, plusieurs critères ont été utilisés pour analyser les décisions de justice anglaises. Leur comparaison avec les résultats de l'analyse statistique des décisions de justice françaises apporte des éclairages intéressants.

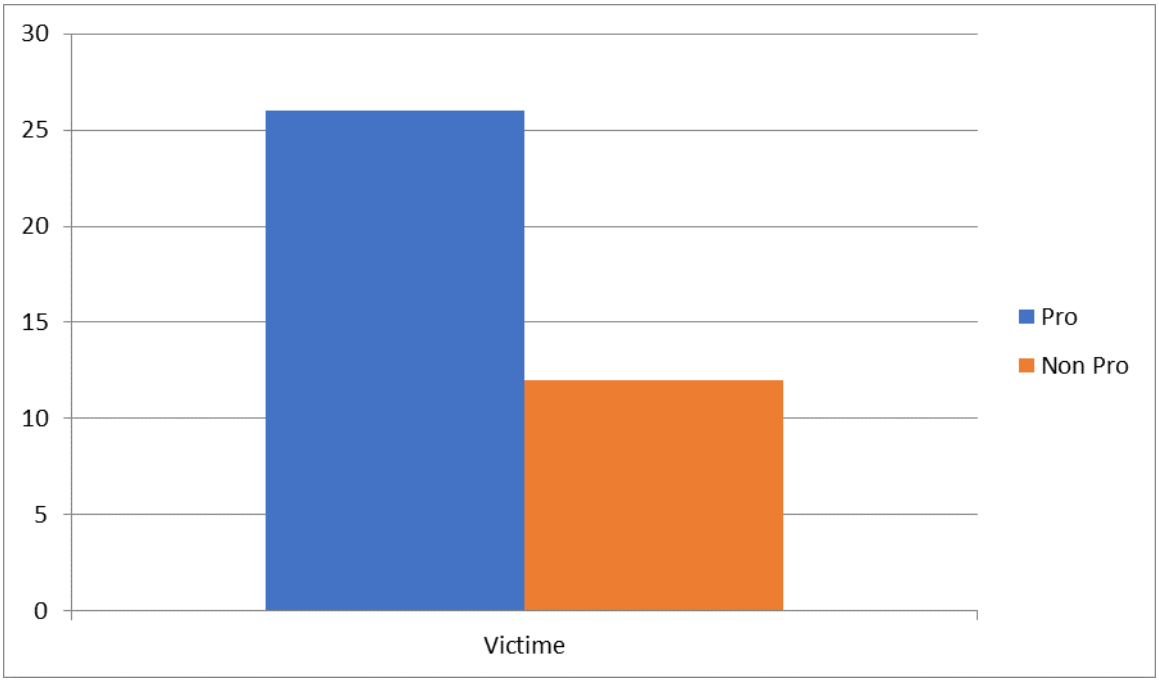
On peut reprendre ici, pour les comparer, les éléments d'analyse utilisés pour l'analyse statistique des décisions de justice françaises relatives au statut de professionnel des parties (Chapitre 1), à la nationalité des parties (Chapitre 2), à l'objet du contrat (Chapitre 3) et à la reconnaissance ou non d'une responsabilité (Chapitre 4).

## CHAPITRE 1 : PARTIES PROFESSIONNELLES OU NON

300. Comme en droit français, la plupart des décisions de justice impliquent des professionnels. Ici aussi, on peut expliquer cette tendance par le type de relation. Une négociation avortée n'entraîne un préjudice suffisamment important que dans des négociations coûteuses ou pour des contrats importants. Le coût de l'action en justice peut également expliquer que des particuliers aient moins recours à la justice en cas de négociation avortée. C'est d'autant plus vrai que, comme en droit français, le succès d'une action en justice pour rupture des pourparlers n'est, contrairement à une action en paiement en vertu d'un contrat, jamais certain et dépendra souvent de l'appréciation du juge.

On peut noter une exception en présence d'un contrat immobilier, pour lequel le montant en jeu justifie plus souvent une action en justice de la part d'un acheteur ou vendeur particulier.


35
30
25
20
15
10
5
0
Auteur
Pro
Non Pro


30
25
20
15
10
5
0
Victime
Pro
Non Pro

## CHAPITRE 2 : NATIONALITE DES PARTIES

301. En droit français, 91% des décisions de justice concernaient des parties françaises. Moins de 9% mettaient en jeu des parties étrangères. Le droit français de la responsabilité pour rupture des pourparlers s'applique principalement à des parties françaises. Lorsqu'elles sont étrangères, elles sont le plus souvent établies en France et connaissent ainsi bien le droit français.

La situation est notablement différente s'agissant du droit anglais. Celui-ci est connu pour sa stabilité et son efficacité dans les relations internationales. Il est ainsi régulièrement choisi comme loi applicable par des parties étrangères qui ont également recours à un juge anglais pour résoudre leur litige.

Ce sont ainsi 26% des arrêts rendus par des juridictions anglaises qui mettent en relation deux parties étrangères.

Or, on l'a déjà vu, le souhait de stabilité et de prévisibilité du droit anglais est mis à mal en matière de responsabilité précontractuelle.

Il existe au moins deux raisons :

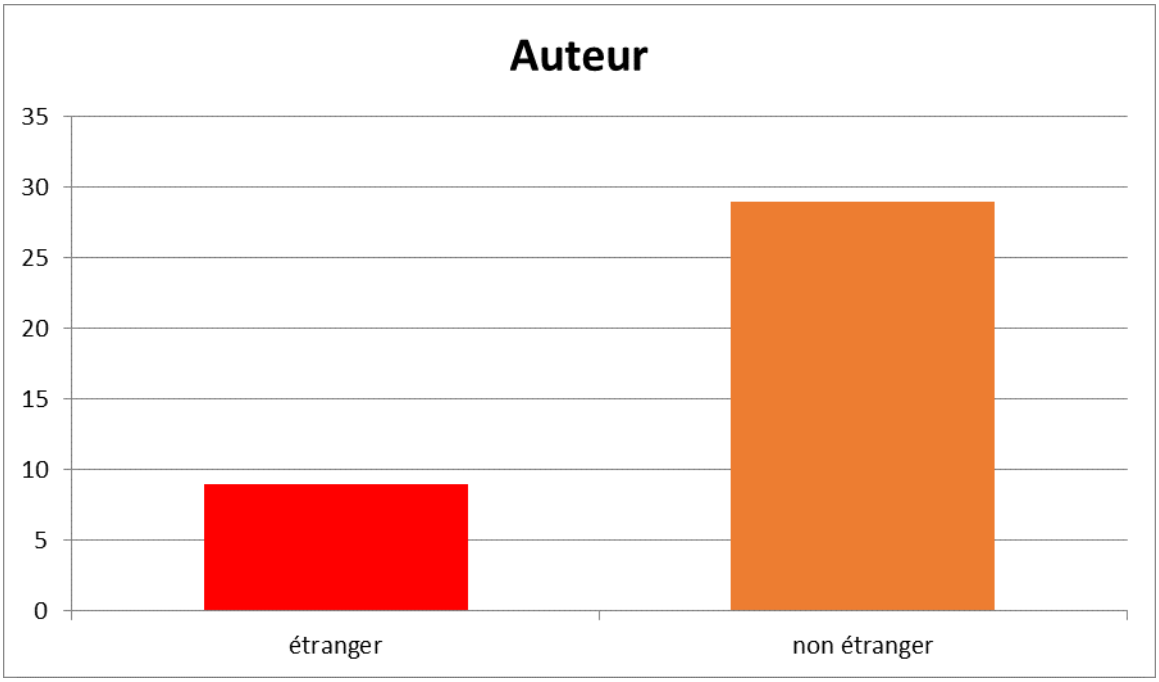
Premièrement, juristes et auteurs en droit anglais affirment qu'il n'existe en principe aucune responsabilité pour rupture des pourparlers. Or, l'analyse de droit comparé réalisée dans la première partie de cette thèse montre que dans 80% des cas, les tribunaux français et anglais arrivent à des solutions comparables, le droit anglais étant même parfois plus prompt à sanctionner le comportement précontractuel des parties que le droit français.

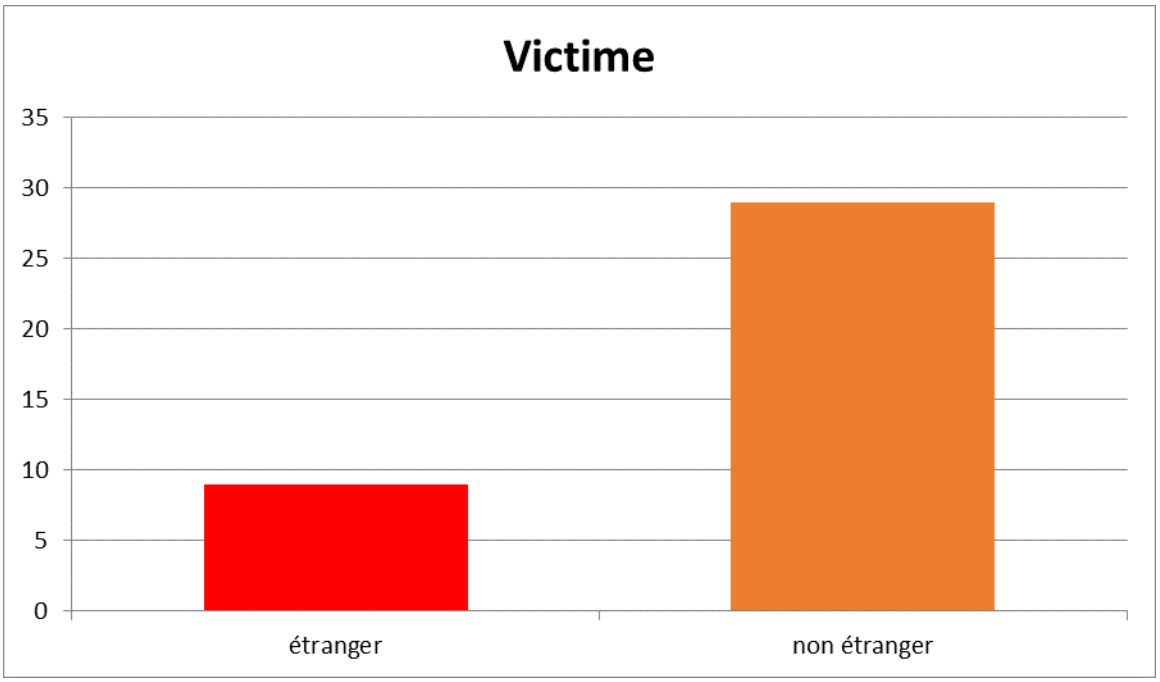
Deuxièmement, l'arrêt *Walford v. Miles,* et surtout son extension par la jurisprudence ultérieure, a créé une réelle imprévisibilité du droit anglais. En effet, l'utilisation d'une obligation contractuelle de bonne foi est commune dans des négociations internationales. Elle est acceptée par les pays de droit civil mais aussi par la plupart des pays de *common law*. Ainsi, dans une négociation réalisée entre deux parties étrangères, elles auront pu inclure de telles obligations dans leurs contrats. Comme l'affirmait l'arrêt *Petromec*[712], le refus du droit anglais d'accepter la validité d'une obligation de bonne foi met ainsi en péril les attentes raisonnables des parties. Elle fournit à la partie qui ne souhaite pas respecter ses obligations un moyen commode

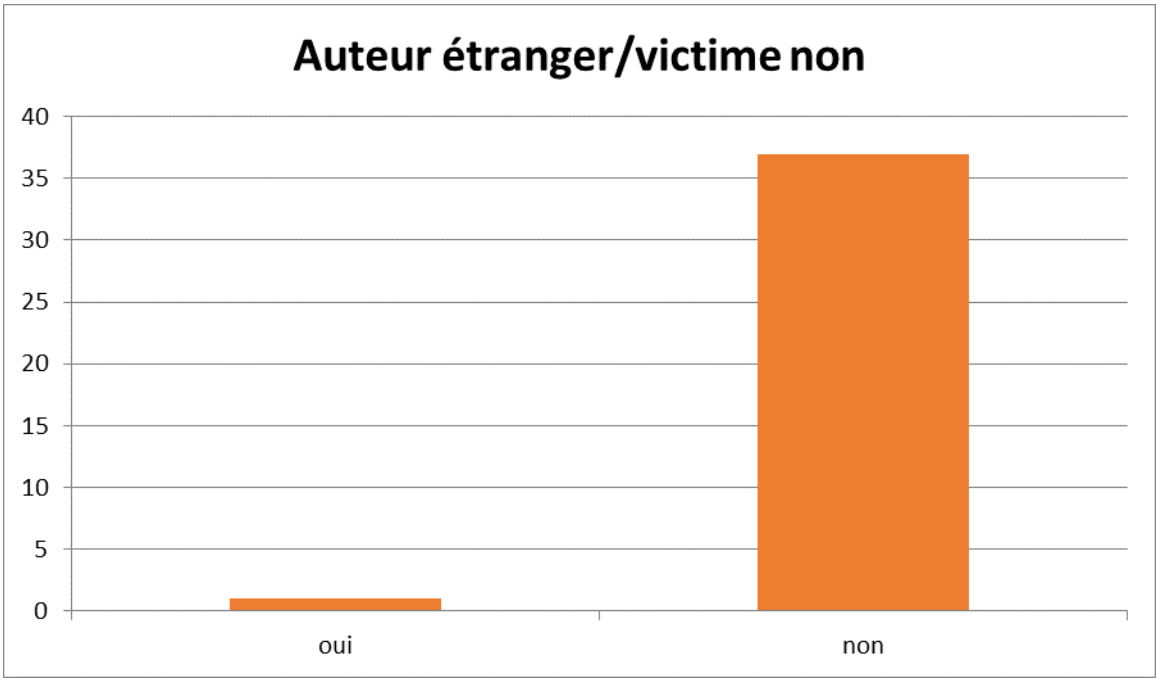
[712] *Petromec Inc & Ors v Petroleo Brasileiro SA Petrobras & Ors* [2005] EWCA Civ 891

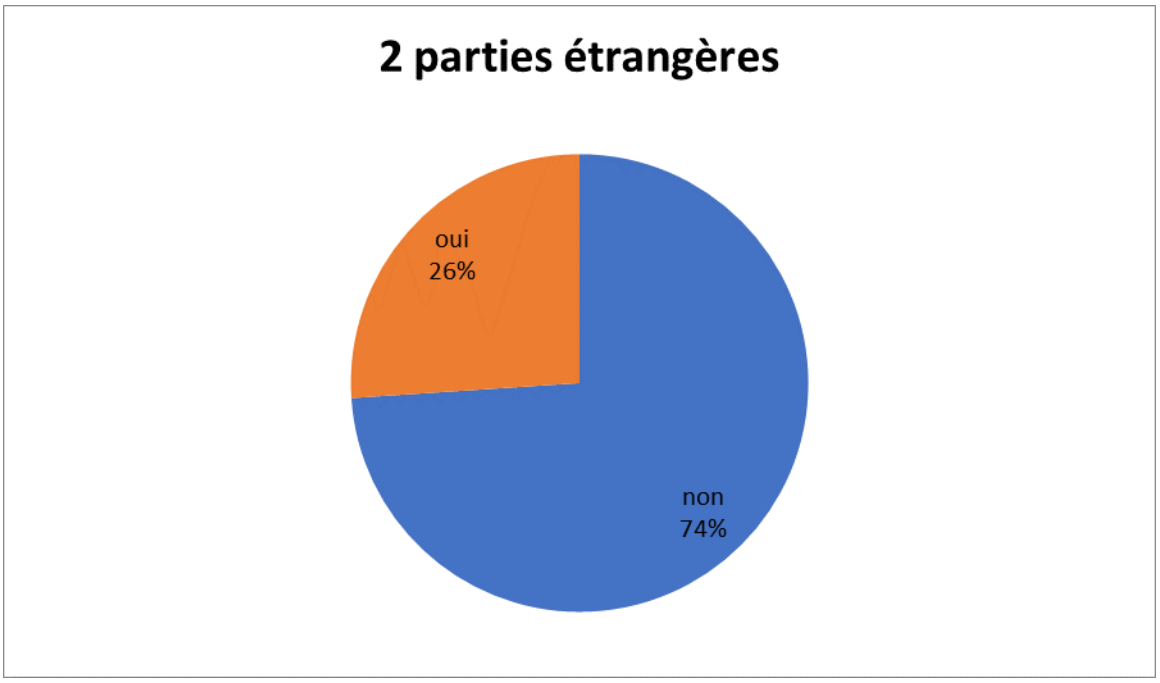
d’échapper à ce qui, sans aucun doute, était l’accord des parties, grâce à une subtilité juridique.

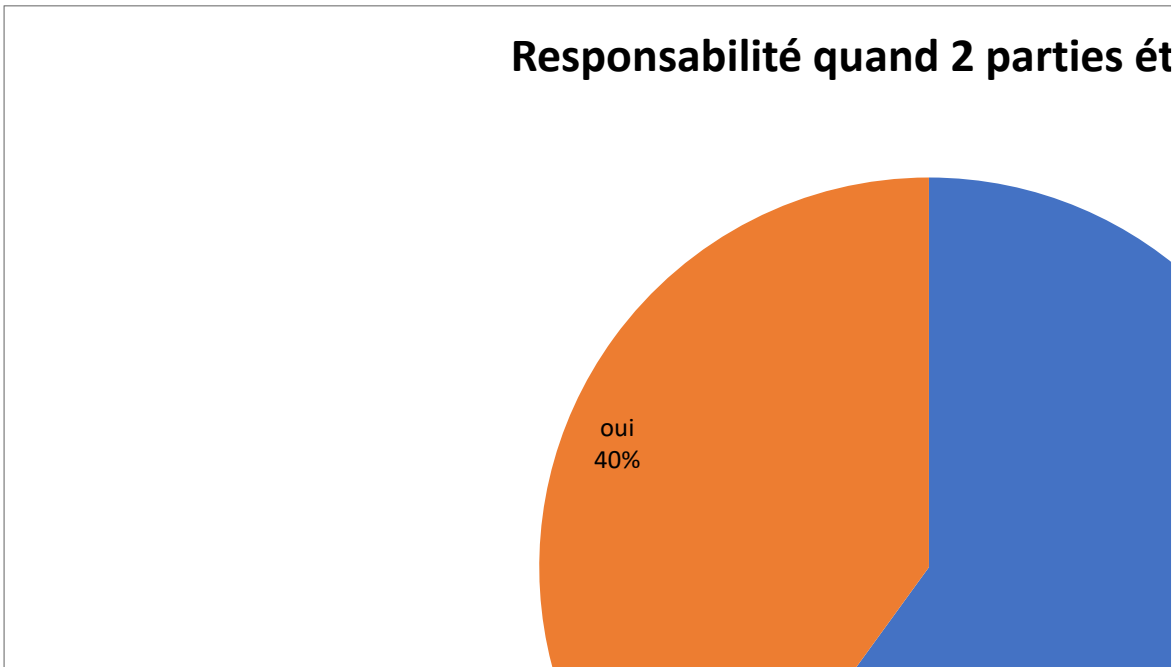
Il en résulte une surreprésentation des étrangers dans la reconnaissance de la responsabilité, puisque 40% des litiges entre des parties étrangères se soldent par une condamnation. Soit deux fois plus de responsabilité lorsque les parties sont étrangères que lorsqu’elles sont anglaises.




Victime
35
30
25
20
15
10
5
0
étranger
non étranger


Auteur étranger/victime non
40
35
30
25
20
15
10
5
0
oui
non


2 parties étrangères
oui
26%
non
74%


Responsabilité quand 2 parties ét
oui
40%

## CHAPITRE 3 : L'OBJET DU CONTRAT

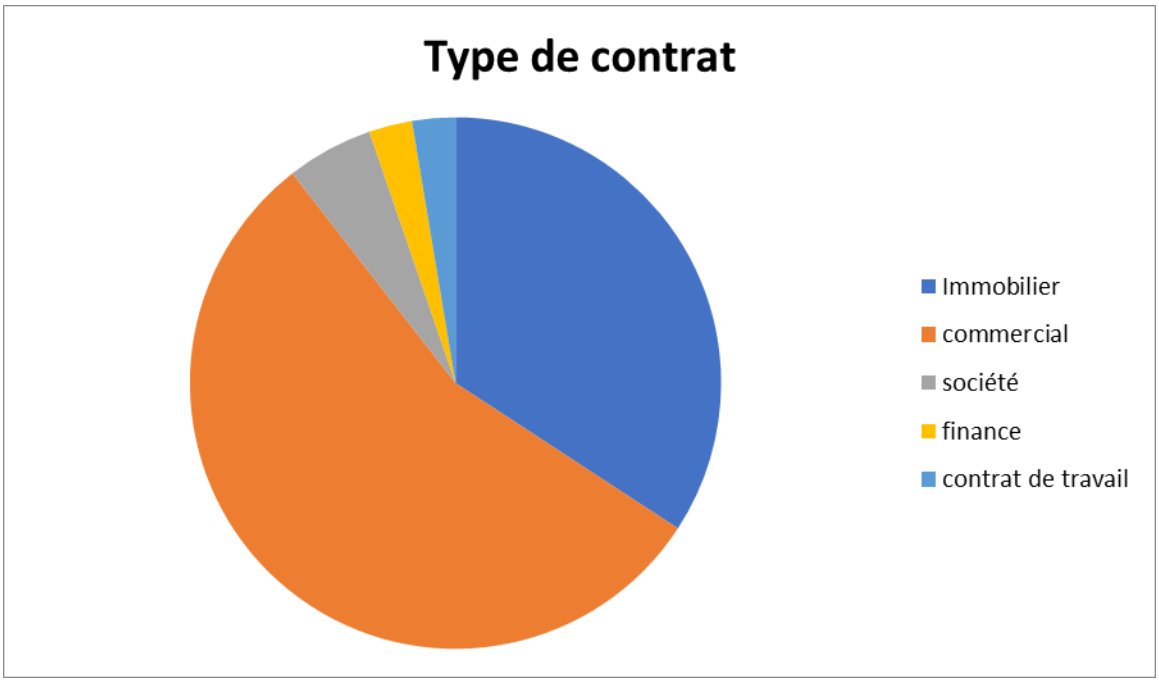
302. On constate une différence entre le droit français et le droit anglais dans le type de contrat.

Seuls 24% des litiges concernent un bien immobilier. 55% des litiges concernent un contrat commercial. Seuls 5% des litiges concernent un contrat de société.

En droit français, il n'y avait que 17% de contrats commerciaux et 28% de contrats de société. 33% des litiges portaient sur un bien immobilier.

Il existe donc une différence de typologie de contrats qui peuvent susciter une action en responsabilité pour rupture des pourparlers.

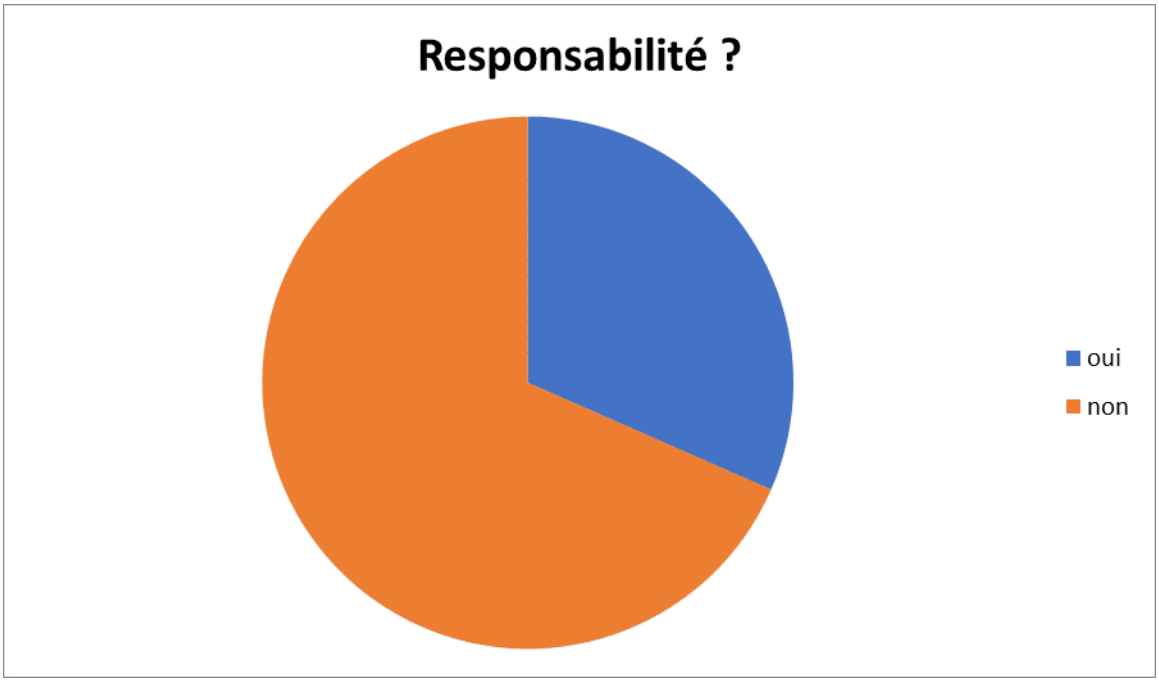
Il pourrait s'agir à ce titre d'un biais possible à la comparaison des décisions de justice françaises et anglaises. Il est en effet possible que la responsabilité pour rupture des pourparlers, telle qu'appliquée par les juges, ne soit pas uniforme et dépende du type de contrat concerné.

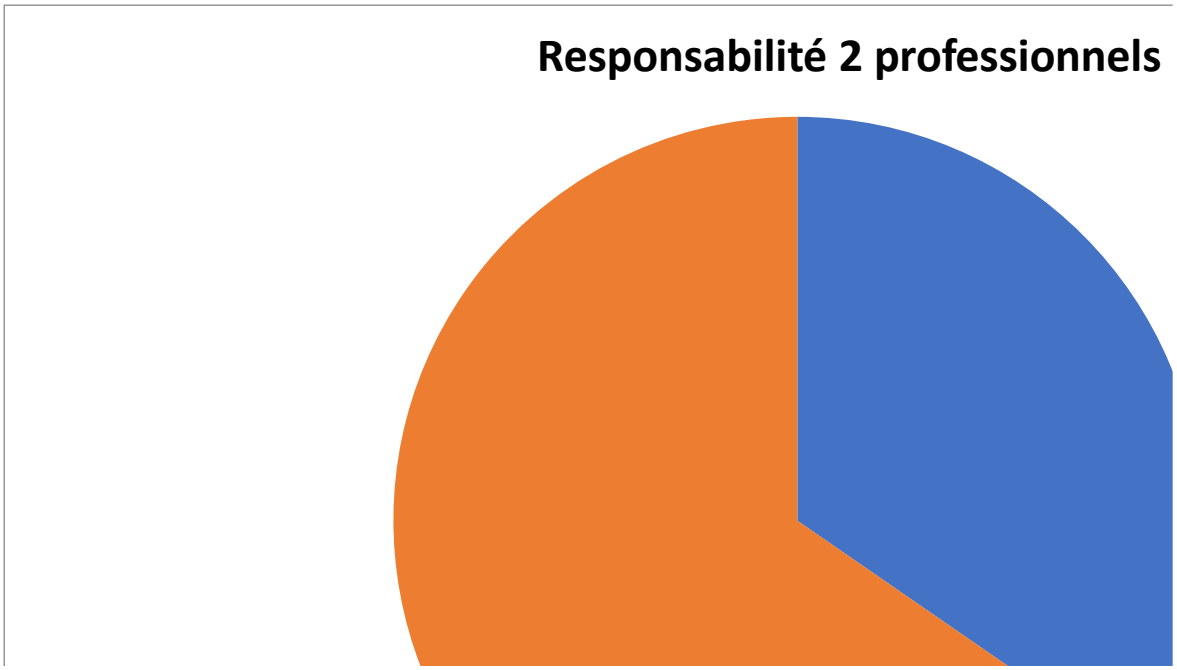


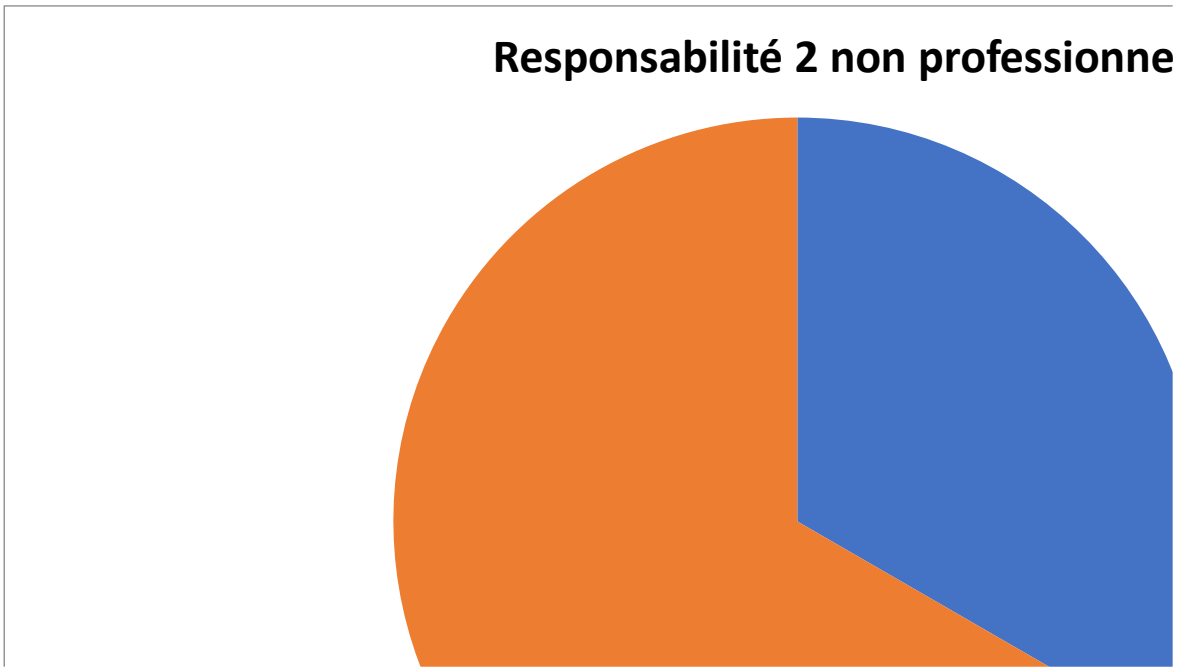
## CHAPITRE 4 : LA RESPONSABILITE

303. Il existe une différence dans la reconnaissance d'une responsabilité entre le droit français et le droit anglais. 32% des arrêts rendus en droit anglais reconnaissent une responsabilité contre 46% pour les juridictions françaises. Le taux de responsabilité est en revanche identique que les parties soient professionnelles ou non.

La différence s'accentue lorsqu'on prend en compte la nationalité des parties.
Si le litige a eu lieu entre des parties anglaises, le taux de reconnaissance d'une responsabilité est en effet beaucoup plus faible.
On pourrait expliquer cette situation à la fois par la culture différente du droit anglais, déjà présentée, et par le recours systématique à un *solicitor*.




Responsabilité 2 professionnels


Responsabilité 2 non professionne

TRANSITION

304. Comme on peut le remarquer, il existe des différences sensibles entre l'analyse statistique de la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit français et en droit anglais.

Cette différence est également présente s'agissant des critères de la responsabilité utilisés par les juges.

## SOUS-TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ANGLAIS

L'analyse statistique montre que les critères utilisés par les juges anglais et français sont fondamentalement différents, qu'il s'agisse du fondement de la responsabilité (Chapitre 1) ou des raisons du rejet de la responsabilité (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : FONDEMENT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

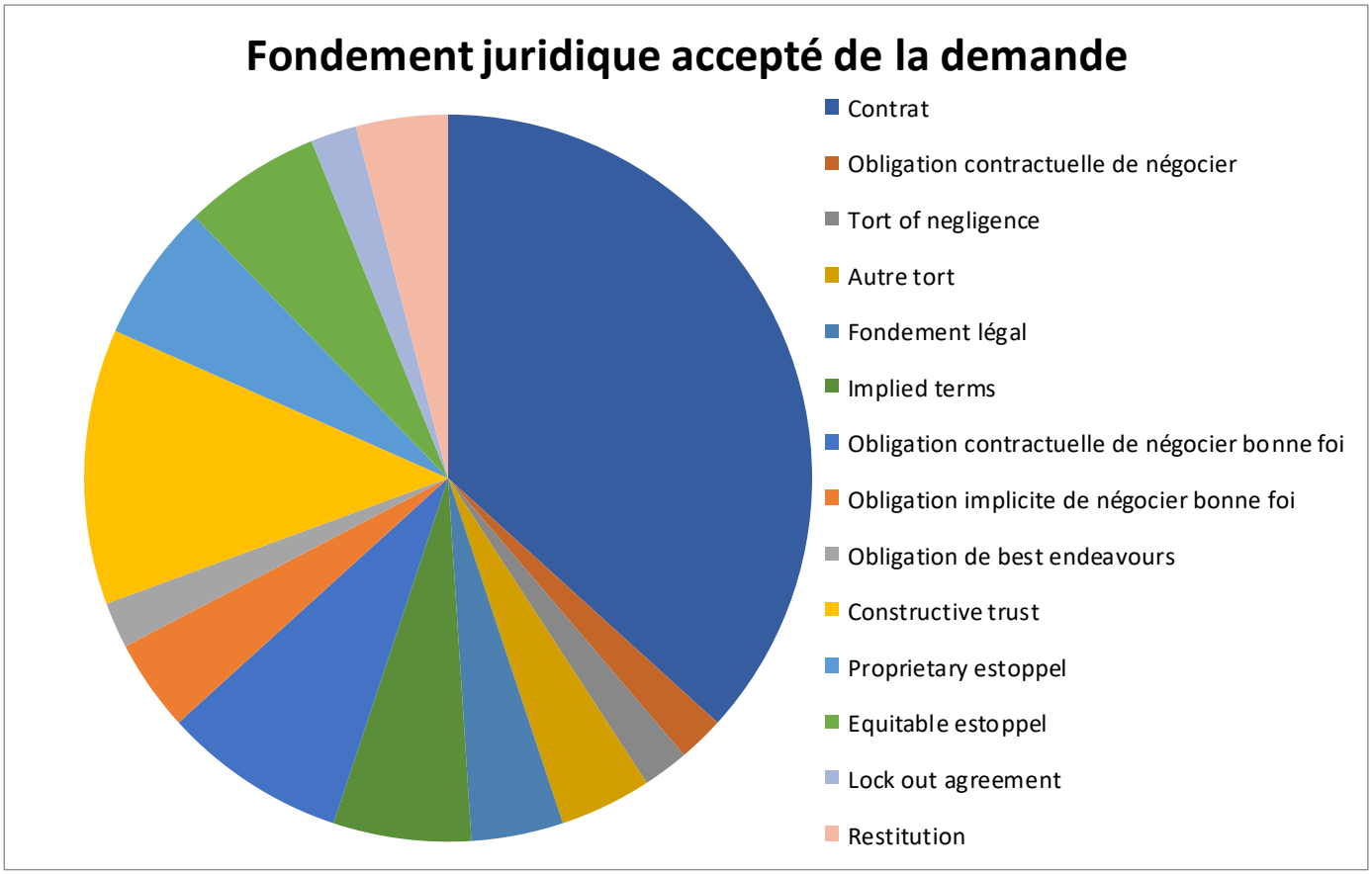
305. C'est l'un des principaux enseignements de cette étude statistique : Le fondement de la responsabilité pour rupture des pourparlers est différent en droit français et en droit anglais.

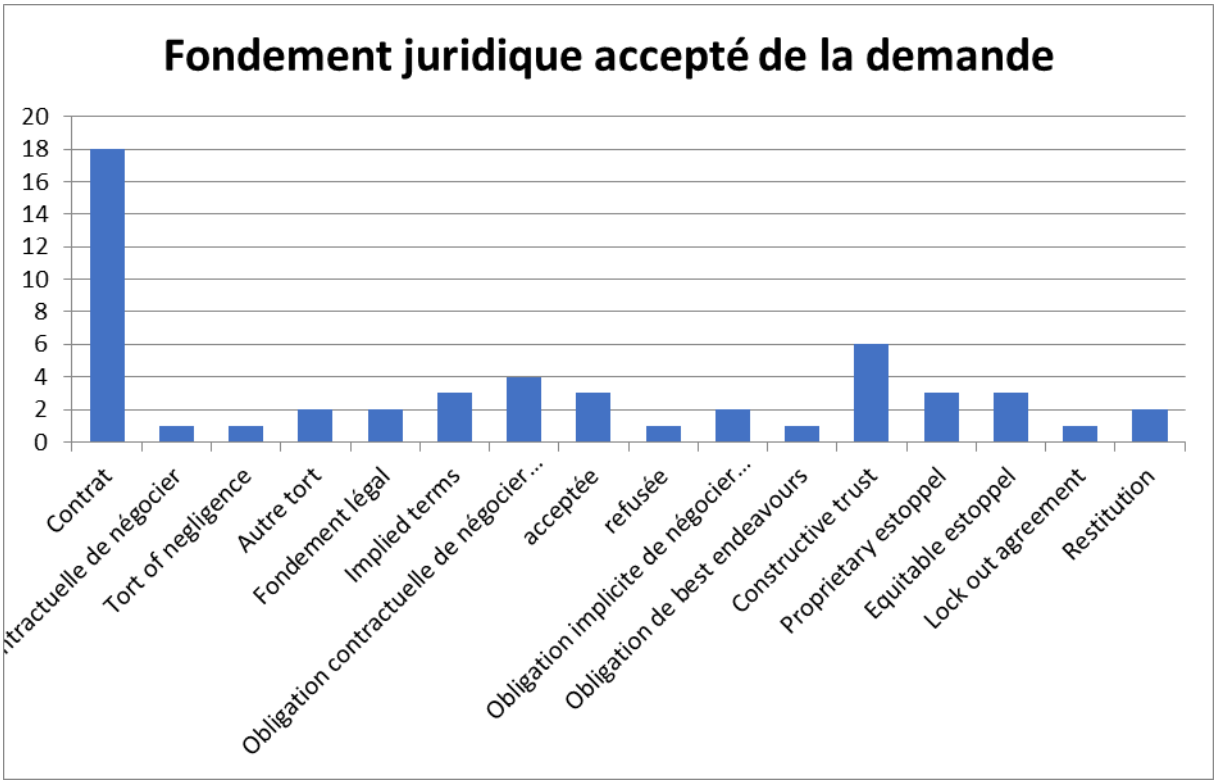
37% des actions en justice qui ont conduit à une responsabilité sont fondées sur la reconnaissance d'un contrat.
24% des actions se fondent sur la reconnaissance d'un « contrat » en *equity* (12% pour *constructive trust,* 6% pour *proprietary estoppel*, 6% pour *equitable estoppel*).
10% des arrêts sont fondés sur des obligations implicites.
10% des arrêts se basent sur des *collateral contracts*
6% ont recours à une action en *restitution*.

Alors que l'analyse de droit comparé réalisée dans la première partie de cette thèse faisait apparaître l'action pour *tort* comme une action souvent adaptée, seuls 6% des arrêts se fondent sur un *tort*. Et le seul arrêt qui reconnaît une *misrepresentation* ne concerne pas directement la rupture des pourparlers mais un vice du consentement, engagée alors que le contrat avait été conclu.

L'analyse statistique fait ainsi ressortir que les juges anglais n'utilisent pas l'action pour *tort* pour sanctionner la rupture des pourparlers, contrairement au droit français qui fait de la responsabilité civile délictuelle le fondement principal de la sanction.

En revanche, on constate une extension importante par les juges anglais des domaines du contrat, de l'*equity* et des *implied terms* pour sanctionner les situations de rupture des pourparlers qui le justifieraient, ce qui contredit le postulat selon lequel il n'existerait pas de responsabilité pour rupture des pourparlers en droit anglais.






## CHAPITRE 2 : RAISONS DU REFUS DE LA RESPONSABILITE

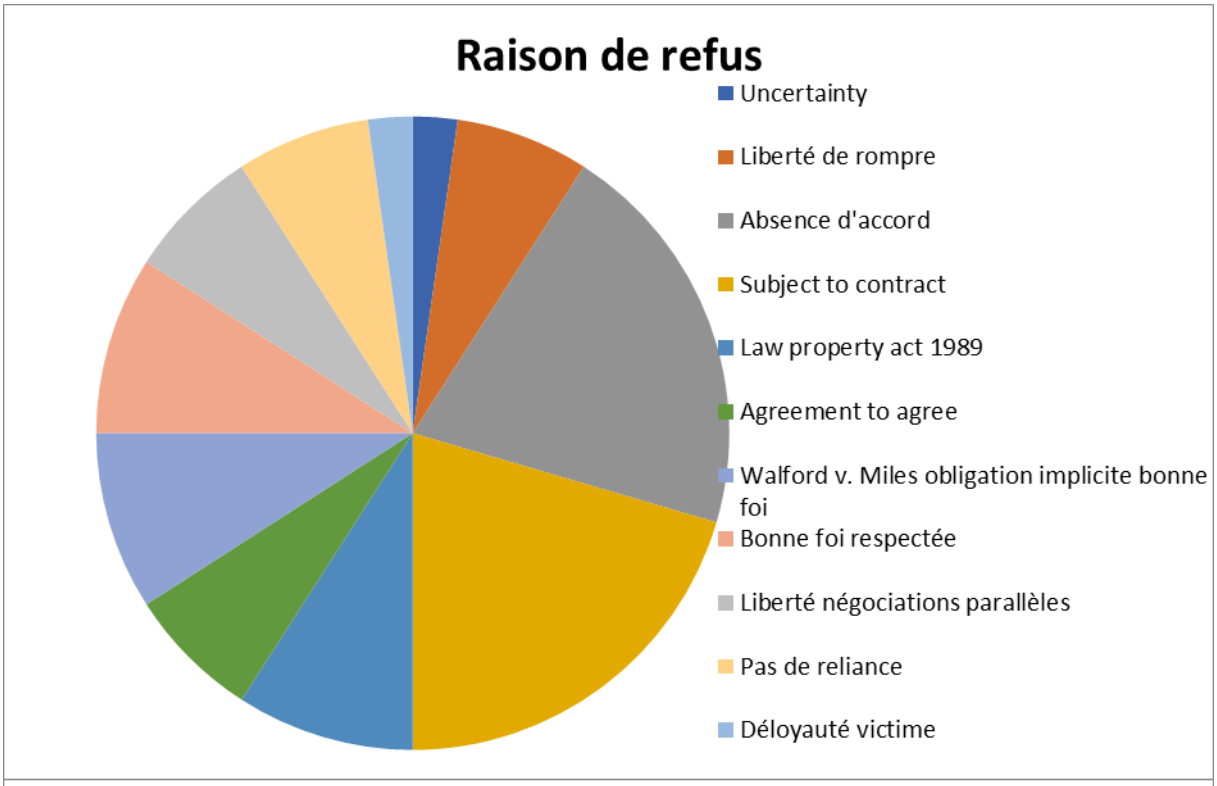
306. Les raisons du refus de responsabilité sont, elles aussi, particulièrement éclairantes dans une perspective de comparaison des droits français et anglais.

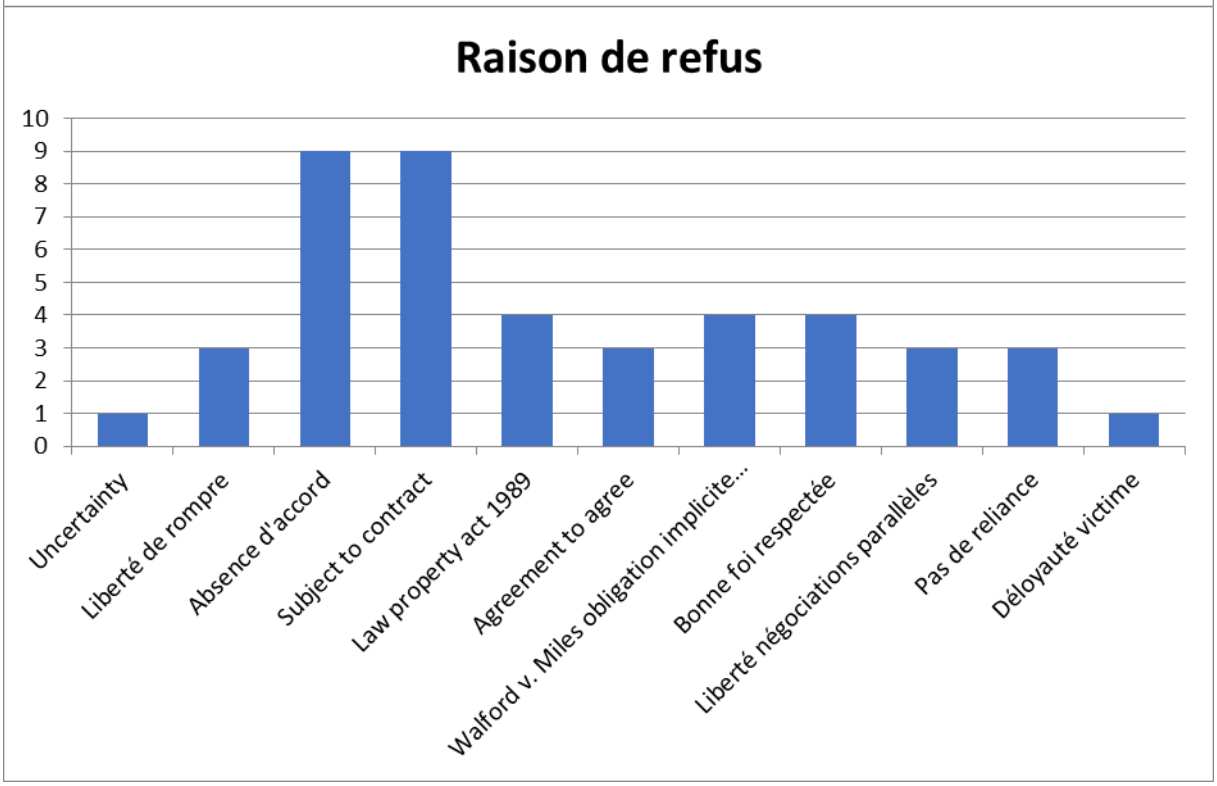
9% des arrêts refusent toute responsabilité sur le fondement du *Law Property Act*, qui exige, pour reconnaître un contrat, qu'un écrit ait été rédigé. Ce taux relativement faible s'explique par le fait que la plupart des arrêts ont, après avoir reconnu l'absence de contrat pour cette raison, accepté un autre fondement tel que l'*estoppel* ou un *constructive trust*.

Comme en France, l'absence d'accord entre les parties et la liberté contractuelle sont des raisons souvent retenues (27% des cas en droit anglais) pour refuser la responsabilité.

L'enseignement principal de cette analyse est le recours important à l'argument selon lequel les négociations étaient *subject to contract*. Alors que l'absence d'engagement précontractuel n'est pas invoquée dans les arrêts analysés en droit français, elle représente 20% des cas de refus de la responsabilité en droit anglais. Cela confirme

l’analyse déjà opérée lors de la comparaison des droits selon laquelle le recours fréquent des parties et de leurs *solicitors* à des clauses *subject to contract* a un réel effet sur la responsabilité pour rupture des pourparlers. Un effet qui est également expliqué par l’analyse psychologique du droit.


Raison de refus
Uncertainty
Liberté de rompre
Absence d'accord
Subject to contract
Law property act 1989
Agreement to agree
Walford v. Miles obligation implicite bonne foi
Bonne foi respectée
Liberté négociations parallèles
Pas de reliance
Déloyauté victime


Raison de refus
10
9
8
7
6
5
4
3
2
1
0
Uncertainty
Liberté de rompre
Absence d'accord
Subject to contract
Law property act 1989
Agreement to agree
Walford v. Miles obligation implicite...
Bonne foi respectée
Liberté négociations parallèles
Pas de reliance
Déloyauté victime

## CONCLUSION DE LA SOUS-PARTIE 1

L’analyse statistique des décisions de justice permet de mieux comprendre les ressorts de la responsabilité pour rupture des pourparlers et de confirmer ou d’infirmer l’analyse doctrinale. Elle permet également de saisir les différences entre le droit français et le droit anglais et de comprendre les critères de la responsabilité retenus par les juges de part et d’autre de la Manche.

L’analyse économique et psychologique apporte une plus-value importante à cette comparaison pour expliquer les conditions de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

# SOUS-PARTIE 2 : ANALYSE ECONOMIQUE ET PSYCHOLOGIQUE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

307. Comme le défend notamment le Professeur Legrand[713], une analyse comparée des droits doit faire appel à une analyse pluridisciplinaire. Une telle analyse permettra de se départir des catégories juridiques et d'apporter un nouvel éclairage à la comparaison. Elle permettra de comprendre les éléments qui sous-tendent les décisions des juges.

L'analyse économique du droit (Titre 1) et l'analyse psychologique du droit (Titre 2) s'intéressent à négociation du contrat et permettent d'expliquer les décisions tant en droit français qu'en droit anglais relatives à la responsabilité pour rupture des pourparlers.

## TITRE 1 : ANALYSE ECONOMIQUE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

308. L'analyse économique a pris une importance croissante en droit. Comme l'indiquent MM. Cooter et Ulen en préface de leur ouvrage « *Law and Economics* », « ce qui a commencé comme une niche a grandi pour devenir l'un des outils les plus développés de l'analyse du droit »[714]. L'économie procure une théorie scientifique pour prévoir les effets d'une sanction juridique sur le comportement. Pour un économiste, les sanctions s'apparentent à des prix et les personnes répondent aux sanctions autant qu'ils répondent à une variation d'un prix[715]. L'économie peut être utile au juge ou à l'administration pour évaluer l'impact d'une règle sur la société et son efficience. On citera à ce titre les travaux du prix Nobel d'économie Jean Tirole[716] qui, aux confins de l'économie et du droit, a été distingué pour des travaux sur les effets économiques de la législation relative aux comportements anti-concurrentiels.

[713] P. Legrand, Le droit comparé », Presses universitaires de France, 3ème édition, 2009
[714] R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics*, 6th edition, 2016. *Berkley Law Books. Book 2:* "*what began as a scholarly niche has grown into one of the most widely tools in legal analysis* »
[715] Op. cit, p. 3
[716] J. Tirole, Economie du bien commun, PUF, 2018

L'intérêt de l'analyse économique du droit est également de procurer une meilleure connaissance de son propre système juridique en expliquant les mécanismes économiques sous-jacents[717].

309. L'application de l'analyse économique du droit au droit comparé est toutefois relativement récente. Les premiers travaux complets sur ce thème datent du début des années 2000 et notamment de l'ouvrage « *Comparative law and economics* » publié en 2003[718] même si plusieurs économistes avaient publié auparavant des articles sur des thèmes spécifiques. En France, la première véritable application est la thèse « Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat » du Professeur Laithier[719] bien que le Professeur Fabre-Magnan en ait déjà fait une application dans sa thèse relative à l'obligation d'information en droit des contrats[720].

310. Indépendamment de la dimension morale de la responsabilité pour rupture des pourparlers, plusieurs économistes se sont penchés sur la question de savoir qui doit supporter le coût de la négociation lorsque celle-ci ne parvient pas à son terme. La question n'est donc pas de savoir s'il faut sanctionner celui qui rompt mais si, économiquement, le fait d'imposer une responsabilité à l'une ou l'autre des parties entraînera une augmentation du gain social du contrat.

311. L'analyse économique du droit des contrats s'est fortement développée, notamment sous l'impulsion de Posner[721] et de Cooter & Ulen[722]. Toutefois, l'ampleur de l'analyse dépend des thématiques. Il existe une abondante littérature sur des questions telles que l'obligation précontractuelle d'information, l'imprévision, ou encore la rupture efficiente du contrat. En revanche, peu d'auteurs se sont penchés sur la question de la responsabilité pour rupture des négociations. Un ouvrage de référence tel que « *Law and Economics* »[723] de Cooter & Ulen n'y consacre que quelques lignes. De même, Kovac dans son ouvrage « *Comparative Contract Law and*

[717] H. Muir-Watt, Society of Legal Scholars, London, 5 Sept 2018: "*Law and economics provides an enlightment on one's legal system*"
[718] De Geest, G. and R. Van Den Bergh (eds), *Comparative Law and Economics*, Edward Elgar, 2003
[719] Y.-M. Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, tome 419, 2004
[720] M. Fabre-Magnan, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992
[721] R. Posner, « *Economic Analysis of Law* », Boston, Little, Brown, 1972
[722] Op. Cit
[723] R. Cooter and T. Ulen, op. cit

*Economics* »[724] ne s'intéresse qu'aux trois domaines cités et évite la question de la rupture des négociations. Il existe toutefois plusieurs analyses économiques du droit de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

312. Le postulat de base de l'analyse économique est d'étudier comment une société peut utiliser des ressources limitées pour obtenir la meilleure satisfaction possible. Ainsi, la consommation d'une famille sera limitée par son revenu. La production d'une entreprise sera limitée par l'étendue de ses moyens de production ou par sa capacité d'investissement.

La définition de l'efficience ne se confond pas avec son sens commun. Une société est considérée comme efficiente si, et seulement si, avec une certaine allocation des ressources, il n'est plus possible d'augmenter le bien-être d'un individu sans réduire celui d'un autre.

Pour MM. Schäfer et Ott, l'analyse économique du droit permet une meilleure compréhension du système juridique et ainsi améliore le processus de jugement[725].

Les juges utilisent intuitivement l'analyse économique du droit. La juridiction qui rend un jugement ne se contente pas d'évaluer les intérêts privés des parties en conflit. Elle doit également prendre en compte les intérêts de la société dans son ensemble. Les juges doivent évaluer l'effet de leur décision sur les comportements futurs de personnes confrontées à un conflit juridique similaire. Le juge évaluera également parmi les décisions possibles laquelle répond au plus près au bien commun et recueille le consensus[726].

L'analyse économique du droit permet d'anticiper le comportement des agents économiques. De ce point de vue, elle a beaucoup en commun avec une explication ou un pronostic scientifique.

313. La méthode d'analyse majoritairement utilisée est le principe de Pareto. Lorsqu'un agent économique effectue un choix, sa décision affecte d'autres agents économiques. Une décision économique sera efficiente au sens de Pareto si celle-ci améliore le bien être d'une personne sans réduire le bien-être d'une autre. Appliqué au droit des contrat, le principe de Pareto est atteint si le fait pour une partie de conclure

[724] M. Kovac, *Comparative Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016
[725] H. -B. Schafer & C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, p. 12
[726] Ibid., p. 15

un contrat améliore sa situation par rapport à la situation qu'il aurait en l'absence de contrat et qu'aucune autre personne ne voit sa situation dégradée[727]. Schäfer et Ott fournissent une définition de ce principe de Pareto. Considérons deux états de la société x et y, qui chacun sont une description complète de la société et de la situation des individus dans celle-ci. Si tous les membres de cette société préfèrent x à y ou si l'état de x ou y est indifférent pour tous excepté un qui préfère l'état x à y, alors l'état x est préférable à l'état y. On parlera d'un état Pareto supérieur ou d'une amélioration Pareto. Si, toutefois, tous les membres de la société sont indifférents à l'état x et y, alors la société est indifférente à x et y[728]. Bien entendu, l'analyse économique à l'aune du principe de Pareto n'est pas suffisante à la décision publique et il faudra prendre en compte d'autres critères économiques ou politiques. Par exemple, l'analyse au sens de Pareto milite pour une liberté de fixation du loyer sur le marché locatif. Un encadrement du loyer par l'Etat aura pour effet de réduire l'offre locative puisque les investisseurs vont se détourner de ce marché. Les primo-locataires auront donc du mal à trouver un logement. Mais un marché libre aura pour effet d'augmenter les loyers par rapport à un loyer encadré, réduisant ainsi le revenu disponible des locataires. L'Etat pourra donc, pour des raisons politiques, prendre une décision qui au sens de l'analyse économique du droit serait inefficiente.

314. En 1939, Kaldor et Hicks ont proposé un aménagement du principe de Pareto. Selon le principe de Kaldor-Hicks, un état social x est préférable à un état social y si ceux qui préfèrent l'état x peuvent compenser ceux qui préfèrent l'état y afin que l'état x soit indifférent pour ces derniers et que ceux qui préfèrent l'état x aient toujours une situation améliorée par rapport à l'état x après avoir compensé. Cette situation est celle de l'expropriation. La société sera dans son ensemble avantagée par la création d'une autoroute et les personnes dont le terrain est utilisé pour le passage de cette autoroute seront justement compensées par une indemnité égale à la valeur de leur terrain. La solution reste efficiente pour la société si celui qui indemnise n'est pas celui qui bénéficie de l'avantage. Ainsi, une loi peut autoriser le licenciement, procurant ainsi un avantage aux entreprises, alors qu'une autre loi indemnisera le chômage, compensant les travailleurs.

[727] Ibid., p. 22
[728] Ibid., p. 22

315. L'analyse de Pareto et de Kaldor-Hicks est convaincante. Il faudra tenir compte du fait que celle-ci est toutefois principalement basée sur une évaluation monétaire. Or, le paramètre monétaire ne peut pas être le seul à prendre en compte dans une décision économique. On retiendra cependant ce critère dans cette thèse pour deux raisons. Premièrement, l'analyse économique du droit des contrats se prête bien à approche fondée sur un critère monétaire. La plupart des contrats sont des échanges qui procurent un gain monétaire à une partie ou tout au moins un gain qui peut être évalué en argent. Deuxièmement, si le critère monétaire ne peut être unique, il permet des comparaisons. Certes le bien-être, le bonheur ou la vie peuvent difficilement être évalués en termes monétaires. Mais le droit français a lui aussi recours à des fictions monétaires pour évaluer l'indemnité due à une famille en cas de décès d'un membre par la faute d'un tiers, pour évaluer un taux d'incapacité ou pour évaluer le préjudice moral subi par une partie.

316. Il faut tenir compte également du fait que l'analyse économique du droit est fondée sur la fiction d'un *Homo Oeconomicus*. Les individus se comporteraient de manière rationnelle, cherchant à maximiser leur comportement. Entre les différentes alternatives possibles, ils préfèreraient celle qui augmente le plus leur utilité. Ils chercheraient à augmenter leur propre utilité et à défendre leurs propres intérêts et seraient capables de déterminer ce qui est bon ou mauvais pour eux. Si cette fiction est souvent confirmée en pratique, il se peut que les individus se comportent de manière irrationnelle. Il se peut également qu'un individu agisse pour des raisons qui ne ressortent pas de la rationalité individuelle mais obéissent à d'autres ressorts, tels que la conscience ou le bien social. Comme le rappelait Adam Smith dès 1759, « aussi égoïste que puisse être considéré un individu, il existe évidemment des principes de sa nature, qui l'intéressent dans la réussite des autres, et rendent leur bonheur nécessaire pour lui, bien qu'il n'en tire aucun bénéfice individuel excepté le plaisir de voir celui-ci »[729]. Il faudra donc tenir compte des limites à la rationalité des individus et de l'analyse comportementale.

[729] Smith 1759/1976, Ch 1, cité par H. -B. Schafer & C. Ott, T*he Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, p. 56

317. C'est une attaque en règle : dans un article « le droit des obligations et l'efficacité économique »[730], le professeur Denis Mazeaud milite pour une « résistance à la suprématie du marché »[731], voire à la « dictature du marché »[732]. Il déclare que « notre droit des obligations n'a pas encore succombé aux charmes de cette théorie qui repose sur une vision désincarnée et mercantile du contrat, réduit à un simple vecteur de profit. Le modèle contractuel français ne peut, en l'état et sans doute pour longtemps encore, balayer d'un revers de la main le principe moral du respect de la parole donnée qui lie les contractants et leur impose une fidélité scrupuleuse aux engagements souscrits. Dans le contrat version tradition civiliste, la liberté que les contractants ont contractuellement aliénée en s'engageant n'est pas monnayable, la parole donnée a une valeur qui n'a pas de prix, la confiance réciproque des contractants cristallisée dans le contrat qui les unit ne peut se diluer dans la compensation que verserait le débiteur, qui trouverait un intérêt particulier à la trahir, au créancier » [733]. Pour cet auteur, sur un plan culturel, « la résistance du droit français des obligations s'explique par sa dimension morale et sociale. Le droit est une science humaine qui ne peut avoir pour but exclusif l'efficacité économique, qui ne peut être irriguée par de règles reposant sur des calculs désincarnés et des équations modélisées. Le droit ne doit pas se réduire à la recherche de l'utile, il doit aussi poursuivre le juste ; le droit des obligations doit conjuguer non seulement le verbe avoir, mais aussi le verbe être »[734]. Sur un plan politique, « la résistance du droit français des obligations à l'impératif d'efficacité économique appréhendé comme une fin en soi s'explique en raison du libéralisme, si ce n'est de l'ultra-libéralisme, qui sous-tend le mouvement de l'analyse économique du droit. Or, beaucoup d'auteurs, s'ils ne succombent pas aux sirènes d'une vision sociale, voire solidariste, du droit des obligations demeurent attachés aux valeurs traditionnelles et humanistes sur lesquelles le droit est fondé »[735].

L'analyse économique du droit serait donc … ultralibérale.

---

[730] D. Mazeaud, « le droit des obligations et l'efficacité économique » in L'efficacité économique en droit, Economica, 2010
[731] Ibid. P. 81
[732] Ibid. p. 72
[733] Au sujet de la théorie de l'*efficient breach*
[734] Ibid. p. 70
[735] P. 70-71

318. Toutefois, cette critique est injustifiée. L'analyse économique du droit n'a pas de fondement idéologique. Elle est moralement neutre. Elle l'est, en tout cas, autant que l'analyse du droit. On se souvient en droit des contrats de l'opposition entre les auteurs « libéraux » menés par les professeurs Malaurie et Aynes et les auteurs « solidaristes » conduits par les professeurs Jamin ou Mazeaud. Le droit, comme l'économie, n'est donc pas neutre. La Doctrine peut avoir une vision orientée du droit, qu'elle défendra. Ce qui est vrai du droit doit également l'être de l'économie. Le prix Nobel d'économie, Jean Tirole, est ainsi un fervent promoteur de « l'économie du bien commun ». Les chercheurs en économie en France sont souvent classés entre des auteurs dits « libéraux » et des économistes « atterrés » opposés à une vision libérale de l'économie.

319. Cette thèse n'a pas pour objet de prendre parti mais vise à conserver, autant que faire se peut, une neutralité idéologique sur la vision de l'analyse économique du droit. Et il se trouve qu'en ce qui concerne la responsabilité pour rupture des pourparlers, l'analyse économique du droit conduit à dégager, voire proposer, des solutions qu'un juriste qualifierait de « solidaristes ».

320. On rejoindra le Professeur Mazeaud sur le fait que l'analyse économique du droit et la recherche de l'efficience ne doit pas constituer « l'*alpha* et l'*oméga*, la cause et la fin unique »[736] du droit. Comme le rappelle le Professeur Muir-Watt, « l'analyse économique a pour intérêt essentiel d'éclairer les effets que les diverses solutions juridiques possibles peuvent produire sur le comportement des justiciables en fonction de leurs coûts respectifs ; il revient ensuite au droit de trancher, avec ses propres valeurs, parmi lesquelles la réduction des coûts et l'accroissement des richesses ont certainement leur place – que personne ne prétend exclusive »[737]. Comme on l'a vu pour l'analyse comparée du droit ou comme on le verra pour l'analyse psychologique du droit, l'analyse pluri-disciplinaire ne donne que des pistes d'explication des phénomènes juridiques. Ainsi, il peut être économiquement efficient de rompre un contrat, mais le rôle du droit n'est pas seulement de rechercher une

[736] Ibid. p. 70
[737] H. Muir-Watt, in Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004, Préface, p. VII

solution efficiente mais d'organiser la vie en société. Le droit peut - et doit - donc mettre des limites à la recherche de l'efficience. Pour mettre en lumière cette critique, peu d'auteurs remettent en cause le principe de liberté contractuelle. Et tous reconnaissent que cette liberté ne peut pas être absolue et ne peut pas permettre de conclure un contrat contraire à l'ordre public par exemple.

321. On pourrait être tenté par l'argument développé par Mme Graziadei selon lequel l'efficience économique d'une règle peut expliquer sa diffusion dans d'autres systèmes juridiques et justifier sa transplantation[738]. Toutefois, l'analyse économique du droit, comme la comparaison des droits, n'a pas nécessairement un rôle normatif d'identifier la meilleure solution. En outre, la « meilleure » solution pour un système juridique ne dépend pas que de critères économiques mais aussi de critères culturels et sociaux. Pour ne prendre que quelques exemples récents, il est indéniable que le contrôle du comportement des individus à l'aide de caméras, mis en place en Chine, fournit une solution aux crimes et autres comportements non civiques et serait probablement promu par l'analyse économique comme une solution économiquement « efficiente ». Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement qu'une telle solution serait désirable en Europe, tant elle s'oppose à la conception européenne du respect de la vie privée. L'analyse économique ne peut pas non plus être le seul élément à prendre en compte pour accepter ou non la peine capitale en cas de crime. De la même manière, une réglementation « efficiente » de la période précontractuelle pourrait être rejetée comme contraire à un principe tel que la liberté contractuelle.

322. Comme le défend le Professeur Muir-Watt, « jusqu'ici, en France, l'analyse économique du droit n'a que très rarement été mise au service de l'étude du droit civil et s'est généralement vue opposer des arguments identiques à ceux qu'y suscite le spectre de l'utilitarisme, lequel évoque une priorisation des finalités économiques par rapport aux valeurs morales ou sociales, et par conséquent l'instrumentalisation du droit par le marché. Cependant, il importe de ne pas confondre la philosophie utilitariste avec le libéralisme économique, lequel n'exclut aucunement que le droit impose ses décisions au marché ; il convient pareillement de dissocier les services que

[738] M. Graziadei, *Comparative Law as a Study of Transplants and Receptions*, Reinmann & Zimmermann, 2006, p. 459; voir aussi R. Caterina, *Comparative Law and Economics*, Smits, 2012, p. 162

peut rendre une approche économique en tant qu'outil d'analyse du raisonnement juridique, des choix idéologiques qui peuvent ensuite être effectués en connaissance de cause »[739]. On remarquera qu'aucune analyse économique du droit de la rupture des pourparlers ne semble avoir été faite en France.

Loin d'être un outil d'une liberté au service d'un capitalisme débridé, l'analyse économique du droit fournit des arguments solides à la reconnaissance d'un solidarisme précontractuel (Sous-titre 1). Elle justifie également les positions françaises et anglaises qui donnent effet aux déclarations précontractuelles (Sous-titre 2).

## SOUS-TITRE 1 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT, INSTRUMENT DE SOLIDARISME ET DE JUSTICE PRECONTRACTUELS

323. La neutralité de l'analyse économique du droit n'a pas pour objet de promouvoir l'individualisme. L'analyse économique du droit de la responsabilité précontractuelle milite au contraire pour une extension du devoir de collaboration entre les parties à la négociation. Au stade de la négociation, l'analyse économique du droit est en effet non pas le promoteur de l'autonomie de la volonté mais du solidarisme contractuel et de la justice précontractuelle.

Selon Demogue, « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile et commerciale »[740]. Le Professeur Mazeaud ajoutait « Au fond, la théorie du solidarisme contractuel rime avec l'exigence d'un certain civisme contractuel, au nom duquel le contrat peut être envisagé comme une union d'intérêts relativement équilibrés, un

[739] H. Muir-Watt, in Y.-M. Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004, Préface, p. VII
[740] R. Demogue, Traité des obligations en général », T IV, 1931, n° 3

instrument de coopération loyale, une œuvre de confiance mutuelle »[741]. Or, le solidarisme et la morale ne se confondent pas. Le fait que chacun doive « travailler à un but commun », pour reprendre les termes de Demogue, ne signifie pas, pour reprendre la critique souvent formulée outre-Manche, qu'une partie doit aliéner son propre intérêt aux intérêts de l'autre.

Le Professeur Muir-Watt rappelle qu'il « est caricatural d'opposer systématiquement le juste et l'efficace ; être efficace, ce n'est pas nécessairement être juste »[742]. L'analyse de la jurisprudence confirme qu'en matière de responsabilité pour rupture des négociations, le juste se confond souvent avec l'efficacité économique.

L'analyse économique montre l'efficience de la collaboration précontractuelle (Chapitre 1) et définit les critères d'application de ce principe par des juges (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : LA COLLABORATION PRECONTRACTUELLE, FACTEUR D'EFFICIENCE

324. Même en l'absence de comportement contraire à des considérations morales, le fait de reconnaître la responsabilité d'une partie du fait de la rupture des négociations peut être justifiée par l'économie. En effet, le juge est plus enclin à accorder une réparation si celle-ci permet de répartir de manière efficiente le coût de la négociation et incite les parties à entrer en négociation ou à conclure un contrat. Avant que les parties parviennent à un accord sur les termes d'un contrat, il peut en effet y avoir une longue période pendant laquelle les parties vont négocier ces termes. Elles peuvent réaliser des investissements précontractuels qui augmenteront la valeur du projet si le contrat est conclu. L'existence – ou non - de règles juridiques imposant une responsabilité en cas d'échec des pourparlers influence le souhait des parties de réaliser ces investissements précontractuels[743].

[741] D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », LPA, 7 mai 2004, n° 92, p. 47
[742] H. Muir-Watt, in Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, 2004, Préface, p. V.
[743] T. Novakova, "*Should law interfere with failed negotiations? Notes on economic analysis of pre-contractual reliance*", 14 Common law review (2017) p. 29

Les professeurs Bebchuk et Ben-Shahar, dans un article intitulé « *Pre-contractual Reliance* »[744], ont apporté une justification économique à la reconnaissance d'une responsabilité précontractuelle. Leur analyse se place en situation de symétrie d'information. Chacune des parties connaît l'ensemble des informations relatives aux coûts et gains, à l'investissement précontractuel réalisé par l'autre et à l'impact de cet investissement précontractuel sur la valeur du contrat. Confronté à cette situation, les auteurs s'interrogent sur la question de savoir si une responsabilité précontractuelle inciterait les parties à réaliser des investissements précontractuels optimaux.

L'intérêt économique de la négociation dépend du gain social du contrat (Section 1) et de l'opportunité d'investir (Section 2).

## SECTION 1 : DETERMINATION DU PRIX D'EQUILIBRE ET DU GAIN SOCIAL DU CONTRAT

325. La négociation d'un contrat conduira les parties à atteindre un prix d'équilibre si la négociation parvient à son terme.

Pour présenter ce prix d'équilibre, on peut prendre un exemple. La société Sell, marchand de biens, vend un local commercial. Elle est entrée en négociation avec la société Buy, investisseur qui aimerait acheter ce local afin de le mettre en location et percevoir un revenu. La société Sell a acheté ce bien pour 100.000 euros et a réalisé 20.000 euros de travaux. Elle ne peut donc pas vendre moins de 120.000 euros sans perdre de l'argent. La société Buy sait que son investissement sera bénéficiaire si elle acquiert le local pour 130.000 euros au maximum[745].

---

[744] Bebchuk & Ben-Shahar, "*Pre-contractual Reliance*", *The Journal of Legal Studies*, volume 30 (2001), pages 423–457

[745] Dans un souci de simplification et de clarté du raisonnement, cet exemple prend en compte la vente d'un local immobilier. Le même raisonnement s'appliquerait pour l'achat d'un lecteur DVD par un revendeur pour un prix compris entre 120 et 130 euros ou d'un avion pour un prix compris entre 120 et 130 millions d'euros. De même, ce raisonnement s'appliquerait en dehors du domaine du contrat de vente, par exemple dans la négociation d'un contrat de travail ou de prestation de services. S'agissant d'un contrat de travail, on pourrait avoir un raisonnement analogue si un salarié n'était pas prêt à accepter une offre d'emploi à moins de 20.000 euros et qu'un employeur ne pouvait pas payer un salarié plus de 30.000 euros. On pourrait alors évaluer l'opportunité de

Dans les conditions de cet exemple, en l'absence de coûts de négociation, le prix auquel aboutira la négociation de ce contrat sera fixé entre 120.000 et 130.000 euros, à un prix dépendant du pouvoir respectif de négociation des parties. Chaque partie va maximiser son gain. Ainsi, le prix de vente s'établira à un prix d'équilibre entre l'offre et la demande.

Ce prix dépendra du pouvoir de négociation respectif des parties (I) et des conséquences d'un investissement précontractuel (II).

## I- LA DETERMINATION DU POUVOIR DE NEGOCIATION RESPECTIF DES PARTIES

Le prix d'équilibre ne sera pas le même selon que les parties ont un pouvoir égal de négociation (A) ou un pouvoir de négociation déséquilibré (B).

### A- L'égalité de pouvoir de négociation

326. Si les parties sont totalement égales, elles partageront le gain de la négociation par parts égales. Le prix pourrait s'établir à 125.000 euros.

Le gain social du contrat consiste en la différence entre la valeur de l'objet du contrat pour l'acheteur et la valeur pour le vendeur.

Dans ce cas, le gain social du contrat est de 10.000 euros. La société dans son ensemble s'est enrichie de 10.000 euros car la valeur du local était de 120.000 euros pour Sell et de 130.000 pour Buy.

Le gain de la négociation sera réparti de manière équilibrée entre Sell et Buy. Sell réalisera un gain de 5.000 euros. Buy réalisera un gain de 5.000 euros également.

payer une formation d'un coût de 5.000 euros tel qu'un permis poids lourds qui permettrait d'augmenter le salaire annuel de 10.000 euros, l'employeur vendant ses prestations plus chères.

| | | |
|---|---|---|
| Prix maximum que l'acheteur est prêt à payer (V) | V | 130 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter (C) | C | 120 |
| Gain social (G) | G | 10 |
| Part du gain social reçue par B (G(b)) | G(b) | 5 |
| Part du gain social reçue par S (G(s)) | G(s) | 5 |

Tableau 1 : Répartition du gain social du contrat en l'absence d'investissement si les parties ont un pouvoir de négociation égal

## B- Le déséquilibre du pouvoir de négociation

327. En présence d'une négociation déséquilibrée, une partie profitera plus que l'autre du gain généré par la conclusion du contrat. Si l'acheteur est en position de force, il poussera les prix à la baisse. Si le vendeur est en position de force, le prix augmentera[746].

Ainsi, si l'acheteur est en position de force dans la négociation et dispose de 80 % de pouvoir de négociation contre 20 % pour le vendeur, du fait du pouvoir respectif des parties dans la négociation, le prix s'établira à 122.000 euros soit 130 x 20% + 120 x 80%.

Le gain social du contrat est toujours de 10.000. Le gain social du contrat sera réparti à 80 % pour l'acheteur et 20 % pour le vendeur. Sell réalisera un gain de 2.000. Buy réalisera un gain de 8.000.

[746] C'est la situation qu'on rencontre par exemple dans la négociation entre un petit agriculteur et une centrale d'achat de grande distribution. Le pouvoir de négociation de l'acheteur lui permettra de négocier fortement les prix à la baisse. Dans notre exemple de vente d'un local commercial, la différence de pouvoir de négociation pourrait venir du fait qu'il existe peu de locaux à vendre et que l'acheteur a réellement besoin d'un local, ou au contraire que l'acheteur a plusieurs possibilités d'implantation alors qu'il existe de nombreux locaux à vendre dans ce quartier.

| | | |
|---|---|---|
| Prix maximum que l'acheteur est prêt à payer (V) | V | 130 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter (C) | C | 120 |
| Gain social (G) | G | 10 |
| Part du gain social reçue par B (G(b)) | G(b) | 8 |
| Part du gain social reçue par S (G(s)) | G(s) | 2 |

Tableau 2 : Répartition du gain social du contrat en l'absence d'investissement si les parties ont un pouvoir de négociation de 80% pour l'acheteur et 20% pour le vendeur

## II- CONSEQUENCES D'UN INVESTISSEMENT

L'analyse économique du droit explique les conséquences d'un investissement sur le gain social du contrat (1). Il sera donc possible de déterminer un point optimal d'investissement (2).

### A- La recherche du niveau optimal d'investissement

328. A partir de ce prix de référence, les parties vont envisager l'opportunité d'investir dans la négociation.

L'investissement consistera en une dépense précontractuelle en temps, en acquisition d'information, ou en argent. Comme tout investissement, la motivation pour investir sera d'obtenir un retour sur investissement, c'est-à-dire que le gain généré par cet investissement couvre ou dépasse le coût de l'investissement.

La décision d'investir dépendra de la manière dont le coût de la négociation est supporté par chaque partie.

Buy peut réaliser une étude de marché afin de connaître le chiffre d'affaires prévisionnel de son entreprise et donc le prix d'achat maximum du local. Sell peut réaliser une étude de coût afin de préciser le prix de revient de son local. Chacune de ces dépenses va générer une variation du coût de revient du local (C) ou du prix maximum que Buy est prêt à dépenser pour ce local (V).
Dans notre exemple, le gain social du contrat (G) en l'absence d'investissement est de 10.000 car V=130.000 et C=120.000.
G = V – C

Le niveau optimal d'investissement est celui qui optimise le gain social du contrat, déduction faite des dépenses d'investissement.
Ainsi, il faudra déterminer pour chaque investissement réalisé par une partie dans la négociation si cet investissement entraîne un surplus de gain social.
Une dépense ne sera économiquement désirable que si elle augmente *in fine* le gain social dégagé par le contrat c'est-à-dire G – Rb (dépenses d'investissement de l'acheteur) – Rs (dépenses d'investissement du vendeur) [747].

Cette situation peut être illustrée par un exemple. Si Buy réalise une étude thermique d'un coût de 2.000 euros. Cette étude lui permet d'évaluer plus cher le loyer qu'elle pourra percevoir d'un potentiel locataire. Ainsi, l'acheteur pourrait être prêt à payer jusque 136.000 euros au lieu de 130.000. Dans ce cas, l'investissement est socialement désirable car l'investissement de 2.000 euros entraînera une augmentation de V de 6.000 euros et donc une augmentation de G (V - C) de 6.000 euros. Déduction faite des dépenses d'investissement, la société dans son ensemble se sera enrichie de 4.000 euros du fait de cet investissement. En revanche, si l'investissement de 2.000 euros permettait d'augmenter le gain social G de 1.000 euros seulement (un investissement de 2.000 entraînant une augmentation de V à 131.000), la dépense ne serait pas économiquement souhaitable car le gain total de ce contrat pour la société serait alors de 131.000 – 120.000 – 2.000 soit 9.000, soit un montant moindre que le gain total en l'absence d'investissement (10.000).

[747] Pour être complet, il faudrait ajouter le critère de la probabilité que la négociation parvienne à son terme ainsi que la valeur résiduelle de l'investissement précontractuel en cas d'échec de la négociation. On abordera ces notions plus tard mais on ne les prendra pas en compte à ce stade afin de ne pas surcharger le raisonnement. Dans cet exemple, la probabilité que la négociation parvienne à son terme serait donc de 100% et la valeur résiduelle serait de 0.

## B- La détermination du point optimal d'investissement

329. Il s'agira donc de trouver le point optimal d'investissement, c'est-à-dire le point auquel une somme d'investissement supplémentaire ne génère pas de surplus de gain pour la société.

Ainsi, si une étude sommaire de 2.000 euros permet d'évaluer le prix maximum d'achat du local à 136.000, le gain total est de 136.000 – 120.000 – 2.000 soit 14.000. Il est économiquement souhaitable car, en l'absence d'investissement, le gain total serait de 10.000.

Si une étude thermique plus poussée de 4.000 euros permet d'évaluer le prix maximum d'achat du local à 140.000 euros, le gain total du contrat sera alors de 140.000 – 120.000 – 4.000 soit 16.000. L'investissement entraîne un gain social du contrat plus important par rapport à l'absence d'investissement. De plus, le surplus d'investissement sera souhaitable comparé à une étude sommaire car le surplus d'investissement (2.000 euros) entraînera une augmentation du gain total du contrat de 4.000 euros. En revanche, si l'étude poussée de 4.000 euros entraînait une évaluation du prix maximum d'achat à 137.000 euros, l'investissement génèrerait un gain absolu par rapport à l'absence d'investissement mais ne serait pas souhaitable car le surplus d'investissement ne serait pas couvert par le surplus de gain. En effet, un investissement de 2.000 euros entraînant une évaluation à 136 millions, l'investissement de 2.000 euros supplémentaires ne permettrait d'ajouter que 1.000 euros à l'évaluation. La société dans son ensemble serait donc appauvrie de 1.000 euros par cet investissement supplémentaire.

De même, Buy n'aura pas intérêt à réaliser une étude de marché plus coûteuse que 4.000 euros si le gain généré pour le contrat est inférieur au surplus d'investissement.

Le raisonnement sera identique si la dépense réalisée par Buy entraîne une diminution du coût pour Sell. Ainsi, si Buy fait réaliser une étude fiscale pour 1.000 euros et que cette étude permet à Sell de réduire l'évaluation de son coût à 117.000 euros (par exemple en lui permettant de déduire fiscalement les travaux réalisés ou d'obtenir une subvention pour ceux-ci), le gain total généré par ce contrat sera de 130.000 – 117.000

– 1.000 soit 12.000 et cette dépense sera donc économiquement désirable par rapport à l'absence d'investissement.

Le raisonnement sera le même s'agissant des dépenses réalisées par Sell qui ont un impact sur V ou C, c'est-à-dire par exemple si c'est Sell qui réalise l'étude thermique qui impacte le prix maximum d'achat payé par Buy ou réalise l'étude fiscale qui lui permet d'obtenir une subvention ou de déduire fiscalement le coût des travaux.

Dès lors qu'on connaît le gain social du contrat et le niveau optimal d'investissement, on peut étudier l'impact de chaque régime de responsabilité sur le gain social du contrat.

## SECTION 2 : L'OPPORTUNITÉ D'INVESTIR DANS LA NÉGOCIATION SELON LE NIVEAU DE RESPONSABILITÉ

Le fait que le droit impose une responsabilité précontractuelle a un impact direct sur l'incitation des parties à investir dans la négociation. Il est donc utile de rechercher quel régime de responsabilité est le plus efficient, selon que chaque partie supporte ses frais de négociation (I), qu'une partie doive rembourser intégralement les frais de négociation engagés par l'autre en cas d'échec de la négociation (II) ou que ces frais sont partagés entre les parties (III).

### I- L'OPPORTUNITE D'INVESTIR SI CHAQUE PARTIE SUPPORTE SES PROPRES FRAIS DE NEGOCIATION

L'opportunité d'investir dépend de plusieurs critères. Il faudra notamment tenir compte du rapport de forces entre les parties à l'occasion de la négociation et de la répartition de la charge des investissements précontractuels. On peut tout d'abord analyser l'opportunité d'investir lorsque chaque partie supporte ses frais de négociation. En comparant avec la situation en l'absence d'investissement précontractuel, on peut déterminer s'il est efficient pour une partie d'investir dans la

négociation. La solution sera différente selon que les parties ont un pouvoir égal (A) ou inégal (B) de négociation.

## A- <u>Analyse du niveau optimal d'investissement de l'acheteur en situation d'égalité et lorsque chaque partie supports ses propres coûts.</u>

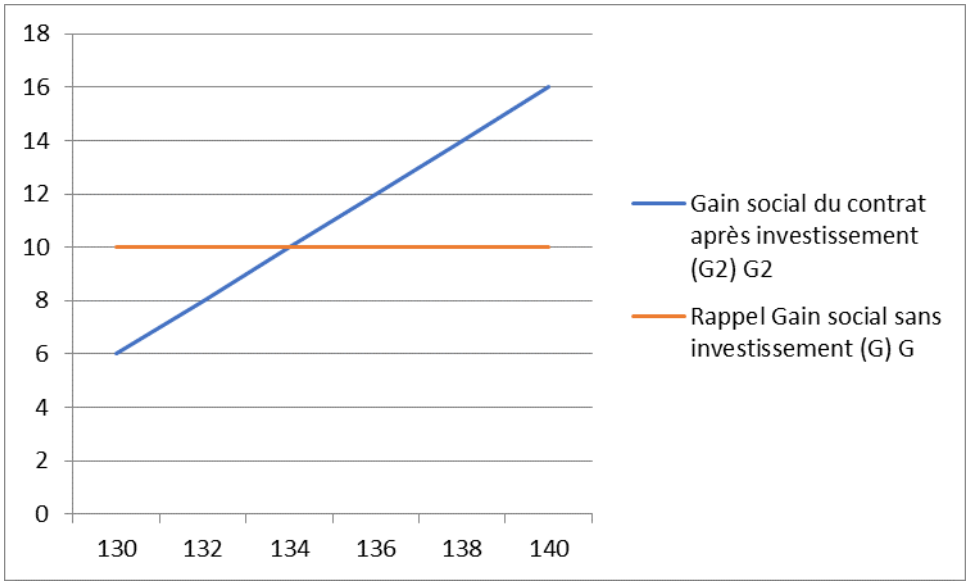
330. La situation d'égalité signifie qu'aucune des parties n'est en position de force par rapport à l'autre dans la négociation.

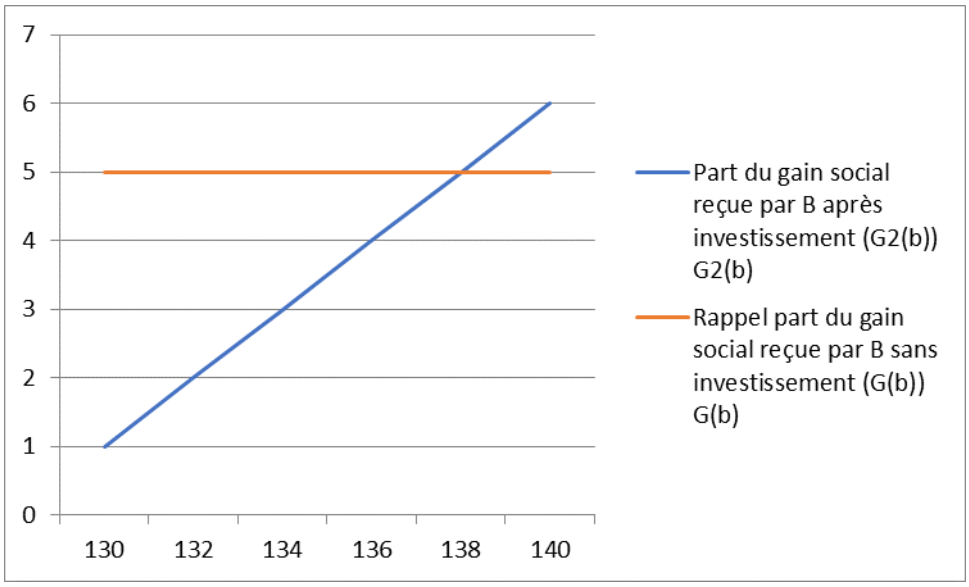
Chaque partie supporte ses propres coûts lorsqu'elle ne pourra obtenir aucun remboursement de tout ou partie de ses dépenses d'investissement en information de la part de l'autre partie en cas d'échec des négociations.

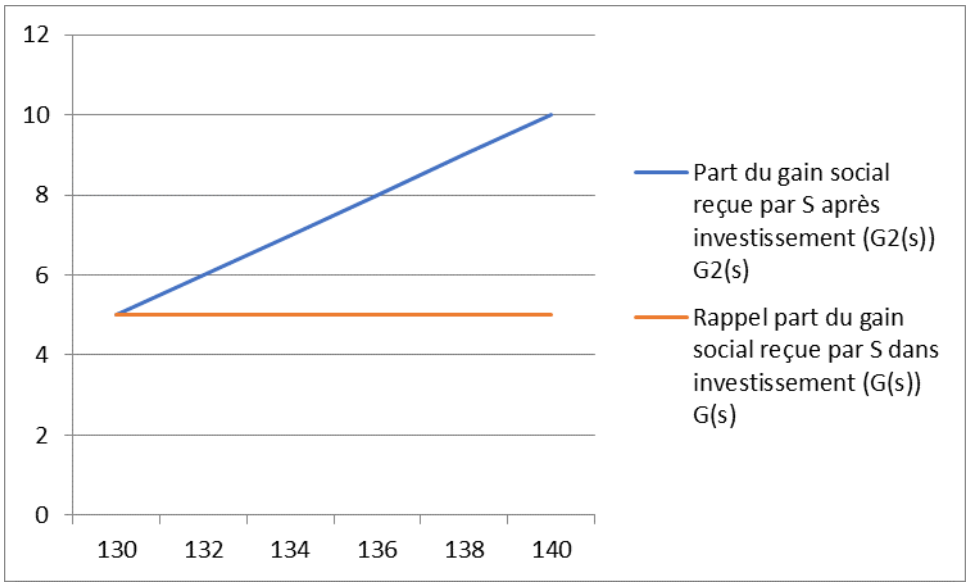
Le tableau ci-dessous reprend cette hypothèse et analyse l'intérêt pour l'acheteur d'investir dans la négociation selon le gain procuré par cet investissement.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 134 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement ( C2 ) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | **10** | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 125 | 126 | 127 | 128 | 129 | 130 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 1 | 2 | 3 | 4 | **5** | 6 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | **5** | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
| | | | | | | | |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |

Tableau 3 : Investissement réalisé par l'acheteur (B) et supporté par l'acheteur (B) en cas d'échec de la négociation / égalité de pouvoir de négociation


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


7
6
5
4
3
2
1
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) G2(b)
Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) G(b)




331. Dans cet exemple, si l'acheteur réalise l'investissement et supporte lui-même celui-ci, il n'a intérêt à investir que si l'investissement de 4.000 euros permet d'augmenter le prix d'achat de 8.000 euros, à 138.000. Or, le gain social augmente dès que l'investissement permet d'évaluer le prix d'achat au-delà de 134.000. Lorsque les parties ont un pouvoir de négociation égal et qu'elles supportent leurs propres frais de négociation, les parties ont intérêt à investir dans la négociation tant que le gain généré par cet investissent sera égal au double de l'investissement, le gain généré étant partagé par moitié.

En situation d'égalité de pouvoir de négociation, la règle selon laquelle chaque partie supporte ses propres frais de négociation ne conduit donc pas à un investissement optimal. Cette règle aboutit en effet à un sous-investissement de la partie qui supporte les frais de négociation.

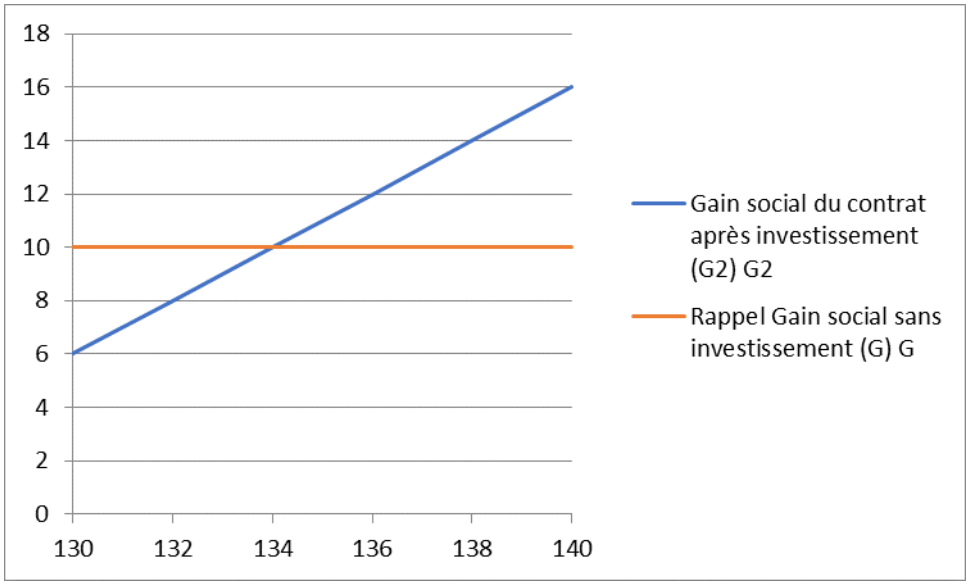
## B- Analyse du niveau optimal d'investissement du vendeur en situation d'inégalité au profit de l'acheteur et lorsque chaque partie supporte ses propres coûts.

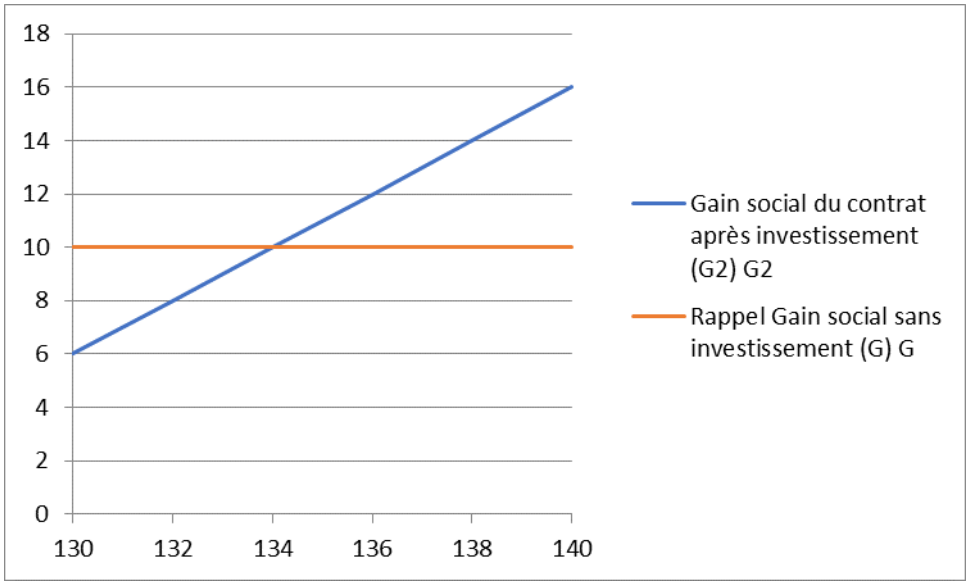
332. Les exemples du cas précédent sont pris dans une situation dans laquelle le pouvoir de négociation de chaque partie est égal. En présence d'un pouvoir de négociation inégal des parties, la limite à partir de laquelle la partie qui dispose du pouvoir de négociation le plus étendu n'a plus intérêt à investir est plus élevée.

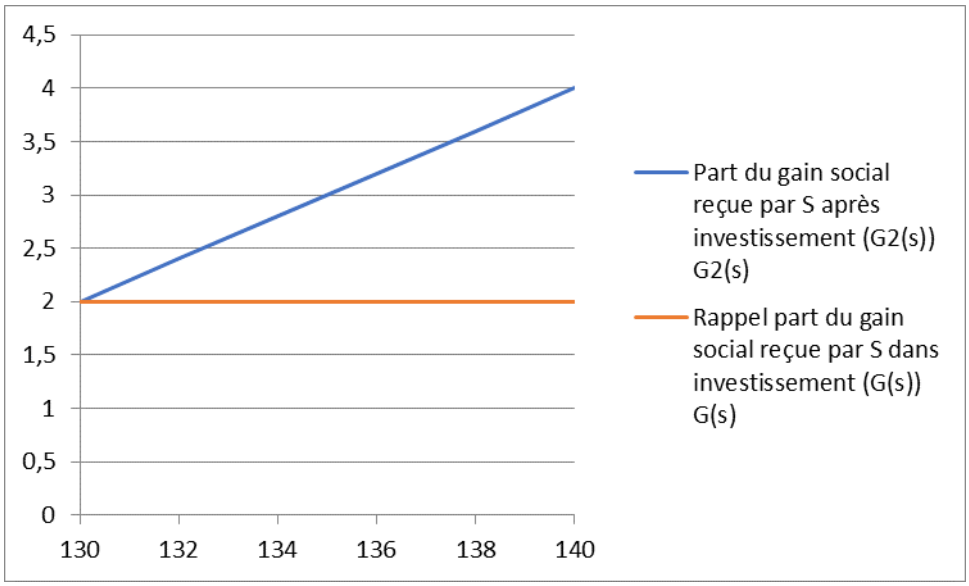
Si on reprend l'exemple précédent, mais qu'on estime que le rapport de force entre les parties lors de la négociation est déséquilibré, le vendeur a absolument besoin de vendre le local alors que celui-ci ne présente pas un intérêt majeur pour l'acheteur. Dans ce cas, le gain de la négociation sera réparti non pas par moitié mais selon un rapport qui pourrait être 80% pour l'acheteur et 20% pour le vendeur.

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 134 | 135 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement (C2) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | 10 | 11 | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 122 | 122,4 | 122,8 | 123 | 123,2 | 123,6 | 124 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 4 | 5,6 | 7,2 | 8 | 8,8 | 10,4 | 12 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | 2 | 2,4 | 2,8 | 3 | 3,2 | 3,6 | 4 |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |

Tableau 4 : Absence de responsabilité et déséquilibre du pouvoir de négociation (Acheteur 80%, vendeur 20%). L'acheteur investit et supporte le coût en cas d'échec de la négociation


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


4,5
4
3,5
3
2,5
2
1,5
1
0,5
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) G2(s)
Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) G(s)

Alors que, dans une négociation égalitaire, Buy n'avait intérêt à investir les 4.000 euros que s'ils généraient un surplus de 8.000 euros, dans cette négociation inégalitaire, Buy aura intérêt à investir les 4.000 euros s'ils entraînent un surplus d'au moins 5.000 euros. A l'inverse, si Buy était en position d'infériorité, le retour sur investissement devrait être d'autant plus important pour rentabiliser cette dépense précontractuelle.

333. Ces exemples montrent que la répartition du pouvoir de négociation n'a pas d'influence sur le gain social du contrat par rapport à une négociation égalitaire.
En revanche, le pouvoir de négociation d'une partie par rapport à l'autre lui permet de profiter d'une part plus importante de son investissement. Ainsi, si l'acheteur, en position de force, supporte lui-même le coût de son investissement, la limite jusque laquelle l'investissement lui sera profitable sera plus élevée que dans une négociation égalitaire.

Comme on peut le remarquer, ici aussi, le niveau d'investissement n'est pas optimal. En effet, l'investissement de 4.000 euros réalisé par Buy n'entraînera pour lui un surplus que si celui-ci entraîne une augmentation du prix d'achat de 5.000 euros. Or, le gain social du contrat augmente dès que l'investissement de 4.000 euros entraîne une augmentation du prix d'achat de 4.000 euros.

Lorsque les parties sont en situation d'inégalité, il n'est donc pas économiquement optimal de faire supporter le coût de l'investissement dans la négociation par une seule des parties. Ici aussi, on assistera à un sous-investissement de celui qui supporte les frais de négociation par rapport au niveau d'investissement optimal.

Cette conclusion serait la même que Buy ou Sell investisse, et quel que soit leur pouvoir de négociation respectif.

334. Dans ces deux exemples, le postulat de départ était que l'acheteur supportait lui-même le coût de ses propres investissements. Cette situation correspond à une situation d'absence de responsabilité précontractuelle pour rupture des négociations.
L'analyse économique montre clairement que cette situation n'est pas efficiente.

En effet, le niveau optimal d'investissement, correspondant au niveau auquel il est socialement désirable d'investir, est plus élevé.

Dans les exemples 1 et 2, il est socialement désirable d'investir tant que l'investissement génère un surplus de gain social (>=0) par rapport à la situation existant en l'absence d'investissement, c'est-à-dire ici lorsque l'investissement de 4.000 euros entraîne un bénéfice social d'au moins 4.000 euros.

En revanche, Buy n'a pas intérêt à investir, dans l'exemple 1, si l'investissement entraîne un gain de moins de 8 millions d'euros et, pour l'exemple 2, si l'investissement entraîne un gain de moins de 5 millions d'euros.

Ainsi, quand la partie qui investit supporte le coût de l'investissement, elle va systématiquement sous-investir par rapport au niveau optimal d'investissement. La situation s'inverse si les parties doivent intégralement rembourser les frais précontractuels engagés par l'autre partie.

## II-LA RESPONSABILITE TOTALE DES PARTIES

335. La responsabilité totale consiste à faire supporter par chaque partie, lors de la rupture des négociations, l'ensemble des investissements réalisés par l'autre partie. Autrement dit, cette solution consiste à permettre à chaque partie de faire supporter par l'autre partie les investissements qu'elle a elle-même engagés dans la négociation du contrat.

Imposer une responsabilité totale des parties ne semble pas être une solution adéquate d'un point de vue économique.

Imaginons que, dans les exemples 1 et 2, l'étude de marché soit réalisée non pas par Buy mais par Sell, mais qu'elle soit *in fine* supportée par Buy à l'issue des négociations. Dans ce cas, la répartition du gain issu de la négociation serait la même que si Buy engageait lui-même l'investissement et en supportait le coût.

Cependant, la décision d'investir reposant cette fois sur Sell, celui-ci investira tant que lui-même tirera un bénéfice de la transaction.

La reconnaissance d'une responsabilité totale des parties est inefficiente car elle conduira à un phénomène de surinvestissement.

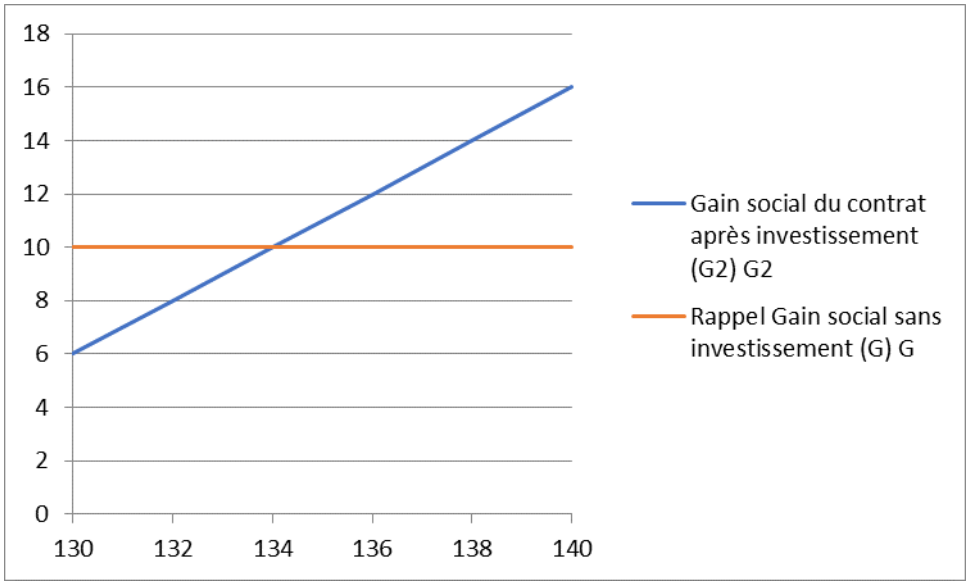
Ici aussi, on peut séparer l'analyse selon que les parties ont un pouvoir de négociation équilibré (A) ou déséquilibré (B).

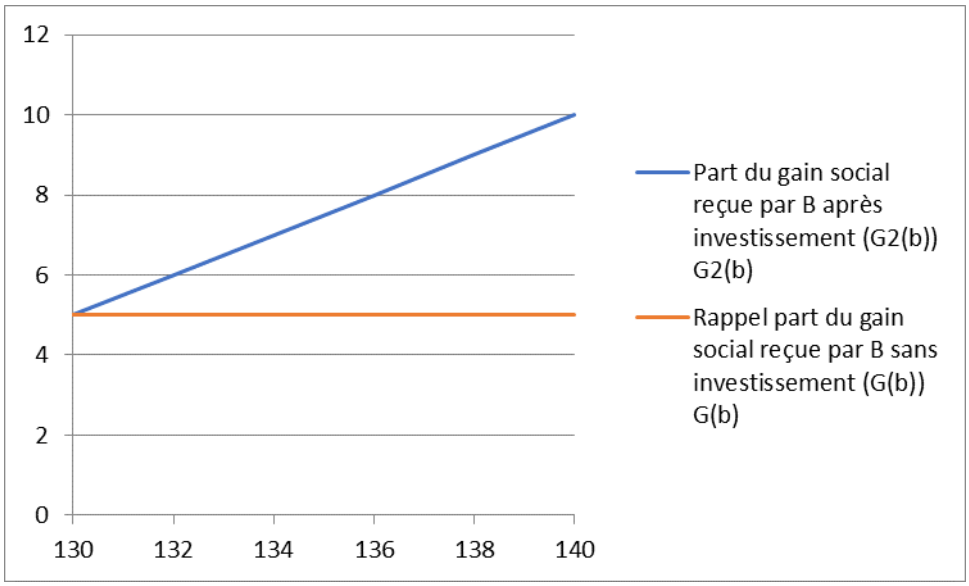
## A- La responsabilité totale dans une négociation équilibrée.

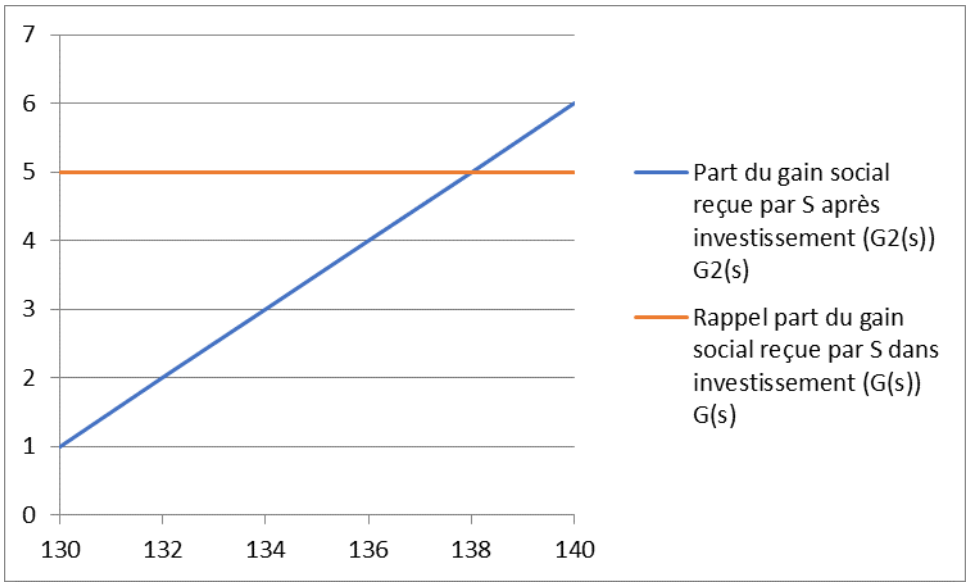
336. En présence d'une négociation équilibrée, alors que le gain social dégagé par le contrat décroît si l'investissement de 4.000 euros n'est pas compensé par une hausse de la valeur d'au moins 8.000 euros, Sell continuera à investir tant que son gain individuel croît.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 134 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement (C2) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | 10 | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 125 | 126 | 127 | 128 | 129 | 130 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 |
| | | | | | | | |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |

Tableau 5 : Responsabilité totale / Egalité de pouvoir de négociation / investissement réalisé par l'acheteur B et supporté par le vendeur S.


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) G2(b)
Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) G(b)




337. Si l'investissement de 4.000 euros entraîne une augmentation de la valeur du local de 2.000 euros, le gain social sera de 132 – 120 – 4 soit 8. Le prix d'équilibre s'établira à 126, ce qui conduira à un gain individuel pour Buy de 132 – 126 – 4 soit 2 et pour Sell de 126 – 120 soit 6. Par rapport à l'absence d'investissement, le gain social du contrat a donc diminué de 2.000 euros et le gain individuel de Buy a diminué de 3.000 euros. Cette importante dépense d'investissement a permis d'augmenter le gain individuel de Sell de 1.000 euros…

Ainsi, cet exemple montre qu'en situation de responsabilité totale, si chaque partie doit rembourser à l'autre la totalité de son investissement, une partie aura intérêt à investir alors même que le gain social du contrat et le gain social pour l'autre partie diminue. Cette situation n'est donc pas efficiente puisqu'elle conduit à un surinvestissement par rapport à l'atteinte du gain social optimal.

## B- La responsabilité totale en présence d'une négociation déséquilibrée

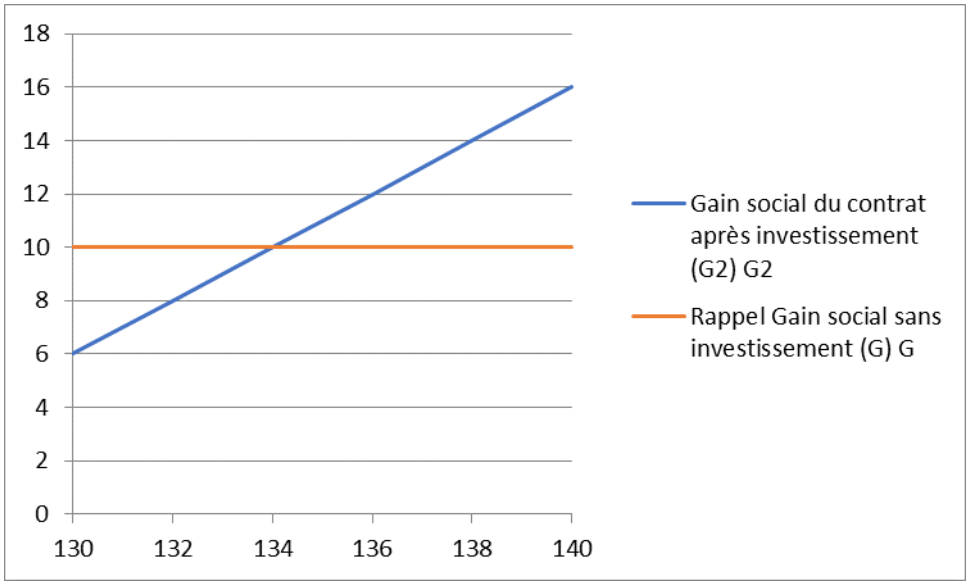
338. En présence d'une négociation déséquilibrée, une partie dispose d'un pouvoir de négociation plus élevé que l'autre.

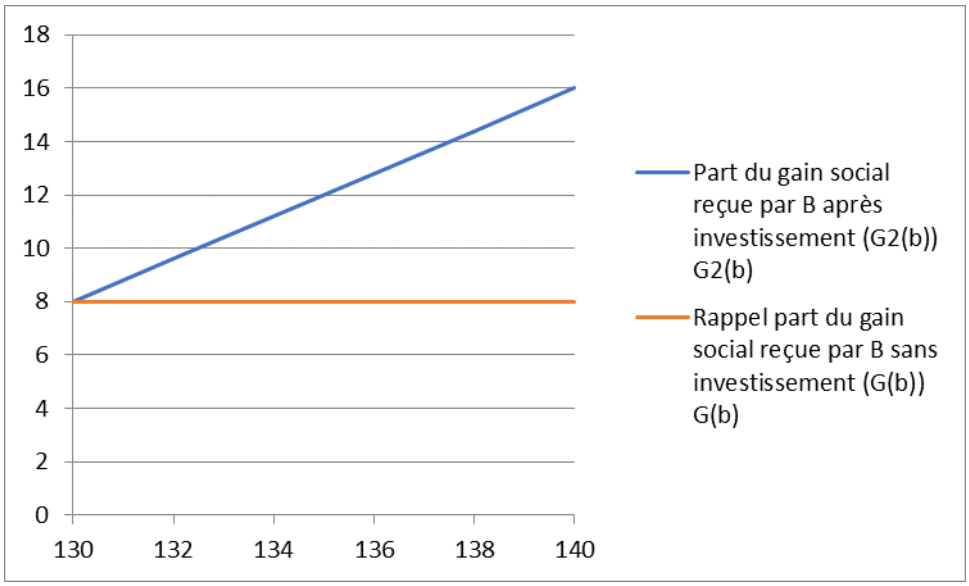
En présence d'une négociation dans laquelle Buy disposerait de 80% de pouvoir de négociation et Sell disposerait de 20%, mais que Sell pourrait investir aux frais de

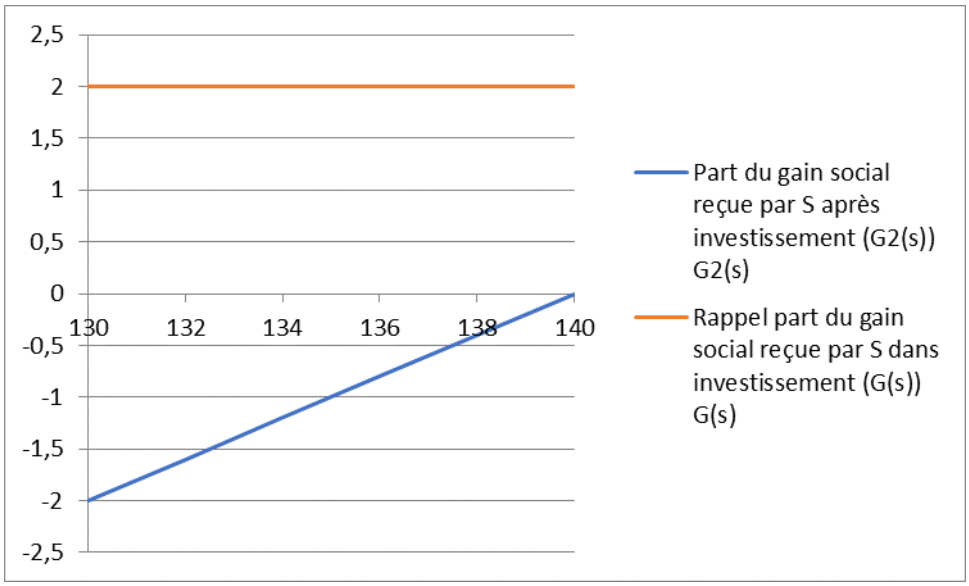
Buy, Buy a intérêt à investir dès que l'investissement entraîne une augmentation de la valeur du bien à ses yeux.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 134 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement (C2) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | 10 | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 122 | 122,4 | 122,8 | 123,2 | 123,6 | 124 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 8 | 9,6 | 11,2 | 12,8 | 14,4 | 16 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | -2 | -1,6 | -1,2 | -0,8 | -0,4 | 0 |
| | | | | | | | |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |

Tableau 6 : Responsabilité totale / Inégalité de pouvoir de négociation / investissement réalisé par l'acheteur B et supporté par le vendeur S


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) G2(b)
Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) G(b)




339. Comme on peut le voir dans le tableau, si l'investissement de 4.000 euros engagé par l'acheteur B mais supporté par le vendeur S conduit à une augmentation de la valeur du local de 2.000 euros pour B, l'acheteur B a intérêt à investir car il capture 80%. Dans cet exemple, cela conduit à une perte de 1.600 euros pour S qui devra supporter les 4.000 euros d'investissement alors qu'il ne bénéficie que de 2.400 euros de gain lié au contrat. Cet investissement de 4.000 euros permettra corrélativement d'augmenter de 1.600 euros le gain pour S. Au final, le gain social du contrat aura, lui, baissé de 2.000 euros. Suite à un investissement réalisé par l'acheteur et supporté par le vendeur, le gain social de cet investissement ne serait positif que si l'augmentation de valeur était supérieure à l'investissement, soit 134.000 euros au lieu de 130.000 euros pour cet investissement de 4.000 euros. Puisque le vendeur ne capte que 20% de l'augmentation, l'investissement n'aurait un effet positif pour le vendeur qu'en cas d'augmentation de la valeur de 20.000 euros, soit une valeur du local de 150.000 euros…Ainsi, on assistera ici aussi à un surinvestissement par l'acheteur B, qui aura intérêt à investir alors même que cet investissement entraîne une perte pour l'autre partie, S, et une baisse du gain social du contrat. Ici encore, cette solution de responsabilité totale n'est donc pas optimale.

L'analyse des positions extrêmes d'absence de responsabilité et de responsabilité totale ne permet pas de dégager un investissement optimal. Il convient dès lors d'envisager l'impact économique de régimes intermédiaires de responsabilité.

## III- ANALYSE D'UNE RESPONSABILITE INTERMEDIAIRE

340. Alors que l'absence de responsabilité ou de responsabilité totale se révèlent économiquement inefficients, des régimes de responsabilité partielle permettent d'aboutir à une solution optimale. C'est notamment le cas d'un partage des investissements entre les parties.

Selon cette règle, le coût de tout investissement sera partagé entre les parties à la négociation.

Chaque partie remboursera à l'autre la moitié l'investissement que celle-ci aura réalisé. L'analyse économique montre l'efficience d'un tel régime de responsabilité, que les parties aient un pouvoir de négociation égal (A) ou inégal (B).

### A- Partage des investissements en situation d'égalité de pouvoir de négociation.

341. Si le coût d'un investissement est partagé par moitié entre les parties à la négociation, le prix maximum que Buy acceptera de payer sera son prix maximum déduction faite de ½ de son investissement (1/2 lui étant remboursés par Sell) et ½ de l'investissement de Sell soit V – Rb + ½ Rb + ½ Rs

Le coût total pour Sell sera le coût de son local auquel il faudra ajouter ½ de son investissement (1/2 lui étant remboursé par Buy) et ½ de l'investissement de Buy soit C + Rs – ½ Rs + ½ Rb

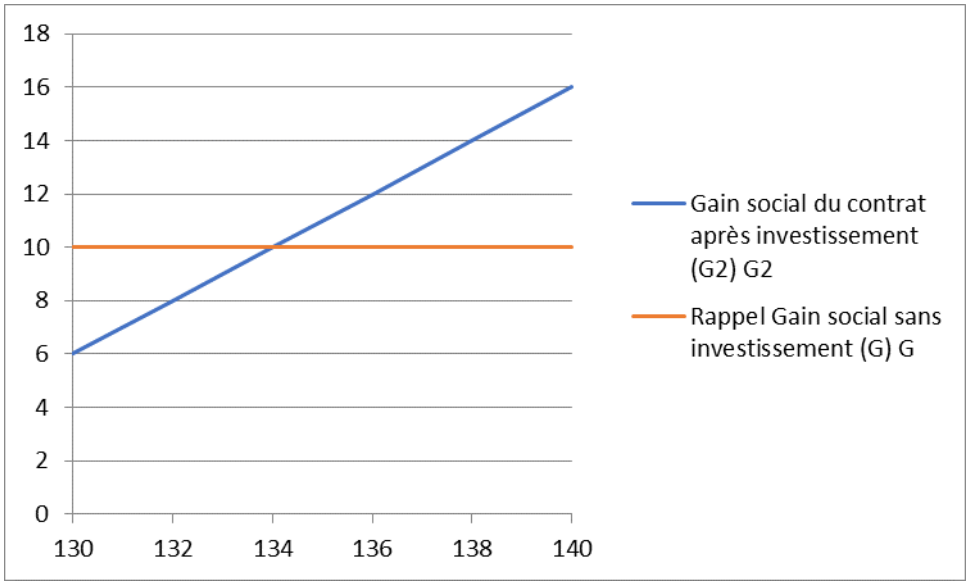
En situation d'égalité, le prix d'équilibre s'établira à [(V – Rb + ½ Rb + ½ Rs) + (C + Rs – ½ Rs + ½ Rb)]/2 soit ½ (V-C-Rb+Rs)

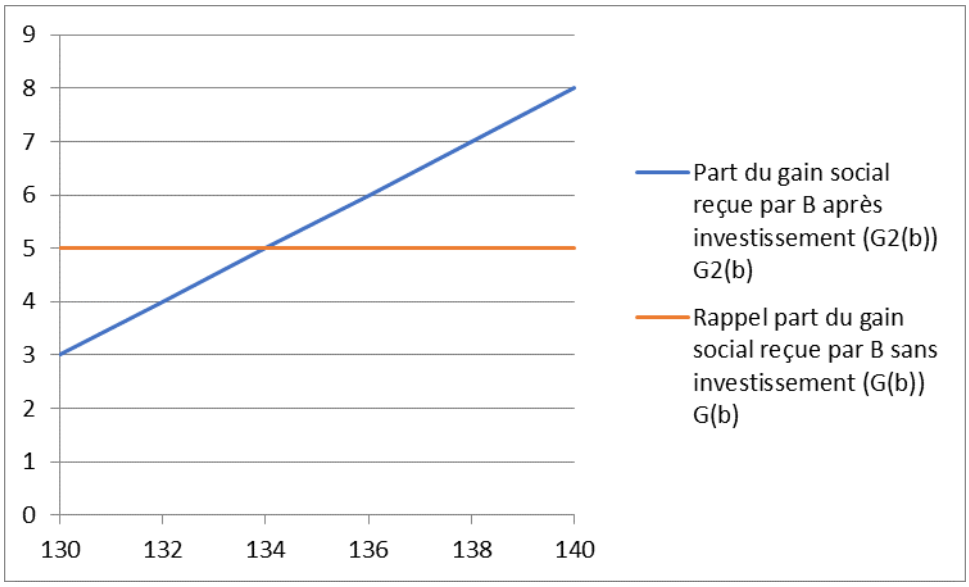
Le gain pour Buy sera de V – Rb + ½ Rb + ½ Rs – ½ (V – C – Rb – Rs) soit ½ (V – C – Rb – Rs) c'est-à-dire ½(G – Rb – Rs). Buy cherchera donc à atteindre le niveau optimal puisqu'il bénéficie de la moitié du gain dégagé par celui-ci.

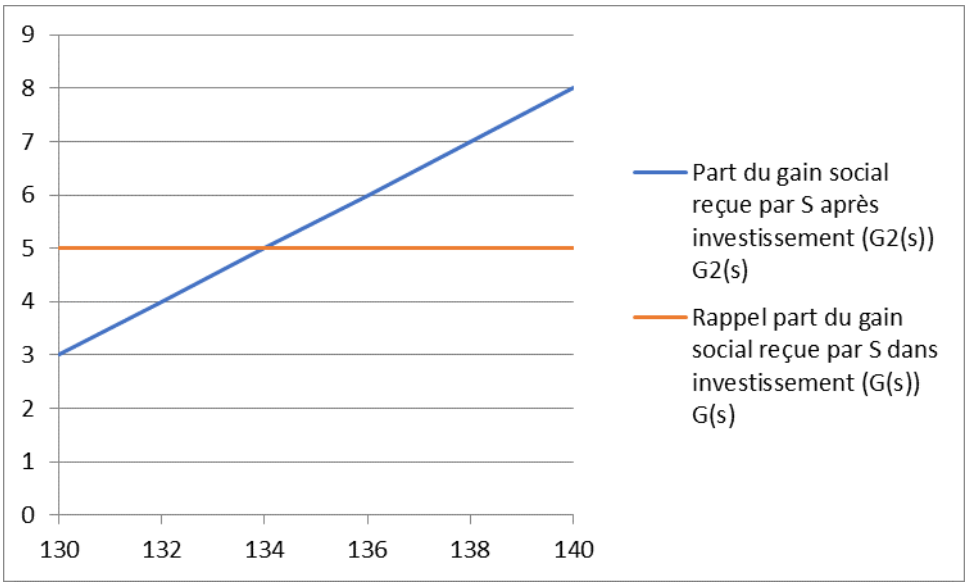
Le gain pour Sell sera de ½ (V – C – Rb – Rs) – (C + Rs – ½ Rs + ½ Rb) soit ½ (V – C – Rb – Rs) c'est-à-dire ½(G – Rb – Rs). Sell cherchera donc lui aussi à attendre le niveau optimal d'investissement.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 134 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement (C2) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | 10 | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 125 | 126 | 127 | 128 | 129 | 130 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| | | | | | | | |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |

Tableau 7 : Egalité de négociation et partage par moitié des investissements


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


9
8
7
6
5
4
3
2
1
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) G2(b)
Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) G(b)




342. Dans cet exemple, comme on peut le remarquer, l'investissement de 4.000 euros entraîne un surplus de gain social mais aussi un surplus de gain individuel pour Buy et un surplus de gain individuel pour Sell dès que l'investissement de 4.000 euros entraîne une augmentation du prix d'achat de 4.000 euros à 134.000 euros.

Cette étude montre clairement que, si le coût d'investissement est partagé entre les parties, l'intérêt social va se confondre avec l'intérêt individuel des parties.
Buy va optimiser son investissement mais aura également intérêt à ce que l'investissement réalisé par Sell entraîne un surplus social.

## B- <u>Partage des investissements en cas de pouvoir de négociation inégal</u>

Si le pouvoir de négociation est inégal, la règle du partage par moitié ne serait pas efficiente (1). L'analyse économique milite pour un partage proportionnel de l'investissement (2).

### 1) L'inadéquation du partage par moitié en cas de pouvoir de négociation inégal

343. Si les parties ont un pouvoir de négociation inégal, la règle du partage par moitié des frais de négociation ne conduit pas à un résultat optimal. En effet, la partie

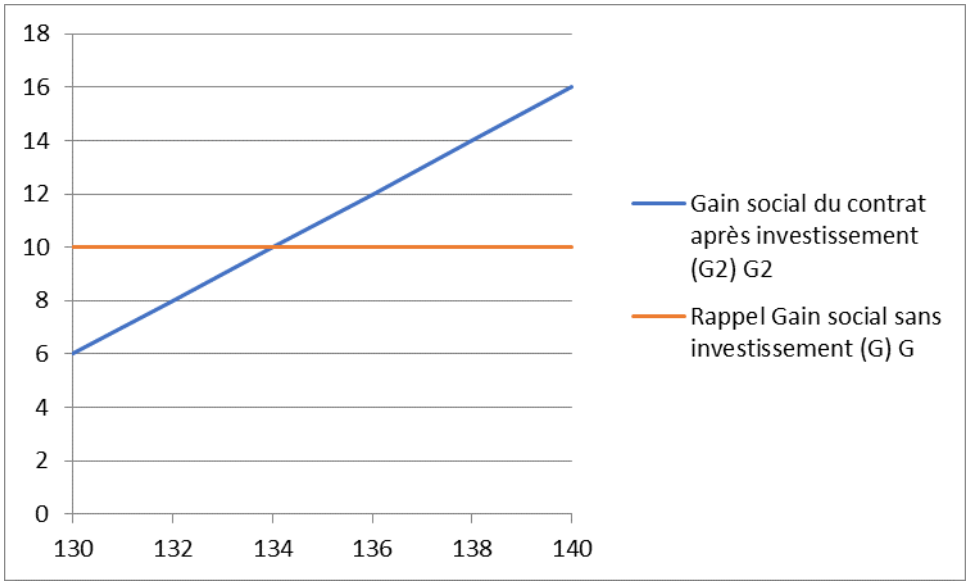
la plus faible supportera une part importante des investissements alors qu'elle ne recueillera qu'une partie du gain.

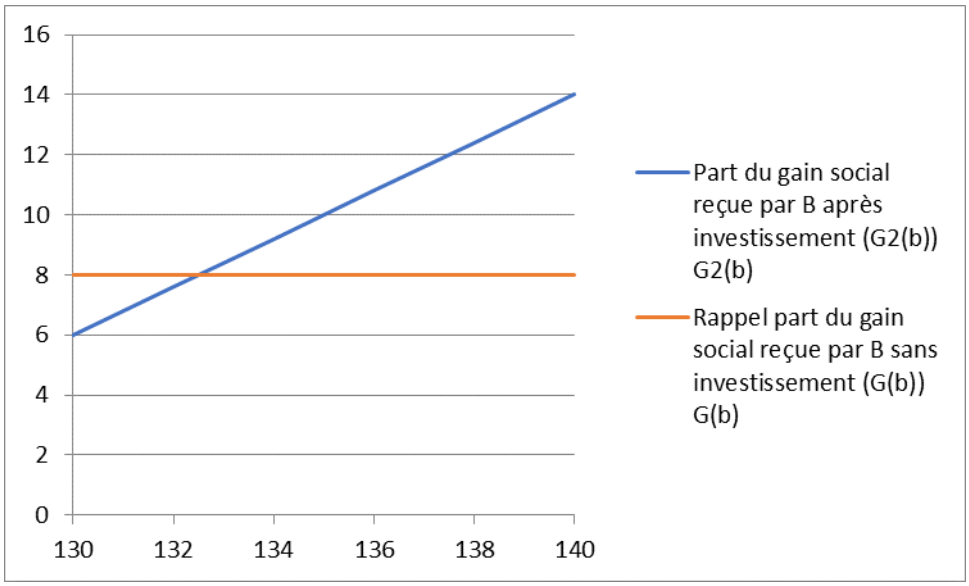
Si on reprend l'exemple précédent dans lequel le rapport de force entre les parties lors de la négociation est déséquilibré. Le vendeur a absolument besoin de vendre ce local alors que cet achat ne présente pas un intérêt majeur pour l'acheteur. Le gain de la négociation sera réparti non pas par moitié mais selon un rapport qui pourrait être 80% pour l'acheteur et 20% pour le vendeur. Du fait du pouvoir de négociation respectif des parties, le prix d'équilibre en l'absence d'investissement était de 120 x 80% + 130 x 20% soit 122.000 euros.

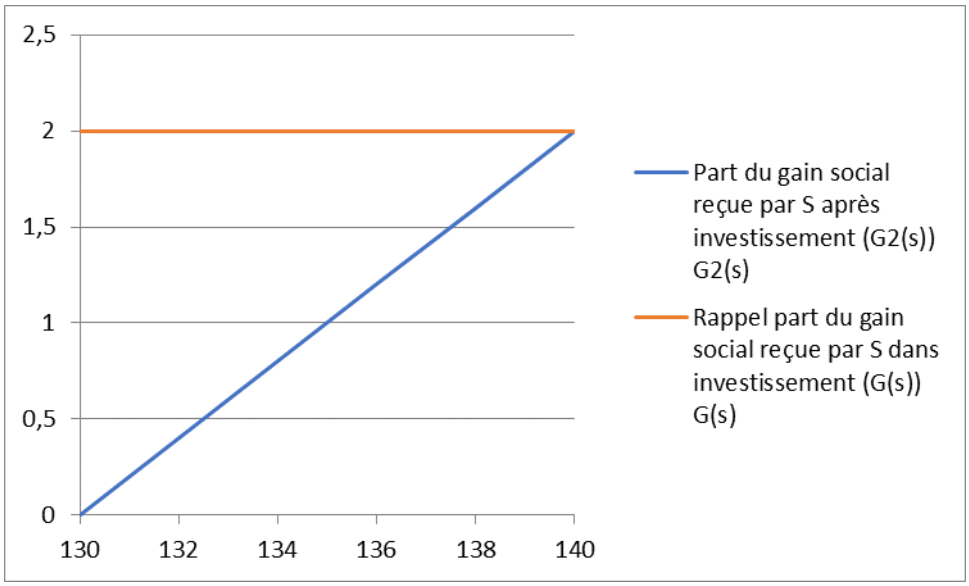
Analysons l'efficience d'un partage par moitié des coûts de négociation en présence d'un pouvoir de négociation inégal.

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 132,5 | 134 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement (C2) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | 8,5 | 10 | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 122 | 122,4 | 122,5 | 122,8 | 123,2 | 123,6 | 124 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 6 | 7,6 | 8 | 9,2 | 10,8 | 12,4 | 14 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | 0 | 0,4 | 0,5 | 0,8 | 1,2 | 1,6 | 2 |
| | | | | | | | | |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |

Tableau 8 : Inégalité de pouvoir de négociation et partage par moitié des investissements


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) G2(b)
Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) G(b)




344. Dans cet exemple de partage par moitié des frais de négociation lorsque le pouvoir de négociation est déséquilibré, Sell aura intérêt à investir tant que son investissement entraîne une augmentation de valeur du local à ses yeux d'au moins 2.500 euros à 132.500 euros alors que le gain social du contrat diminue lorsque l'augmentation de valeur du local pour Buy est inférieure à 4.000 euros, c'est-à-dire le montant de l'investissement.

Ainsi, le partage par moitié des frais de négociation conduirait à un surinvestissement de la part de Buy.

Cette règle de partage par moitié des frais de négociation n'est donc pas efficiente en présence d'un pouvoir de négociation inégal. On aboutit en revanche à un résultat optimal si les investissements précontractuels sont partagés proportionnellement au pouvoir de négociation.

### 2) Le partage proportionnel des investissements en cas de pouvoir de négociation inégal

345. La règle du partage des investissements conduit les parties à réaliser un investissement optimal si les investissements sont partagés proportionnellement au pouvoir respectif des parties dans la négociation.

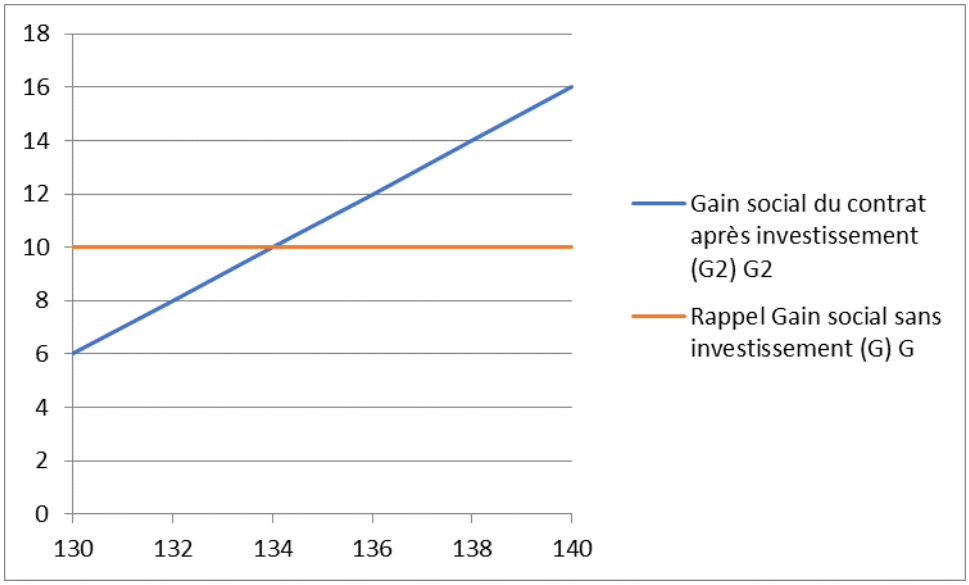
Si on reprend l'exemple précédent dans lequel le rapport de force entre les parties lors de la négociation est déséquilibré. Le vendeur a absolument besoin de vendre ce local alors que cet achat ne présente pas un intérêt majeur pour l'acheteur. Le gain de la négociation sera réparti non pas par moitié mais selon un rapport qui pourrait être 80% pour l'acheteur et 20% pour le vendeur.

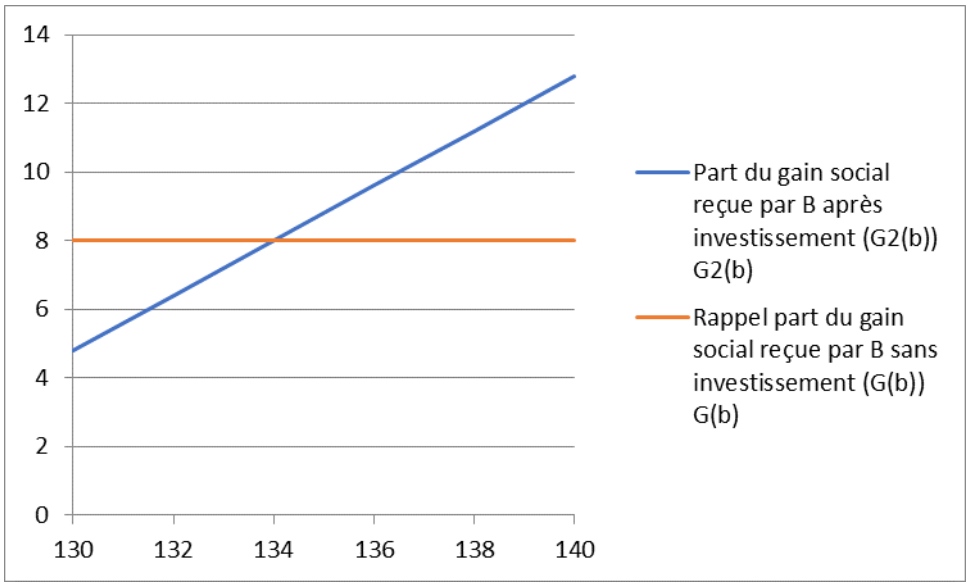
Du fait du pouvoir respectif des parties, le prix d'équilibre en l'absence d'investissement sera de 120 x 80% + 130 x 20% soit 122.000 euros.

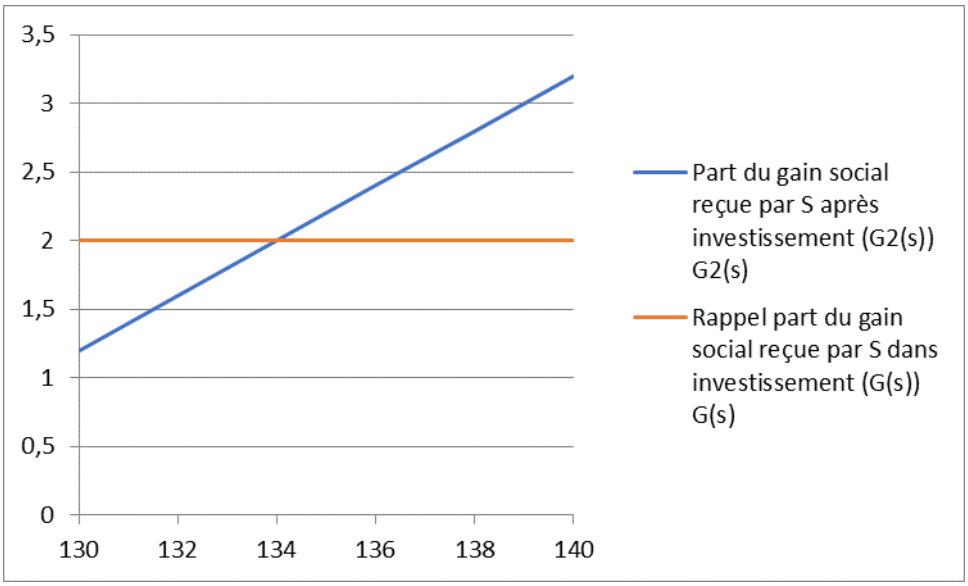
L'étude de marché étant payée par Buy, Sell rembourse l'étude de marché à Buy à proportion de son pouvoir de négociation. Sell rembourse donc à Buy 20% du coût de l'étude.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Investissement réalisé par B | Ib | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 | 4 |
| Investissement supporté par B en cas d'échec des pourparlers | Rb | 3,2 | 3,2 | 3,2 | 3,2 | 3,2 | 3,2 |
| Investissement réalisé par S | Is | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Investissement supporté par S en cas d'échec des pourparlers | Rs | 0,8 | 0,8 | 0,8 | 0,8 | 0,8 | 0,8 |
| Prix max que l'acheteur est prêt à payer après investissement (V2) | V2 | 130 | 132 | 134 | 136 | 138 | 140 |
| Cout / prix minimum que le vendeur est prêt à accepter après investissement (C2) | C2 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 | 120 |
| Gain social du contrat après investissement (G2) | G2 | 6 | 8 | 10 | 12 | 14 | 16 |
| Prix d'équilibre après investissement | Prix 2 | 122 | 122,4 | 122,8 | 123,2 | 123,6 | 124 |
| Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) | G2(b) | 4,8 | 6,4 | 8 | 9,6 | 11,2 | 12,8 |
| Part du gain social reçue par S après investissement (G2(s)) | G2(s) | 1,2 | 1,6 | 2 | 2,4 | 2,8 | 3,2 |
| | | | | | | | |
| Rappel Gain social sans investissement (G) | G | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 | 10 |
| Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) | G(b) | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 | 8 |
| Rappel part du gain social reçue par S dans investissement (G(s)) | G(s) | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 |

Tableau 9 : Inégalité de pouvoir de négociation et répartition proportionnelle au pouvoir de négociation


18
16
14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Gain social du contrat après investissement (G2) G2
Rappel Gain social sans investissement (G) G


14
12
10
8
6
4
2
0
130
132
134
136
138
140
Part du gain social reçue par B après investissement (G2(b)) G2(b)
Rappel part du gain social reçue par B sans investissement (G(b)) G(b)




On remarque clairement par cet exemple que, lorsque la charge des frais de négociation est répartie proportionnellement au pouvoir de négociation respectif des parties, l'intérêt des parties à investir est le même dans toutes les situations et correspondra au gain social du contrat.

346. L'analyse économique montre qu'un régime de responsabilité partielle est préférable à une absence de responsabilité en cas de rupture des pourparlers ou à l'effet obligatoire du contrat objet de la négociation. Elle montre que la collaboration entre les parties conduit à un investissement précontractuel optimal.

Le juge doit toutefois disposer d'un ensemble d'informations pour pouvoir appliquer de tels principes.

## CHAPITRE 2 : LES MODALITES D'APPLICATION PAR LE JUGE ET LES PARTIES DES REGLES PROPOSEES PAR MM. BEBCHUK ET BEN SHAHAR

La démonstration réalisée par MM. Bebchuk et Ben Shahar semble convaincante. Seules se posent des difficultés pratiques lors de l'application de ces règles. En effet, afin d'appliquer ces règles économiques, les parties et le juge doivent connaître un certain nombre d'informations (Section 1). Cette analyse économique peut se révéler utile pour expliquer et justifier l'attitude des tribunaux (Section 2).

## SECTION 1 : LES DIFFICULTES DE L'APPLICATION DES PRINCIPES

Afin d'appliquer les principes posés par l'analyse économique, le juge doit avoir accès à un ensemble d'informations qui ne sont pas toujours aisément accessibles, telles que le niveau d'investissement (I), la valeur des biens ou services pour les parties (II), le pouvoir de négociation respectif des parties (III) ou le niveau optimal d'investissement (IV).

### I- LE NIVEAU D'INVESTISSEMENT

347. Premièrement, ces règles nécessitent de connaître le niveau d'investissement réalisé par chaque partie. Or, les parties ne fournissent pas nécessairement cette information.

En outre, le coût total d'un investissement précontractuel peut être ardu à déterminer.

Ainsi, s'il est relativement aisé d'évaluer le coût d'une étude de marché commandée à un cabinet extérieur, il sera beaucoup plus difficile de déterminer le coût de la même étude de marché si elle est réalisée par des salariés de l'entreprise qui n'ont pas consacré l'ensemble de leur temps à ce projet, et qui ont utilisé des ressources de l'entreprise.

De la même manière, il sera impossible d'évaluer la valeur d'un investissement tel que l'acquisition de connaissances ou la préparation d'un diplôme.

Si le vendeur fait certifier son activité selon un label tel que les labels ISO, il va certes augmenter la valeur de ses produits ou prestations vis-à-vis de l'autre partie, mais cet investissement sera également rentabilisé à court ou long terme par l'obtention d'autres marchés, etc.

### II- LA VALEUR DES BIENS OU SERVICES POUR LES PARTIES

348. Deuxièmement, le tribunal peut avoir besoin de connaître V et C, c'est-à-dire V le prix maximal auquel l'acheteur peut acheter pour rentabiliser son achat et C le

prix minimum auquel il faut vendre pour que la production soit rentable, afin de déterminer si le comportement des parties doit être sanctionné.

Encore une fois, ces montants peuvent être relativement aisés à déterminer en cas d'achat pour revendre en l'état. On pourra connaître V et C si une entreprise A achète 10 marchandises par an pour 10.000 euros par machine et les revend à un grossiste B, lequel les revend pour 20.000 euros. Si, pour effectuer cette opération, A a besoin d'un salarié lui coûtant 30.000 euros et des frais fixes de 10.000 euros, on peut calculer C pour les 10 marchandises à 100.000 + 30.000 + 10.000 soit 140.000. Ramené à une marchandise, le prix minimal C s'élèverait donc à 14.000.

En revanche, ces prix sont beaucoup plus difficiles à déterminer dans des opérations plus complexes ou en présence de prestations de service.

## III- LE POUVOIR DE NEGOCIATION DES PARTIES

349. Troisièmement, pour la règle du partage, il faut connaître le pouvoir de négociation de chaque partie. Les parties aboutiront à un niveau efficient d'investissement précontractuel si elles partagent cet investissement proportionnellement à leur pouvoir de négociation. Le juge devrait donc également se prononcer pour un partage de ces frais afin d'inciter les parties en négociation à atteindre ce niveau efficient d'investissement.

Il peut être relativement aisé pour le juge de déterminer une hiérarchie entre les intervenants.

Le juge peut utiliser pour cela un certain nombre de critères, tels que la taille respective des entreprises, leurs parts de marché, la structure du marché sur lequel elles interviennent, leur expérience, etc. Ainsi, il peut être relativement aisé pour le juge de déterminer qu'un agriculteur sera généralement en situation de faiblesse dans une négociation avec une centrale de distribution. De même, un candidat franchisé sera généralement en situation de faiblesse dans une négociation avec un franchiseur.

Cette présomption de rapport de force n'est toutefois pas toujours confirmée. Ainsi, la société XBox est nettement plus petite en termes de parts de marché ou de chiffre d'affaires que la société Sony qui distribue la Playstation mais le fait que XBox soit une filiale de Microsoft lui confère un pouvoir de négociation extrêmement important

face à un fournisseur de composants électroniques. De même, un agriculteur de produits spécifiques ou qui négocie en période de pénurie peut bénéficier d'un avantage substantiel lors de la négociation avec un acheteur professionnel.

Si le juge peut assez aisément déterminer un rapport de force entre les parties, il sera en revanche plus difficile pour lui de déterminer avec précision, en termes économiques, l'amplitude de ce rapport de force. Un candidat franchisé qui négocie avec McDonald's pour implanter une franchise dans une grande ville a-t-il un pouvoir de négociation de 20% ou 30% ?

## IV- LE NIVEAU OPTIMAL D'INVESTISSEMENT

350. Quatrièmement, pour la limitation de responsabilité, il faut connaître le niveau optimal d'investissement. Le niveau optimal d'investissement est le niveau auquel il est désirable d'investir.
Comme nous l'avons montré, la détermination du niveau optimal d'investissement met en œuvre un nombre important de facteurs. Il faut connaître le gain social du contrat, et donc V et C, mais aussi le retour sur investissement de chaque acquisition d'information.

Il existe donc plusieurs limites à l'analyse de MM. Bebchuk et Ben Shahar, liées notamment à l'accès aux informations nécessaires pour procéder à l'application de l'analyse économique. Quoi qu'il en soit, l'exposé de ces règles, s'il ne permet pas de donner une solution claire dans toutes les situations, peut permettre au juge d'orienter sa solution vers une résolution efficiente du litige.

# SECTION 2 : L'UTILITE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE POUR LES JUGES FRANÇAIS ET ANGLAIS

351. C'est en réalité la finalité de l'analyse économique : il ne s'agit pas de faire du magistrat un juge automate qui, à la manière d'un ordinateur, enregistrerait un nombre de critères économiques et en déduirait une solution. Il s'agit en revanche de donner au juge des outils qui lui permettent, parmi les critères qu'il utilise pour prendre sa

décision, ou la conforter par des considérations d'efficience économique de sa décision.

Les règles présentées par MM. Bebchuk et Ben Shahar peuvent donc fournir une règle de responsabilité par défaut en situation de parfaite symétrie d'information. Elles seront également utiles pour justifier le recours à des avant-contrats pour optimiser les négociations. Si la règle de droit postule une liberté contractuelle et une absence de responsabilité de principe, les parties pourront en effet avoir intérêt à rechercher le niveau optimal en prévoyant dans un avant-contrat un tel partage des frais de négociations.

La règle proposée par MM. Bebchuk et Ben Shahar requiert de connaître le pouvoir de négociation respectif des parties. Or, le juge disposera rarement de cette information. Cette observation peut cependant aiguiller le juge qui peut faire peser un poids plus important sur une partie qui était en position de force dans la négociation. Une règle de principe pourrait être une présomption d'égalité et un principe de répartition par moitié de l'investissement, à moins qu'une partie démontre une différence de pouvoir de négociation. Cela n'aboutira pas nécessairement au niveau optimal d'investissement mais cette règle peut réduire la distorsion due aux règles de responsabilité exclusive.

En outre, des règles juridiques peuvent être mises en place par le législateur afin d'orienter le comportement des parties. Un exemple signifiant est la loi Doubin relative à l'obligation précontractuelle d'information due par le franchiseur au franchisé. Vue au travers de l'analyse économique du droit, une telle loi peut être totalement expliquée au-delà de sa dimension morale par une recherche d'efficience. A l'occasion d'une négociation entre un franchiseur et un candidat franchisé, la fourniture d'une information précontractuelle va augmenter la volonté d'un candidat à souscrire une franchise et le prix qu'il acceptera de payer pour devenir franchisé. Le franchisé va engager un certain nombre de frais précontractuels tels que des déplacements sur des salons, des visites d'entreprise, le recours à un expert-comptable, les démarches auprès de sa banque ou la recherche d'un local. En application des critères posés par MM. Bebchuk et Ben Shahar, il est efficient de faire peser

l’obligation de fournir une information précontractuelle sur le franchiseur. Le franchiseur est généralement en position de force dans la négociation. Il est donc logique qu’il supporte une plus grande partie des frais précontractuels puisqu’il bénéficie d’une plus grande part du gain social du contrat. En outre, le franchiseur peut obtenir les informations précontractuelles liées par exemple au réseau de franchise ou à une étude de marché de manière plus aisée et moins coûteuse que le franchisé.

L’analyse économique promeut l'efficience économique de la collaboration et de la justice précontractuelle. Elle justifie également de sanctionner les déclarations émises à l’occasion de la négociation.

## SOUS-TITRE 2 : L'IMPORTANCE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES REVELEE PAR L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

L'analyse économique du droit invite à revisiter la distinction traditionnelle entre pourparlers et avant-contrats. Elle milite en effet pour une distinction, opérée dans cette thèse, entre les situations dans lesquelles une déclaration précontractuelle a été émise et celles dans lesquelles aucune déclaration précontractuelle n'est intervenue. L'analyse économique du droit montre l'inefficience d'une asymétrie d'information (Chapitre 1) et propose par conséquent de tenir compte des déclarations précontractuelles (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : L'INEFFICIENCE DE L'ASYMETRIE D'INFORMATION

352. L'analyse de Bebchuk et Ben Shahar permet de déterminer si une responsabilité précontractuelle serait désirable en elle-même, en dehors de tout comportement d'une partie. Elle n'est toutefois valable que lorsque l'information entre les parties est symétrique, c'est-à-dire que chacune des deux parties connaît les paramètres de la négociation. L'analyse de Wils s'intéresse, pour sa part, à la question de l'asymétrie d'information[748].

En effet, afin d'appliquer la théorie de Bebchuk et Ben Shahar, il faut prendre en compte de nombreux critères. Il faut connaître la valeur accordée au bien par l'acheteur, la valeur accordée au bien par le vendeur, le montant de l'investissement précontractuel, l'impact de cet investissement précontractuel sur la valeur du vendeur et de l'acheteur, la probabilité que la négociation parvienne à son terme et la valeur résiduelle de l'investissement précontractuel.

[748] W.P.J. Wils, "*Who Should Bear the Cost of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Precontractual Liability*", 4 Journal des Economies et des Etudes Humaines, 1993, pp 93-134

Prenons un exemple relatif à l'immobilier. Un acheteur potentiel entre en négociation avec un vendeur pour acheter sa maison. Le vendeur réalise une étude énergétique de la maison[749]. Le comportement ou les déclarations mensongères du vendeur ou de l'acheteur pourraient influencer chacun des critères. Le vendeur pourrait mentir sur le prix auquel il doit vendre sa maison (par exemple en mentant sur le prix auquel il l'a lui-même acheté récemment), sur le coût de l'étude thermique (par exemple en prétendant qu'il s'agit d'une étude poussée alors qu'il ne s'agit que d'une étude sommaire), sur l'impact de cette étude (par exemple que le logement a une isolation importante alors qu'elle est moyenne), sur la valeur pour l'acheteur (par exemple en lui mentant sur le loyer auquel l'acheteur pourrait louer le bien), sur la probabilité que la négociation aboutisse (par exemple si le vendeur entretient des négociations parallèles avancées avec un autre acheteur potentiel) ou encore sur la valeur résiduelle de l'investissement précontractuel (le vendeur pourrait prétendre que cette étude ne lui sera d'aucune utilité avec un autre acheteur alors qu'il pourrait la réutiliser).

En présence d'une asymétrie d'information, Wils montre que le mensonge d'une partie conduira à un investissement qui ne sera pas optimal (Section 1) et propose donc de sanctionner celle-ci (Section 2).

## SECTION 1 : L'IMPACT ECONOMIQUE DE L'ASYMETRIE D'INFORMATION

Le fait qu'une partie profite d'un niveau d'information supérieur n'est pas efficient, que cette information supérieure soit détenue par la partie qui investit dans la négociation (I) ou par l'autre partie (II).

### I- L'INFORMATION SUPERIEURE DE LA PARTIE QUI INVESTIT

[749] Suite à l'entrée en vigueur de l'obligation de réaliser un diagnostic de performance énergétique en France, plusieurs études ont montré que la note énergétique d'un bâtiment établie par le diagnostiqueur a un impact qui peut aller jusque 10 à 15% du prix du logement.

353. Si la partie qui investit a une information plus importante que l'autre, elle pourrait abuser de ce pouvoir supérieur pour inciter l'autre partie à conclure un contrat qui lui sera défavorable.

En effet, imaginons que le vendeur du local commercial de l'exemple déjà utilisé prétende qu'il a fait réaliser une étude coûteuse sur la stabilité de l'immeuble et que celle-ci est excellente, alors qu'en réalité l'étude n'est que sommaire avec un résultat moyen.

L'étude a donc coûté 1.000 euros mais le vendeur prétend qu'elle a coûté 4.000 euros. L'étude sommaire et moyenne conduirait l'acheteur à augmenter son prix à 140.000 euros (soit un prix d'équilibre à 130.000 au lieu de 125.000) alors qu'une étude complète et positive le conduirait à augmenter son prix à 150.000 (soit un prix d'équilibre à 135.000).

Un tel mensonge conduirait l'acheteur à augmenter son prix d'achat. Or, il découvrirait ensuite que la déclaration était mensongère. Par conséquent, puisque l'acheteur ne pourra pas compter sur la sincérité de la déclaration du vendeur, il mettra en doute la sincérité d'une déclaration même exacte.

Ainsi, admettre qu'une partie qui possède une information à laquelle l'autre partie n'a pas accès mente sur cette information conduira de manière générale à une solution suboptimale[750].

## II- L'INFORMATION SUPERIEURE DE LA PARTIE QUI N'INVESTIT PAS

354. Il se peut qu'une partie incite l'autre à investir ou la laisse investir en diffusant une information inexacte.

Par exemple, comme on l'a vu, l'investissement sera notamment proportion de la probabilité que le contrat soit conclu. Si le vendeur du local commercial dit à l'acheteur potentiel qu'il n'y a que deux concurrents alors qu'ils sont en réalité 10 candidats à l'achat, cet acquéreur évaluera le pourcentage de chance d'obtenir le contrat à 50% alors qu'il est en réalité de 10%.

---

[750] Wils, Op. cit., p. 14 "*In a situation where the acting party has superior information over the other party, we can thus not be sure that the other party will be willing to pay part of the reliance costs whenever this is necessary to induce efficient reliance. The actual level of reliance may thus be suboptimal".*

Comme l'indique Wils, une telle situation est mauvaise pour deux raisons. D'une part, cette situation n'est pas optimale car l'acheteur, incité par le comportement du vendeur, risque de surinvestir par rapport au niveau optimal d'investissement. D'autre part, cette situation est injuste puisque si le contrat ne parvient pas à son terme, l'acheteur subira une perte *ex-post* égale à l'investissement réalisé déduction faite de la valeur résiduelle, dont il n'a pas accepté volontairement le risque mais qui lui a été imposé par le comportement de l'autre partie[751].

Il sera donc efficient de reconnaître une responsabilité de celui qui utilise une supériorité d'information à son avantage.

## SECTION 2 : L'EFFICIENCE D'UNE RESPONSABILITÉ DE LA PARTIE QUI UTILISE UNE INFORMATION SUPÉRIEURE POUR INCITER L'AUTRE PARTIE À RÉALISER UN INVESTISSEMENT PRÉCONTRACTUEL.

355. L'inefficience présentée par Wils sera corrigée en imposant à la partie qui a laissé croire une information fausse d'indemniser l'autre partie en lui remboursant les frais engagés du fait de ce comportement, déduction faite de la valeur résiduelle.
Il est donc souhaitable d'avoir une règle légale qui impose, en cas de rupture des négociations, une responsabilité de la partie qui a induit l'autre en erreur sur la probabilité d'obtenir un bénéfice de la négociation et qui, par ce comportement, a incité l'autre partie à engager des investissements précontractuels[752].

Comme l'indique Wils, cette responsabilité est indépendante de la question de savoir s'il est efficient ou non de rompre les négociations en l'absence d'un tel comportement. Cette responsabilité devrait donc exister quelle que soit la partie qui a rompu les négociations[753]. Cette position économique est confirmée par l'analyse statistique des décisions de justice françaises qui ne font pas de différence dans

[751] Wils, op. cit, p. 23
[752] Wils, op. cit., po. 32
[753] Wils, op. cit, p. 26

l'octroi d'une responsabilité précontractuelle selon que le demandeur ou le défendeur soit l'auteur de la rupture.

Wils évalue l'impact de l'intention de tromper (I), l'exigence d'une croyance raisonnable (II) et la mesure du dommage (III). On peut faire un parallèle entre cette analyse et le critère de la croyance légitime (IV). Wils milite également pour ne pas prendre en compte le type de comportement qui a induit l'autre partie en erreur (V).

## I- L'IMPACT DE L'INTENTION DE TROMPER

356. Wils s'oppose à une prise en compte de l'intention de tromper ou de la mauvaise foi.

Premièrement, selon lui, d'un point de vue économique, l'effet d'une incitation à investir est le même que cette incitation ait été réalisée de manière intentionnelle ou négligente. Une incitation réalisée de manière négligente n'est pas moins susceptible d'inciter l'autre partie à investir de manière excessive.

Deuxièmement, le fait d'exiger une preuve de l'intention de tromper peut entraîner un coût important de l'action en justice qui va limiter l'effet de la règle pour empêcher un tel comportement. Il devrait donc, selon Wils, être suffisant de prouver que cette partie a conduit l'autre partie ou laissé l'autre partie avoir une attente plus importante sur la probabilité ou les bénéfices du contrat en cours de négociation, sur des éléments qu'il connaissait mieux que l'autre partie[754].

Rien dans l'analyse économique ne semble donc s'opposer à une responsabilité même en l'absence d'intention de tromper.

L'analyse ne va toutefois pas plus loin, ce qui laisse la porte ouverte à une reconnaissance de tout comportement d'une partie qui incite l'autre à réaliser un investissement précontractuel, qu'il soit, pour reprendre la terminologie anglaise utilisée en matière de *misrepresentation* intentionnelle, *négligent* ou *innocent*.

## II- L'EXIGENCE D'UNE CROYANCE RAISONNABLE

[754] Wils, op. cit.

357. Wils défend une responsabilité limitée aux cas où il est raisonnable, pour la partie qui investit, de croire dans l'incitation réalisée par l'autre partie.

En effet, si une partie sait que l'information est inexacte mais bénéficie néanmoins d'une indemnisation lors de la rupture des négociations, elle aura intérêt à se livrer à un investissement qui pourtant ne sera pas optimal.

## III- LA MESURE DU DOMMAGE

358. Wils s'intéresse également à la mesure adéquate du dommage. Et il justifie l'indemnisation de la perte subie.

Wils s'oppose à une indemnisation du gain manqué pour deux raisons. Premièrement, le comportement est suffisamment évité par l'octroi de dommages et intérêts compensatoires de la perte subie. Il n'est donc pas nécessaire d'octroyer l'indemnisation du gain manqué. Une telle indemnisation pourrait au contraire entraîner une distorsion dans l'effet de la rupture des pourparlers, ou une confiance trop importante de celui qui engage des frais précontractuels au-delà du niveau optimal. En outre, il est plus simple pour un juge d'indemniser une perte subie que l'éventuel gain manqué.

Ainsi, l'indemnisation de la perte subie est la mesure optimale des dommages et intérêts pour une règle de responsabilité destinée à compenser l'inefficience et l'injustice de la capacité d'une partie à inciter une autre à engager des investissements précontractuels non optimaux par le biais de son comportement précontractuel[755].

## IV- ANALYSE DE WILS ET CRITERE DE LA CROYANCE LEGITIME

359. Il est intéressant de constater que cette définition proposée par Wils est très proche du critère de croyance légitime dégagée par l'analyse statistique de la jurisprudence. L'atteinte d'un optimum économique nécessite que chaque partie connaisse les paramètres de la négociation de manière à faire des choix. Comme le

[755] Wils, op. cit, p. 31: "*in general, reliance damages are the optimal damage measure for a liability rule designed to redress the inefficiency and unfairness effects of a party's ability to induce reliance through misrepresentation*".

rappellent MM. Cooter et Ulen, en situation d'incertitude, les parties vont faire des choix souvent sous-optimaux car elles sont averses au risque. Si le vendeur ne connaît pas l'impact de l'investissement précontractuel réalisé par l'acheteur, il va prendre la tranche basse.

Si une partie laisse croire à l'autre que le bénéfice est plus élevé que la réalité, son comportement conduit à une situation qui économiquement n'est pas optimale.

## V- L'INDIFFERENCE DU TYPE DE COMPORTEMENT QUI INDUIT EN ERREUR

360. Un autre élément intéressant de l'analyse de Wils est qu'il n'opère pas de choix concernant l'obligation d'information. En effet, le comportement est inefficient si une partie a donné une fausse impression à l'autre. Wils précise qu'il ne faut pas prendre le terme de *misrepresentation* qu'il utilise dans son sens juridique mais comme toute action ou abstention par l'autre partie qui conduit la partie qui investit à croire à une probabilité plus importante de réussite de la négociation[756].

MM. Bebchuk et Ben Shahar, tout comme Wils, montrent ainsi l'inefficience d'une asymétrie d'information. L'analyse économique s'intéresse également à l'effet des déclarations précontractuelles.

# CHAPITRE 2 : L'IMPACT ECONOMIQUE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES

361. MM. Bebchuk et Ben Shahar se sont également intéressés à la question de l'impact des déclarations précontractuelles. Contrairement à l'analyse de Wils, on n'est pas ici face à une asymétrie d'information d'une partie qui utilise ton avantage informationnel au détriment de son concurrent.

[756] Wils, p. 22: "*we do not intend to use the words 'misrepresent' or 'misrepresentation' in a technical legal meaning. We mean, in the broadest possible sense, any action or abstention by the other party which makes the acting party believe that the probability that the deal will go through is not the true probability, but some higher probability*".

Au cours des négociations, il se peut qu'une partie fasse une déclaration ou prenne un engagement. Cette déclaration va influencer le cours de la négociation et l'intérêt pour l'autre partie à engager des dépenses d'investissement en information. Si une partie, par une déclaration précontractuelle, crée chez l'autre le sentiment qu'un point de la négociation est définitivement réglé, l'autre partie tiendra compte de cette déclaration pour augmenter ses dépenses d'information. Selon MM. Bebchuk et Ben-Shahar, il convient donc de distinguer la période précédant la déclaration précontractuelle et la période postérieure à cette déclaration. La période précédant la déclaration précontractuelle devrait être traitée selon les règles envisagées ci-dessus. En effet, les dépenses d'investissement en information précédant la déclaration précontractuelle ont été réalisées sans être influencées par cette déclaration postérieure. En revanche, les dépenses d'investissement en information réalisées postérieurement à la déclaration précontractuelle sont influencées par cette déclaration.

Cette influence des déclarations précontractuelles peut être montrée qu'il existe un engagement d'une partie (Section 1) ou un accord partiel (Section 2).

## SECTION 1 : L'INFLUENCE D'UN ENGAGEMENT PRECONTRACTUEL DE L'UNE DES PARTIES

Si une partie émet une déclaration précontractuelle, cela aura pour effet de changer les paramètres de la négociation, ce qui pourrait conduire à une solution inefficiente. Comme on l'a fait précédemment, l'analyse d'une situation factuelle (I) au moyen de l'analyse économique (II) permet d'expliquer cette inefficience.

### I- SITUATION FACTUELLE

362. Imaginons la situation dans laquelle les parties négocient avec un pouvoir de négociation équivalent. Au cours des négociations, conformément au premier exemple, Buy réalise un investissement de 4.000 euros qui augmente le prix maximum qu'il serait prêt à payer ce local à 134.000 euros. Les parties se répartiraient les coûts de négociation et arriveraient donc à un prix d'équilibre de 127.000 ((120.000 + 134.000)/2).

Si on retient l'hypothèse selon laquelle les parties ont partagé les coûts de négociation, le coût pour Sell est de 122.000 et le prix maximum que Buy est prêt à payer est de 132.000. Le gain pour Sell et pour Buy serait de 5.000 euros chacun.

A ce point de la négociation, Sell comme Buy ont intérêt à conclure le contrat dès lors que la conclusion de ce contrat crée un bénéfice. Il est possible que Sell, afin d'inciter Buy à conclure le contrat et du fait d'une offre concurrente, décide, si le contrat est conclu, d'offrir à prix coûtant à 4.000 une mise aux normes du local, qui aurait normalement une valeur de 8.000 euros.

Dans ce cas, le champ de négociation se modifie. Le coût pour Sell serait de 126.000 euros et la valeur pour Buy serait de 140.000. Le prix augmentant de 4.000 euros, le prix est de 131.000 euros. Le gain pour Buy est donc de 9.000 euros et le gain pour Sell reste de 5.000 euros.

Buy sera incité à conclure le contrat tant que les frais de négociation ne lui coûtent pas plus de 9.000 euros. Buy aura dans ce cas intérêt à réaliser des dépenses précontractuelles de négociation, tant que le coût total n'excède pas 9 millions.

Or, si une fois que Buy a dépensé 7.000 euros en frais annexes de négociation, Sell revient sur son offre et impose un prix de 8.000 euros pour la mise aux normes, Buy subira une perte. En effet, le gain de Buy ne sera plus que de 5.000 euros alors que ses frais seront de 7.000 euros. Toutefois, il conclura quand même le contrat car sinon, il perdrait 7.000 euros, c'est-à-dire les frais engagés, et non 2.000, constituant le manque à gagner.

## II- ANALYSE ECONOMIQUE DE LA DECLARATION PRECONTRACTUELLE

363. Pour éviter cette situation, la solution la plus efficace consiste à faire supporter par celui qui rompt un engagement précontractuel les frais de négociation qu'il a induits du fait de son engagement.

Cette fois, seul celui qui s'est engagé sera lié par cet engagement.

Buy pourra ainsi librement décider de revenir à la négociation initiale, sans la mise aux normes, si elle ne présente plus d'intérêt pour lui, puisqu'il n'a pris aucun engagement.

Ainsi, si Sell doit rembourser à Buy les frais de négociation, il n'aura pas intérêt à revenir sur sa promesse car son gain sera inférieur à la perte qu'il subira.

Ici encore, cette situation ne rend pas l'offre irrévocable car celui qui rompt devra seulement rembourser les frais de négociation (*reliance damages*) et non pas conclure le contrat ou indemniser pour le gain qui aurait été réalisé par l'autre partie.

De Geest utilise le même argument pour militer en faveur d'une irrévocabilité de l'offre[757]. Il prend l'exemple d'un marchand de meubles liégeois qui fait à la télévision une offre d'un salon à un prix avantageux et qu'un amateur gantois est intéressé[758]. Le fait de rendre l'auteur de l'offre responsable pour celle-ci présente selon l'auteur deux avantages.
Premièrement, l'irrévocabilité mettrait à la charge du vendeur qui refuse de vendre les coûts du voyage inutile (par exemple, la location d'une camionnette), c'est-à-dire les *reliance costs*.
Deuxièmement, l'irrévocabilité permet d'éviter le phénomène de « hold-up » consistant à imposer la conclusion d'un contrat plus cher car le surplus coûterait moins que les frais engagés (par exemple mobilier vendu pour 100.000 frs alors qu'il était vendu 120.000 à Gand. L'acheteur loue une camionnette 10.000 et le vendeur augmente son prix à 115.000. En l'absence de responsabilité, l'acheteur achèterait à Liège pour 115.000 + 10.000 plutôt que de revenir à Gand et dépenser 10.000 + 120.000).

Ici encore, si l'analyse économique du droit justifie de donner un effet à l'offre, elle ne fournit pas de réponse absolue quant à la sanction adéquate. L'analyse économique ne

[757] G. De Geest, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Maklu, 1994, pp. 131-144, p148-151
[758] On pourrait prendre l'exemple de l'envoi d'un prospectus nominatif adressé à l'amateur liégeois pour éviter la critique anglaise selon laquelle l'offre au public est une invitation à entrer en pourparlers. Cet exemple permet également de remettre en cause l'argument anglais selon lequel une telle proposition au public n'est pas une offre, celle-ci générant une croyance légitime

procure pas un choix absolu entre l'octroi de dommages et intérêts compensant les frais précontractuels engagés et l'effet obligatoire de l'offre désormais promu par le droit français des contrats.

L'analyse économique du droit s'intéresse également à l'effet d'un accord partiel conclu pendant la négociation.

## SECTION 2 : L'INFLUENCE D'UN ACCORD PARTIEL

En cas d'accord partiel, les parties se sont entendues à un moment de la négociation sur un certain état d'avancement des pourparlers. Ici encore une situation type (I) analysée par l'économie (II) permet de comprendre l'impact d'un accord partiel survenu au cours de la négociation.

### I- SITUATION TYPE

364. Reprenons l'exemple de la vente d'un local commercial. En l'absence d'investissement précontractuel, la valeur pour Sell était de 120.000 et la valeur pour Buy était de 130.000, soit un prix d'équilibre à 125.000 si les parties ont un pouvoir de négociation équilibré.

Imaginons qu'à l'issue de l'investissement de 4.000 euros, la valeur pour Buy de ce local est de 136.000 euros. Le coût pour Sell étant de 120.000 et les parties ayant un pouvoir de négociation équilibré, le prix d'équilibre serait donc de 128.000 euros.

Les parties décident de continuer à négocier afin de déterminer ensemble si Buy ne peut pas acheter sous la forme d'une SCI, afin d'augmenter leur bénéfice réciproque. En effet, l'achat sous une telle forme permettrait une déduction fiscale de 20.000 euros pour Sell. Les parties pourraient, dans ce cas, se mettre d'accord sur le principe selon lequel si Buy ou Sell trouvent le moyen d'obtenir ce bénéfice fiscal, Sell s'engage à vendre son local pour 118.000 euros. Cela permettrait à Sell d'augmenter son bénéfice de 10.000 et à Buy de réaliser une économie de 10.000.

Dans cette hypothèse, Sell comme Buy auront intérêt à rechercher le moyen de remplir ces conditions fiscales tant que le coût de recherche de ce montage fiscal ne dépasse pas 10.000 euros (s'ils supportent eux-mêmes leurs frais).

En effet, si Buy dépense 9.000 pour réaliser ce montage fiscal, Buy réalisera une économie sur le prix d'achat du local de 9.000 euros et aura donc intérêt à réaliser cette dépense.

Toutefois, si Sell revient sur cet engagement précontractuel et propose un prix de 125.000, Buy réalisera une perte.

Buy sera obligé de conclure le contrat car la perte de gain sera moindre que la perte qu'il subira si le contrat n'est pas signé.

## II- L'EFFICIENCE D'UNE RESPONSABILITE EN CAS D'ACCORD PARTIEL

365. Pour éviter cette situation, la solution la plus efficace est de faire supporter à celui qui rompt un engagement précontractuel les frais de négociation qu'il a induits du fait de sa promesse.

Si Sell doit rembourser à Buy les frais de négociation, il n'aura pas intérêt à revenir sur sa promesse car son gain (ici 7.000 euros car il vend 125.000 alors qu'il s'était engagé à vendre 118.000) sera inférieur à la perte qu'il subira (9.000 de remboursement des frais de négociation de Buy).

Cette situation ne rend pas l'offre irrévocable car celui qui rompt devra seulement rembourser les frais de négociation (*reliance damages*) et non pas conclure le contrat ou indemniser pour le gain qui aurait été réalisé par l'autre partie.

Ainsi, si Sell revient sur sa promesse alors que Buy a dépensé 2.000 euros, Sell ne devra rembourser que ces 2.000 euros.

Economiquement, Sell peut donc dans certains cas avoir intérêt à rompre.

On rejoint ici la théorie selon laquelle le degré d'avancement des négociations peut avoir un impact sur le degré de responsabilité. Si Sell change d'avis le lendemain de sa déclaration, Buy n'aura pas eu le temps d'engager des recherches coûteuses et la responsabilité devrait donc selon cette théorie économique être moins élevée.

## CONCLUSION DU TITRE 1

366. L’analyse économique apporte de nombreux éclairages sur la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit français et anglais.

Elle justifie les vertus d’une collaboration entre les parties à la négociation afin d’atteindre un optimum économique, tout en proposant de prendre en compte le pouvoir respectif de négociation des parties.

Elle confirme également l’intérêt, dégagé dans cette thèse lors de l’analyse comparée des droits et l’analyse statistique, de prendre en considération l’existence d’une déclaration précontractuelle.

L’analyse psychologique confirme chacun de ces deux paramètres de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

# TITRE 2 : ANALYSE PSYCHOLOGIQUE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS

Comme l'analyse économique du droit, l'analyse psychologique confirme l'intérêt de la collaboration précontractuelle et l'importance des déclarations précontractuelles (Sous-titre 1). Analysée sous cet angle, la jurisprudence prend elle aussi en compte ces critères pour évaluer la responsabilité à l'occasion de la rupture des pourparlers (Sous-titre 2).

## SOUS-TITRE 1 : COLLABORATION ET JUSTICE DANS L'ANALYSE PSYCHOLOGIQUE DES NEGOCIATIONS

367. Le courant « *Psychology and Law* » est apparu sur USA dans les années 1960[759]. Il s'est exporté dans les années avec la fondation en 1992 de la *European Association of Psychology and Law* qui est « un groupe de recherche dédié au développement et à a promotion de la recherche à l'intersection de la psychologie et du droit, avec une focalisation sur l'Europe »[760].

L'analyse psychologique de la négociation insiste, comme l'analyse économique, sur le caractère bénéfique de la collaboration précontractuelle. C'est le fameux principe d'une négociation « *win-win* ». L'ouvrage de référence en négociation est « *Getting to Yes* »[761] de Roger Fisher et William Ury. Tous deux professeurs à Harvard, il est intéressant de constater que Roger Fisher est Williston Professor of Law et directeur du *Harvard Negotiation Project.*

Fisher et Ury mettent en avant les vertus de la collaboration (Chapitre 1) et l'importance de prendre en compte la relation entre les négociateurs (Chapitre 2)

[759] Voir par exemple https://www.apadivisions.org/division-41
[760] "*A learned society dedicated to developing and promoting research at the intersection of psychology and law, with a special focus on Europe*", https://en.wikipedia.org/wiki/European_Association_of_Psychology_and_Law.
[761] R. Fisher & W. Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, 1st ed., H. Mifflin, 1981

# CHAPITRE 1- NEGOCIATION DE POSITION ET COLLABORATION

Fisher et Ury justifient la pertinence d'une collaboration précontractuelle (Section 1) et de la recherche d'un consensus (Section 2) afin de mener une négociation dans laquelle les parties rechercheront le gain mutuel (Section 3).

## SECTION 1- LA PROMOTION DE LA COLLABORATION

368. Comme l'indiquent Fisher et Ury, la vision classique de la négociation est une négociation sur les positions. Chaque partie prend une position, la défend et fait des concessions pour atteindre un compromis. Or, selon les auteurs, toute méthode de négociation devrait être évaluée à l'aune de trois critères : elle devrait produire un accord intelligent si c'est possible ; elle devrait être efficiente ; et elle devrait améliorer ou au moins ne pas détériorer la relation. Un accord intelligent est un accord qui remplit les attentes légitimes de chacune des parties dans la mesure du possible, résout de manière juste les conflits d'intérêt, est durable, et prend l'intérêt général en compte[762].

Pour Fisher et Ury, en cas de négociation sur des positions, les parties tendent à s'enfermer dans ces positions. Cette technique de négociation crée une incitation à éviter l'accord. Chaque partie cherche à obtenir un accord qui lui est favorable en commençant par une position extrême, en s'entêtant à la maintenir, en cachant à l'autre partie son objectif réel et en faisant de petites concessions juste nécessaires pour maintenir la négociation. La négociation devient une bataille. La négociation est vue comme un choix entre gagner et perdre. La colère et le ressentiment résultent souvent de ce qu'une partie se sent liée par la volonté rigide de l'autre alors que ses préoccupations légitimes n'ont pas été prises en compte[763].

Conduire une négociation comme une compétition de volontés sur des positions complexifie le processus de mise en place d'un accord. La négociation de position

[762] P. 7
[763] P. 8

peut conduire à un résultat inefficient. Les auteurs prennent l'exemple de deux sœurs qui se battent pour avoir une orange. Elles décident finalement d'en prendre chacune la moitié. Une sœur prend sa moitié et mange l'intérieur et jette le zeste. L'autre prend le zeste pour faire un gâteau et jette l'intérieur. Trop souvent les négociateurs « laissent de l'argent sur la table » en n'aboutissant pas à un accord qu'ils auraient pu atteindre, ou en concluant un accord qui aurait pu être meilleur pour chacun[764]. La négociation de position conduira souvent à entraver la recherche d'un gain commun.

Or, comme le rappellent les auteurs, il s'agit de gagner la négociation et non pas de gagner contre l'autre. Par exemple, se poser la question de savoir qui a « gagné » la négociation sur un contrat de travail serait un premier signe d'échec de la relation. L'objectif d'une négociation réussie n'est donc pas de gagner au détriment de l'autre mais d'atteindre un meilleur processus pour gérer les différences. Pour être meilleur, le processus doit, bien sûr, produire un bon résultat[765].

C'est par l'atteinte d'un consensus que les parties procureront le meilleur résultat à leur négociation.

## SECTION 2- LA RECHERCHE D'UN CONSENSUS

369. La solution à la négociation n'est pas toujours un accord sur les positions de départ entre les parties mais un accord sur leurs intérêts. Les auteurs prennent un exemple parlant : deux personnes sont en désaccord dans une bibliothèque. L'un veut ouvrir la fenêtre et l'autre veut la garder close. Ils se battent sur la question de savoir s'il faudrait l'entrouvrir, l'ouvrir à moitié, aux trois quarts, mais ne trouvent pas de solution. Le bibliothécaire entre et demande à l'un pourquoi il veut ouvrir la fenêtre et celui-ci répond qu'il veut de l'air frais. L'autre répond qu'il veut éviter les courants d'air. Après avoir réfléchi une minute, le bibliothécaire ouvre une fenêtre dans une pièce attenante, et amène de l'air frais sans subir de courant d'air[766].

[764] P. 31
[765] P. 71
[766] P. 23

Si les parties peuvent avoir des intérêts différents, elles ont souvent des intérêts communs. Comme l'explique l'analyse économique du droit, c'est la différence entre les intérêts des parties qui permet l'accord. Vous et votre vendeur de chaussures aimez tous deux les chaussures et l'argent. Toutefois, l'intérêt du vendeur pour 30$ excède son intérêt pour sa paire de chaussures. Et votre intérêt dans ces chaussures excède 30$. C'est ce qui entraîne l'accord. Des intérêts partagés et des intérêts différents mais complémentaires peuvent servir de base à un accord intelligent[767]. La plupart des personnes pensent que les différences entre deux parties entraînent un problème. Or les différences peuvent également amener à une solution. La différence dans les intérêts et croyances permet qu'une chose entraîne pour vous un bénéfice important à un coût réduit pour l'autre partie[768]. Ainsi, la différence entre les parties sur les croyances, la valeur du temps, les prévisions ou l'aversion au risque crée un potentiel d'accord avantageux pour chacune des parties.

Il faudra pour réussir une négociation rechercher le gain mutuel.

## SECTION 3- LA NÉGOCIATION FONDÉE SUR LE GAIN MUTUEL

370. Fisher et Ury ont révolutionné l'analyse psychologique en proposant une nouvelle technique de négociation qui est devenue la norme dans les études de négociation. Comme le rappellent les auteurs dans la seconde édition de leur ouvrage, tant la théorie que l'expérience suggèrent que la méthode fondée sur le gain mutuel produira sur le long terme des résultats aussi bons ou meilleurs que ceux qui pourraient être obtenus à l'aide d'une autre méthode[769].

Il est important de préciser, en écho au débat sur la collaboration et la moralité présenté ci-dessus dans l'analyse du solidarisme contractuel, que Fisher et Ury ne se situent pas dans un mouvement moraliste de l'analyse psychologique. Interrogés sur la question de savoir s'il faut être juste lorsqu'on n'a pas besoin de l'être, les auteurs répondent que « *Getting to yes* » n'est pas un sermon de moralité sur le bien et le mal.

[767] P. 25
[768] P. 39
[769] P. 71

C'est un ouvrage qui montre comment réussir une négociation. Les auteurs ne suggèrent pas qu'il faut faire le bien par principe. L'idée de cet ouvrage est de montrer comment obtenir ce à quoi on peut prétendre tout en maintenant une bonne relation avec l'autre partie. Si une partie est dans une position qui lui permet d'obtenir plus que ce qui semblerait juste, les auteurs recommandent de ne pas en profiter sans faire attention aux conséquences. Il y a plus en jeu, déclarent-ils, qu'un choix lié à notre définition de la morale. Confronté à la possibilité d'obtenir plus que ce que l'on juge juste, il convient de comparer les possibles bénéfices par rapports aux potentiels coûts entraînés par l'acceptation d'une telle aubaine. L'autre partie pourra, lorsqu'elle conclura ensuite que l'accord était injuste, être réticente à exécuter un tel accord. Si la négociation n'est pas terminée, elle pourrait rompre les pourparlers. Elle pourra considérer que son partenaire n'est pas fiable, ce qui détériorera la relation future[770]. La partie qui a « gagné » pourra également regretter ensuite son comportement.

Les gens supposent souvent qu'il y a un choix à faire entre obtenir un accord qui procure de bons résultats et développer une bonne relation. L'ambition des auteurs est de démontrer que cette croyance est fausse. Une bonne relation de travail tend à faciliter l'obtention de bons résultats pour chacune des parties. De bons résultats tendent pour leur part à renforcer la relation de travail[771].

Une solution proposée par les auteurs, qui rejoint l'analyse de Bebchuk et Ben Shahar, est d'agrandir la tarte avant de la couper. Le fait d'augmenter la valeur du bien ou d'en diminuer le coût, par le biais d'un investissement précontractuel partagé, aboutit à ce résultat. Une erreur dans la négociation est de partir du principe que la tarte a une taille fixe : plus vous en prenez, moins j'en aurai. Or, cette supposition est rarement vérifiée. Premièrement, les parties peuvent sortir de la négociation avec moins que ce qu'ils ont au début. Même sans un intérêt commun à éviter une perte, il existe presque toujours une possibilité de gain commun. Il peut prendre la forme du développement d'une relation mutuellement bénéfique, ou de satisfaire les intérêts de chacune des parties par une solution créative[772]. Dans les années 70, l'Egypte et Israël étaient en désaccord sur la propriété du Sinaï. Israël occupait ce territoire et dépensait des

[770] P. 74-75
[771] P. 76
[772] P. 38

sommes importantes pour maintenir cette occupation. Israël ne souhaitait pas que des moyens militaires égyptiens puissent se trouver aux portes d'Israël. L'Egypte souhaitait récupérer ce territoire. Un accord fut trouvé entre les parties : l'Egypte récupérait ce territoire et acceptait que cette zone soit démilitarisée. Comprendre les intérêts de l'autre partie permet de satisfaire ceux-ci à moindre coût pour soi-même[773]. Une partie peut proposer deux options qu'elle estime toutes deux également acceptables et laisser l'autre choisir celle qui lui apporte le plus.

Il est utile de négocier à partir de critères objectifs. Une bataille constante pour la dominance menace la relation. La négociation de position conduit à une interaction de deux volontés, presque comme si les négociateurs vivaient sur une ile déserte, sans histoire, sans coutumes et sans standards moraux. Aucune négociation ne peut être efficiente et amicale si vous opposez votre volonté à celle de l'autre, et soit vous soit l'autre partie doit reculer[774]. Il est plus facile de négocier avec une personne en discutant sur la base de standards objectifs que de forcer l'autre à faire des concessions. Dans une négociation de position, les négociateurs dépensent beaucoup de temps à défendre leur position et à attaquer celle de l'autre partie. Les personnes utilisant des standards objectifs utilisent leur temps de manière plus efficiente en parlant de solutions et standards possibles[775]. Plus on base la négociation sur des standards de justice, d'efficience ou de valeur scientifique, plus on a de chances d'aboutir à une solution qui sera intelligente et juste[776]. Tout comme un avocat augmentera sa capacité à persuader un juge à l'aide de principes et décisions de justice préexistants, un négociateur augmentera son pouvoir de négociation en trouvant des précédents, des principes ou des critères de justice[777]. Il faudra bien entendu négocier sur la base de standards acceptés par une des parties et non pas imposés par l'un des négociateurs.

Il est donc préférable de collaborer plutôt que d'être dans une négociation adversariale. Il conviendra toutefois de tenir compte de la relation entre les parties.

---

[773] P. 87
[774] P. 43
[775] P. 44
[776] P. 43
[777] P. 88

# CHAPITRE 2- LA PRISE EN COMPTE DE LA RELATION

Fisher et Ury proposent de distinguer selon que la négociation s'inscrit ou non dans un courant d'affaires (Section 1). Ils justifient l'importance de prendre en compte le pouvoir de négociation des parties (Section 2) et évaluent la moralité de la négociation (Section 3).

## SECTION 1- NEGOCIATION ONE SHOT OU COURANT D'AFFAIRE

371. L'attitude de négociation n'est pas la même selon qu'il s'agit d'une négociation « *one shot* » dans laquelle les parties ne seront plus en contact ou de pourparlers qui s'inscrivent dans une relation continue.

La plupart des négociations interviennent dans le contexte d'une négociation continue dans laquelle il est important de conduire chaque négociation d'une manière qui aidera plutôt que gênera les futures relations et futures négociations. Comme négociateur, il faut presque toujours chercher une solution qui conduire l'autre partie à être également satisfaite. Si un consommateur se sent floué dans un achat, le commerçant a aussi perdu : il pourrait perdre un consommateur et sa réputation pourrait souffrir. Une situation dans laquelle l'autre partie n'obtient rien de votre part est pire que celle dans laquelle il repart apaisé. Si l'autre partie est un consommateur ou client de valeur, maintenir une relation continue peut être plus important que le résultat d'une négociation prise individuellement. Cela ne signifie pas qu'il faut être moins persistant dans la défense de ses intérêts, mais cela suggère d'éviter des tactiques telles que des menaces ou des ultimatums qui entraînent un risque important de détérioration de la relation[778]. Si une partie quitte la négociation avec un sentiment de satisfaction et d'avoir été traitée de manière juste, un tel sentiment peut rapporter beaucoup dans l'exécution de l'accord ou dans la perspective de futures négociations[779].

[778] P. 73
[779] P. 84

L'importance de la relation continue n'est pas à sous-estimer. En effet, même si la négociation ne s'inscrit pas dans un courant de relation entre les parties, une négociation de mauvaise qualité pourra avoir un impact sur les négociateurs. Les négociateurs peuvent être amenés à faire affaire de nouveau. Tel serait le cas par exemple de l'acheteur immobilier qui, quelques temps plus tard, pourrait être amené à négocier de nouveau avec l'agence immobilière pour louer un bien ou revendre le bien qu'il a acquis. La personne en charge de la négociation pour une entreprise peut être amenée à changer d'employeur et être de nouveau en relation avec ce fournisseur indélicat.

En outre, le négociateur de position peut dégrader sa réputation sur le marché et ainsi se trouver dans une position délicate pour négocier avec d'autres entreprises. Il faut donc prendre en compte l'effet d'une négociation sur la relation avec d'autres : est-ce que cette négociation risque d'affecter la réputation du négociateur et, par conséquent, l'attitude qu'adopteront les autres parties qui négocieront ensuite avec celui-ci ?[780] Un bon exemple est l'attitude des acheteurs de certaines centrales d'achat. Une négociation de position avec une entreprise qui se sent flouée aura sans aucun doute un impact sur les négociations avec d'autres fournisseurs avec lesquels celui-ci aura échangé sur les pratiques de son client.

L'existence d'une relation continue a donc une influence. C'est également le cas du pouvoir de négociation respectif des parties.

## SECTION 2- LA PRISE EN COMPTE DU POUVOIR DE NEGOCIATION

372. Rejoignant les conclusions dégagées par Bebchuk et Ben Shahar, l'analyse psychologique reconnaît également le fait qu'une partie peut avoir un pouvoir de négociation plus important que l'autre.

[780] P. 73

Fisher et Ury précisent toutefois que le pouvoir de négociation n'a rien à voir avec la richesse ou la taille. Ainsi, si une PME négocie avec une centrale d'achat de la grande distribution, elle pourra souvent être en position de faiblesse mais elle sera en position de force si elle a d'autres acheteurs potentiels, des capacités de production limitées qui lui permettent de choisir son client, et un produit fortement demandé par les clients, tel par exemple qu'une spécialité régionale[781]. Comme on l'a indiqué précédemment, c'est également ce qui rend difficile le travail du juge qui pourra manquer d'informations sur ce rapport de force.

Afin que chacun puisse protéger sa position, les auteurs proposent au négociateur de connaître son BATNA (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*)[782]. Conclure un accord n'a de sens que s'il permet à une partie d'obtenir un résultat meilleur que si elle ne s'était pas engagée dans une négociation. Comme le montre l'analyse économique, un vendeur peut ne pas avoir intérêt à vendre en deçà d'un certain niveau de prix. Et son exigence en termes de marge dépendra des solutions alternatives de vente de ce produit dont il dispose. Pour reprendre un exemple cité par les auteurs, une personne participant à un entretien d'embauche sera dans une meilleure position de négociation si elle a déjà reçu d'autres propositions d'embauche d'entreprises concurrentes[783].

Outre le pouvoir de négociation, la moralité aura également une influence sur la négociation.

## SECTION 3- LA MORALITE DE LA NEGOCIATION

373. Fisher et Ury s'intéressent à la négociation en présence d'une partie qui utilise des tactiques et ruses pour tirer un avantage de l'autre. Rejoignant la théorie juridique, les auteurs citent les mensonges ou la violence. Ces techniques peuvent être illégales, non éthiques ou simplement déplaisantes (la fameuse technique du « bon flic » et du

[781] On a pu voir une telle situation avec le pouvoir de négociation fortement augmenté des producteurs de masques ou de gel hydroalcoolique en 2020 à l'occasion de la pandémie de COVID.
[782] P. 51
[783] P. 52

« mauvais flic »). Leur objectif est d'obtenir un gain dans une négociation de position[784].

Les auteurs justifient que la solution n'est pas d'accepter une telle technique de négociation, laisser l'autre partie profiter de la situation et se promettre de ne plus jamais faire affaire avec cette partie. Le plus souvent, une telle attitude conduirait l'autre partie à demander encore plus la prochaine fois. Il ne faut pas non plus répondre par les mêmes tactiques, car dans ce cas la négociation serait désastreuse ou échouerait. Il faut donc revenir à une négociation raisonnée.

La forme la plus commune de tactiques et ruses est, rappellent les auteurs, une déclaration erronée de faits, d'autorité ou d'intentions. La ruse d'autorité, par exemple, permet de tirer le meilleur accord possible puis, annonçant qu'on n'a pas l'autorité de signer, de faire une demande complémentaire pour obtenir l'accord d'un supérieur. Les auteurs recommandent donc de ne pas faire une confiance aveugle et de ne pas hésiter à vérifier les informations ou demander des engagements de l'autre partie sur la véracité ce ces informations[785]. Ils ajoutent que deux parties reconnues comme dignes de confiance auront plus de chances de s'influencer l'une l'autre que deux personnes reconnues comme malhonnêtes[786].

Une telle analyse explique qu'un juge tienne compte de la moralité du comportement des négociateurs.

L'analyse psychologique permet également de comprendre l'attitude des juges face à un engagement précontractuel et confirme, là aussi, les conclusions de l'analyse économique.

## CHAPITRE 2 : L'IMPACT PSYCHOLOGIQUE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES

[784] P. 64
[785] P. 66
[786] P. 86

374. La psychologie évalue l'impact des déclarations sur le comportement des négociateurs. L'une des branches prépondérantes est la psychologie sociale, qui a de nombreuses applications en droit et notamment dans la négociation du contrat. Comme le rappelle Michaux, « Tout homme pose des actes, prend des décisions. Cette dimension de son activité se trouve particulièrement impliquée dans la phénomène contractuel »[787].

En 1971, Kiesler a développé une théorie de l'engagement[788]. Selon Beauvois et Joule, « L'engagement d'un individu dans un acte correspond au degré auquel il peut s'assimiler à cet acte »[789]. Pour Michaux, « la théorie de l'engagement comportemental repose sur l'idée fondamentale selon laquelle l'acte posé par un individu et qui est porteur d'un engagement de sa part aura tendance à générer chez celui-ci un comportement de 'persévération' ou 'consistance', et ce, parfois, au détriment de toute logique et de toute rationalité »[790].

Dans un article « La formation du contrat : pour un rapprochement entre la psychologie et le droit »[791], Michaux propose d'évaluer l'impact de la psychologie sur la responsabilité précontractuelle.

On distinguera dès maintenant l'engagement juridique de l'engagement psychologique. L'engagement juridique vise la création d'une obligation qui pourra entraîner une sanction juridique. L'engagement au sens de la psychologie sociale vise pour sa part le lien qui existe entre un individu et ses propres actes, la mesure dans laquelle un individu investit de sa personne dans sa façon d'agir[792].

L'analyse psychologique s'intéresse à l'effet du comportement sur l'état d'esprit des individus. Comme l'analyse statistique ou économique, il n'a pas de biais moral.

---

[787] Op. cit. p. 801
[788] Kiesler, C. A. (1971), *The psychology of commitment. Experiments linking behavior to belief*, New York, Academic Press
[789] R.V. Joule & J.L. Beauvois, Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens, Presses Universitaires de Grenoble, 1987, p. 78
[790] Op. cit. p. 803
[791] S. Michaux, « La formation du contrat : pour un rapprochement entre la psychologie et le droit », in Le processus de formation du contrat, Bibliothèque de l'université catholique de Louvain, dir. M. Fontaine, LGDJ 2002, p. 789 à 847
[792] S ; Michaux, op. cit., p. 806

Ainsi, on rejoindra l'avis de Michaux qui souligne « la particularité de ce sentiment d'engagement et de contrainte, et ce que l'individu le ressent à l'égard de lui-même. Il provient de ce que l'individu veut se donner et donner au monde extérieur une image de quelqu'un de cohérent et réfléchi. En aucun cas, ce phénomène tel que nous l'avons présenté ne constitue l'expression d'une quelconque courtoisie ou loyauté à l'égard des négociateurs ».

Appliquée à la rupture des pourparlers, l'analyse psychologique apporte un éclairage intéressant pour le juriste sur l'effet des déclarations précontractuelles. Il convient de présenter cette théorie de l'engagement (Section 1) avant de voir ses applications à la période précontractuelle (Section 2).

## SECTION 1 : BESOIN DE COHERENCE ET THEORIE DE L'ENGAGEMENT

L'analyse psychologique montre que les individus ont un besoin de cohérence (I) qui influence leur engagement (II), d'autant plus qu'il est public (III)

### I- LE BESOIN DE COHERENCE

375. Dans une expérience publiée en 1968, Knok et Inkster[793] démontraient que si deux joueurs pariaient sur un cheval lors d'une course, ils étaient plus confiants sur les chances de leur champion qu'ils ne l'étaient avant de parier. Cette position s'explique par le désir de mettre en cohérence notre comportement par rapport à notre décision, de mettre en cohérence notre opinion avec nos actes. Les individus vont donc se persuader qu'ils ont fait le bon choix.

Cialdini démontre l'influence de la psychologie sur l'engagement[794]. Comme il l'explique, « dans la plupart des cas, la cohérence, du fait de son importance dans

[793] R. E. Knox & J. A. Inkster, "*Postdecision Dissonance at Post Time"*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol 8(4, Pt.1), Apr 1968. Voir aussi L. Festinger, *a theory of cognitive dissonance*, Stanford university press, 1957

[794] R. Cialdini, *Influence et manipulation*, First editions, 2004, traduit de la version américaine " *Influence – the psychology of persuasion"*.

l'adaptation, est valorisée […] C'est la cohérence qui fonde la logique, la rationalité, la stabilité et l'honnêteté »[795].

Joule et Beauvois formulent ce besoin de cohérence en écrivant que « les gens ont tendance à adhérer à ce qui peut paraît être leurs décisions et à se comporter en conformité avec elles »[796]. Michaux ajoute qu'un « acte public, irrévocable, un acte coûteux, répété ou encore accompli dans la liberté, aura tendance à générer dans le chef de celui qui l'émet un comportement d'adhérence »[797].

Ce besoin de cohérence va de pair avec une influence psychologique d'un engagement pris par un individu.

## II- L'INFLUENCE DE L'ENGAGEMENT

376. Comme le rappelle Cialdini, « Lorsqu'on a pris une position, on a naturellement tendance à se comporter de façon obstinément cohérente avec cette position »[798]. Ainsi, un faible engagement peut conduire, dans un souci de cohérence, à un engagement plus fort.

Dans une étude publiée en 1980[799], Sherman a interrogé par téléphone les habitants d'une ville de l'Indiana pour leur demander s'ils accepteraient de consacrer trois heures de leur temps à aider l'*American Cancer Association*. Puis des bénévoles se sont rendus au domicile des gens pour leur proposer de contribuer. Comparé au groupe qui n'avait pas été sollicité par téléphone, cette démarche a permis de multiplier par 7 le taux de réponses positives.

Une telle technique s'applique bien entendu à la conclusion d'un contrat, tel qu'une vente. Comme le rappelait Green, « Il s'agit de préparer la voie aux futures

[795] Op. cit. p. 57-58
[796] Joule & Beauvois, op. cit., p. 26
[797] S. Michaux, op. cit., p. 808
[798] Op. cit. p. 65
[799] S. J. Sherman, "*On the Self-Erasing Nature of Errors or Prediction*", Journal of Personality and Psychology, 39(2), 1980, pp. 211-221. Voir aussi l'expérience de Daniel Howard : D. J. Howard "*The Influence of Verbal Responses to Common Greetings on Compliance Behavior: The Foot-In-The-Mouth Effect*", Journal of Applied Social Psychology, 1990, Volume 20, Issue 14

commandes en commençant par un petit achat… Considérez-le ainsi : quand une personne a commandé un des articles que vous proposez, même si le bénéfice est si faible qu'il compense à peine le temps passé et les efforts déployés, vous n'avez plus affaire à un consommateur quelconque, mais à un client »[800].

Dans une étude publiée par Schein, l'armée chinoise, durant la guerre de Corée, a convaincu petit à petit les prisonniers américains à donner des commentaires négatifs sur les USA, puis à les écrire. Cette technique des petits pas les a conduits à se considérer comme collaborateurs et ainsi ensuite à dénoncer leurs frères d'armes[801].

C'est également la technique qui est démontrée par Freedman et Fraser[802] dans leur article. Dans cette expérience, des enquêteurs se rendent dans plusieurs quartiers résidentiels et demandent aux habitants d'accepter de poser devant leur maison une pancarte « Prudence au volant ». 83% refusent. Les enquêteurs se rendent dans d'autres quartiers résidentiels similaires et demandent aux habitants de poser une petite pancarte de 20cm2 « soyez un bon conducteur » devant leur maison. Puis ils se rendent chez ces habitants 15 jours plus tard pour leur faire la demande de poser la grande pancarte « prudence au volant ». Cette fois, 73% acceptent. En acceptant une première demande minime quelques jours avant, les habitants devenaient incapables de refuser une demande bien plus importante.

Dans une étude menée par des chercheurs français en 2015[803], ceux-ci ont sollicité 167 passants pour leur demander une donation à une association. Pour la moitié des passants, les chercheurs demandaient un service avant de demander la donation. L'étude a montré que les passants auxquels on demandait un service étaient notablement plus prompts à faire une donation (54,9% contre 35,7% sans service demandé).

---

[800] F. Green, "*The 'Foot-in-the-Door' Technique*", American Salesman 10 (1965): 14–16.
[801] E.H. Schein "*The Chinese Indoctrination Program for Prisoners of War: A Study of Attempted Brain washing*", Psychiatry. 1956 May;19(2):149-72.
[802] J. L. Freedman & S. C. Fraser, "*Compliance Without Pressure: The Foot-in-the Door Technique*", Journal of Personality and Social Psychology 4 (1966): 195–203
[803] S. Meineria, M. Dupre, B. Vallee, N. Gueguen, "*When a service request precedes the target request: another compliance without pressure technique?*", Social Influence, 2015, Pages 278-285

L'engagement aura donc une réelle valeur psychologique pour celui qui le prend. C'est d'autant plus vrai si celui-ci est public.

## III- LA VALEUR DE L'ENGAGEMENT PUBLIC

377. Les psychologues ont montré l'influence pour un individu d'extérioriser sa pensée. Comme le rappelle Cialdini, « les meilleurs indices de ce que les gens sentent et croient réellement se trouvent moins dans leurs paroles que dans leurs actes »[804]. Dans l'exemple des militaires américains durant la guerre de Corée, le fait que les Chinois conduisent ces militaires à écrire leurs déclarations négatives sur leur pays les conduisait à collaborer avec l'ennemi. Comme le résume Cialdini, « Quand l'engagement existe positivement, l'image du sujet se trouve soumise à des pressions internes et externes. De l'intérieur, le sujet se sent poussé à mettre son image en conformité avec ses actes. De l'extérieur, il est conduit, plus sournoisement encore, à adapter son image à la façon dont les autres le voient ».

Selon Lewin[805], il se produit un « effet de gel », c'est-à-dire une adhérence à la décision prise. Lewin montrait que l'engagement était plus fort si on incitait des personnes à prendre une décision par eux-mêmes que si on leur vantait les bienfaits de cette décision à l'occasion d'une conférence. Il s'agit bien ici d'une adhérence au comportement même de décision et non de l'adhésion aux raisons bonnes ou mauvaises qui sont censées orienter ce comportement. Il est intéressant de noter que dans cette expérimentation, la décision était publique, réalisée face aux autres participants.

Ce besoin de cohérence et cet effet de l'engagement notamment public s'appliquent bien entendu aux engagements pris à l'occasion des pourparlers.

[804] Op. cit. p. 73
[805] Lewin K., (1952). "*Group decision and social change*", in G. Swanson, T. Newcomb & E. Hartley (eds)., Readings in social psychology, Henry Holt, 1952, p. 459-473

## SECTION 2 : APPLICATION A LA NEGOCIATION DES CONTRATS

L'analyse psychologique justifie de donner un effet aux déclarations précontractuelles. Tant Fisher et Ury (I) que Michaux (II) justifient cette application.

### I- L'IMPACT DES ENGAGEMENTS PRECONTRACTUELS

378. Selon Fisher et Ury, une déclaration selon laquelle les parties ne sont pas engagées par leurs discussions permet d'encourager la discussion pour explorer des solutions inventives et positives pour les parties. L'insertion d'une clause « *subject to contract* » telle que « *tentative draft – no commitment* » a donc une utilité dans la négociation.

Comme pour l'analyse économique du droit[806], l'analyse psychologique montre l'impact des déclarations précontractuelles. Ici aussi, il ne faut pas prendre le terme d'engagement dans son sens juridique. Il s'agit d'une déclaration d'une partie selon laquelle elle va faire quelque chose ou en pas faire quelque chose.

Pour Fisher et Ury, une manière d'augmenter son pouvoir de négociation est de faire une proposition ferme. Prendre un engagement sur ce qu'on fera si l'autre partie accepte les conditions est une manière de réduire la peur de l'autre partie de s'engager sur un terrain glissant. Sans un engagement clair, l'autre partie pourra préférer une situation douloureuse plutôt que de s'engager à l'aveuglette si elle craint qu'une indication favorable de sa part vous conduira à demander plus. Ainsi, plus la proposition est concrète, plus elle est convaincante. Une proposition écrite aura plus de valeur qu'une proposition orale. Prendre un engagement et s'y tenir aura pour effet de réduire les options de l'autre partie.

[806] Voir supra

Comme Ficher et Ury, Michaux établit l'impact de l'engagement dans la négociation contractuelle.

## II- ANALYSE PSYCHOLOGIQUE ET FORCE OBLIGATOIRE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES

Michaux montre que l'analyse psychologique confirme la légitimité de sanctionner les déclarations précontractuelles (A), tout en tenant compte du cadre culturel (B).

### A- La justification de la sanction des déclarations précontractuelles

379. Même si le principe en droit français et en droit anglais est la liberté précontractuelle, la négociation entraînera chez les négociateurs un engagement qui devrait les pousser à la persévérance. Comme le rappelle Michaux, « Une fois engagés, 'enfoncés ' pourrait-on dire, dans leur ligne d'action, ils éprouveront un mal considérable à opérer un revirement d'attitude, ce qui équivaudrait à nier ce qui a été fait et dit, et donc à détruire la cohérence qu'à leurs yeux ils ne peuvent perdre. […] Cette tendance sera d'autant plus marquée que le temps et que les coûts investis (temps) augmentent ».

Tout engagement intermédiaire aura pour effet, dans l'esprit du négociateur, de créer un « effet de gel ». Comme le montre l'expérience de Lewin, l'important n'est pas que cet engagement soit écrit, mais qu'il soit extériorisé.

Cela justifie de donner un effet juridique à la *misrepresentation* en droit anglais, ou encore de reconnaître une responsabilité civile délictuelle envers le contractant soumis au droit français en cas de rupture des négociations. Comme l'analyse économique du droit, l'analyse psychologique confirme la légitimité de sanctionner les déclarations précontractuelles, quelle que soit leur forme.

Comme le montre l'exemple de l'armée américaine en Chine, la rédaction d'un écrit aura pour effet de renforcer cet effet d'engagement[807]. Un tel effet peut expliquer la tendance, notamment en France, à donner un effet aux lettres d'intention, accords de principe ou accords intermédiaires.

Un tel effet d'engagement ne se produira pas si les parties ont supprimé la valeur engageante à leur négociation. Comme le rappelle Michaux, « il est permis de penser que le négociateur se sent peu à peu pris au piège de la négociation, et éprouve de plus en plus de difficultés à rompre le cours des discussions, au fur et à mesure qu'il semble se rapprocher d'une issue. Cette tendance néfaste serait annihilée si les négociations étaient régulièrement interrompues et devaient faire l'objet d'un aval des participants pour se poursuivre »[808]. Ainsi, l'analyse psychologique confirme la valeur des clauses d'absence de responsabilité ou clauses « *subject to contract* »[809].

Les engagements pris au cours de la négociation doivent donc bien être pris en considération. Il faudra toutefois tenir compte de la culture des parties qui prennent ces engagements.

## B- L'importance de la culture

380. L'analyse psychologique peut expliquer les différences d'approche entre le droit français et le droit anglais et justifier une approche herméneutique de la rupture des négociations.

Comme le rappelle Michaux qui étudiait le droit civil belge, « Les effets que nous venons de dégager apparaissent dans la mesure où, dans notre société, des valeurs telles que l'engagement et la persistance se voient particulièrement valorisées (le respect de la parole donnée a une grande importance). Il n'en va pas de même dans tous les types de sociétés. Les développements que nous avons effectués à l'instant, et

[807] On trouve dès l'antiquité des traces de cette norme sociale, par exemple avec la célèbre phrase d'Horace "*verba volant, scripta manent*" : les paroles d'envolent, les écrits restent.
[808] S. Michaux, op. cit., p. 819
[809] C'est le même effet qui se produit lorsqu'un consommateur dispose d'un délai de réflexion et doit, à l'issue de ce délai, affirmer son engagement.

les implications que nous en retirons, ne valent dès lors que dans l'hypothèse où les négociations mettent en présence des individus issus d'une culture partageant ces valeurs »[810].

On a montré que les droits anglais et français sanctionnent tous deux la rupture des négociations, mais que les contours peuvent être différents. On rejoindra Legrand pour affirmer que le droit est influencé par la culture. Il ne semble pas faire de doute que la déclaration presqu'unanime des auteurs en droit anglais selon laquelle chacun peut librement rompre les négociations, sauf exception, confrontée à la déclaration elle aussi presque unanime des auteurs français qui affirment avec le Code civil que les parties doivent négocier « de bonne foi » est le reflet d'une approche culturelle différente, mais également que cette position doctrinale influence cette culture.

381. Comme on peut le remarquer, l'analyse psychologique confirme les résultats de l'analyse économique visant à promouvoir une collaboration précontractuelle et à tenir compte des déclarations précontractuelles. Les juges de part et d'autre de la Manche appliquent cette distinction de manière intuitive. Loin d'orienter le droit, l'analyse économique et psychologique permettront plutôt de mieux comprendre nos droits de la responsabilité pour rupture des pourparlers.

## SOUS-TITRE 2 : L'APPLICATION PAR LA JURISPRUDENCE DES PRINCIPES DE COLLABORATION ET D'EFFET DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES

Bien que la doctrine ne fasse pas formellement ressortir ces critères en droit français et en droit anglais, on peut retrouver dans l'analyse de la jurisprudence une tendance des juges à mettre en application les principes de collaboration précontractuelle (Chapitre 1) et d'effet des déclarations précontractuelle (Chapitre 2) lorsqu'ils évaluent la responsabilité à l'occasion de la rupture des pourparlers.

[810] S. Michaux, op. cit., p. 820

# CHAPITRE 1 : L'APPLICATION PAR LES JUGES FRANÇAIS ET ANGLAIS DE L'IMPERATIF DE COLLABORATION PRECONTRACTUELLE

Les juges français et anglais appliquent instinctivement beaucoup des enseignements de l'analyse économique et psychologique de la négociation relatifs à la promotion de la collaboration précontractuelle. L'analyse des décisions de justice montre que les tribunaux soumis au droit français comme au droit anglais appliquent des principes de collaboration précontractuelle (A) et prennent en compte le pouvoir de négociation respectif des parties (B)

## SECTION 1- LA COLLABORATION PRECONTRACTUELLE

Tant en droit français (I) qu'en droit anglais (II), on peut reconnaître à la lecture des décisions de justice une obligation de collaboration précontractuelle.

### I- LA COLLABORATION PRECONTRACTUELLE EN DROIT FRANÇAIS

382. Peu d'arrêts français prévoient expressément un devoir de collaboration précontractuelle. Or, l'analyse montre que plusieurs situations peuvent être expliquées par un tel principe.

L'action quasi-contractuelle est souvent utilisée également pour constater un contexte de collaboration précontractuelle. Tel était le cas, par exemple, dans des arrêts du 9 juillet 2013[811] ou du 13 juillet 2004[812] qui admettaient le remboursement de frais précontractuels sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou d'arrêts de la cour d'appel d'Aix en Provence du 24 janvier 2008[813] et de la Cour de cassation du 10

[811] Cass. Com. 9 juillet 2013, n° 12-17434, inédit
[812] Cass. 1ère civ., 13 juillet 2004, n° 01-03608, publié au Bulletin
[813] C.A. Aix-en-Provence, 20 janvier 2008, n° 07/03079

février 1998[814] qui retenait le fondement de la gestion d'affaires. C'était également le fondement de l'arrêt du 13 juillet 2004[815] qui imposait au contractant qui avait négocié pendant 6 ans l'utilisation de panneaux publicitaires, et avait été autorisé à les utiliser pendant la négociation, à indemniser son partenaire pour cette utilisation.

L'objectif de collaboration précontractuelle est également atteint par la validation des avant-contrats

La collaboration supprime également la responsabilité. Un arrêt du 17 novembre 2016[816] tenait ainsi compte du fait que les acquéreurs avaient fait preuve de compréhension en proposant de retarder la date de signature de l'acte authentique pour refuser de reconnaître une responsabilité pour rupture des négociations.

Comme le droit français, les juges anglais imposent une obligation de collaboration précontractuelle.

## II- LA COLLABORATION PRECONTRACTUELLE EN DROIT ANGLAIS

383. Les tribunaux anglais affirment par principe, comme dans l'arrêt *Halifax Financial Services v Intuitive Systems*[817], que les tribunaux ont de manière constante refusé d'imposer aux parties de se livrer à un processus coopératif, particulièrement dans des négociations de bonne foi, au motif de l'impossibilité légale et pratique de suivre et faire appliquer ce processus. Ces arrêts se prononcent toutefois dans le contexte de la reconnaissance d'une obligation de bonne foi ou d'un *agreement to agree*. On rappellera que le terme de « bonne foi » semble avoir une acception subjective pour nombre de juges anglais. C'est ce qui explique que dans l'arrêt *Abballe v. Alstom*[818], le juge *Humphrey Lloyd QC* justifiait le refus de la validité d'un *agreement to agree* en déclarant qu'un « engagement de négocier requiert de la part

[814] Cass. Com., 10 février 1998, n° 95-16643, inédit
[815] Cass 1re civ., 13 juillet 2004, n° 01-03.608, publié au Bulletin
[816] CA Nîmes, 17 novembre 2016, n° 15/05510
[817] *Halifax Financial Services v Intuitive Systems* [1999] 1 All ER (Comm) 303
[818] *Abballe (Trading As G.F.A) v. Alstom Uk Ltd* [2000] EWHC Technology 122

d'une partie de considérer son meilleur intérêt et si une telle obligation était applicable cela imposerait à cette partie d'abandonner son meilleur intérêt ».

384. Toutefois, l'analyse des décisions de justices rendues par les tribunaux anglais montrent également que les tribunaux imposent une collaboration précontractuelle.

Les tribunaux anglais acceptent la validité d'un avant-contrat. Dans l'arrêt *Knatchbull-Hugessen v. SISU capital*[819] et dans l'arrêt *Radiant Shipping Co. Ltd v. Sea Containers Ltd*[820], les juges appliquaient ainsi un *collateral contract* prévoyant le remboursement des frais de négociation. Les tribunaux acceptent la validité des obligations de *best endeavours*[821] ou d'une clause « *subject to contract* »[822].

Ils tirent également les conséquences d'une collaboration à l'aide de l'action en *restitution*. Ainsi, dans l'arrêt *Scarisbrick v Parkinson*[823], le tribunal indemnisait le demandeur, embauché pendant 3 ans pour £60 comme secrétaire. Dans l'arrêt *Way v Latilla*[824] ou dans l'arrêt *Benedetti v. Sawiris*[825] également, c'est une collaboration informelle qui était indemnisée. La reconnaissance d'une obligation de collaboration sous-tend la décision rendue dans l'arrêt *William Lacey (Hounslow) Ltd v. Davis*[826] dans lequel le juge *Barry J.* reconnaissait que le travail effectué « dépassait largement le travail normal qu'un constructeur, par coutume ou par usage, réalise normalement gratuitement, lorsqu'il est invité à répondre à un appel d'offre pour la construction d'un bâtiment »[827]. C'est le même raisonnement qu'on retrouve dans l'arrêt *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd*[828].

C'est également le cas dans l'arrêt *EVP v. Malabu*[829] au moyen de la reconnaissance d'un *implied term*.

La liberté du juge lorsqu'il décide en *equity* lui permet d'imposer une telle collaboration, tel le cas de l'arrêt *McCarron v. McCarron*[830] dans lequel le juge

---

[819] *Knatchbull -Hugessen & Ors v SISU Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 (Mercantile)
[820] *Radiant Shipping Co. Ltd V. Sea Containers Ltd* [1995] C.L.C. 976.
[821] *R & D Construction Group Ltd v. Hallam Land Management Ltd* [2009] ScotCS CSOH_128
[822] *Winn v Bull* (1877-78) L.R. 7 Ch. D. 29
[823] *Scarisbrick v Parkinson* (1869) 20 LT 175
[824] *Way v Latilla* [1937] 3 All ER 759
[825] *Benedetti & Anor v Sawiris & Ors* [2009] EWHC 1330 (Ch)
[826] *William Lacey (Hounslow) Ltd v. Davis* [1957] 1 WLR 932
[827] *Per Barry J. at* p. 935: "*fell right outside the normal work which a builder, by custom and usage, normally performs gratuitously, when invited to tender for the erection of a building*".
[828] *British Steel Corpn v. Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd* [1984] 1 All ER 504
[829] *Energy Venture Partners Ltd v Malabu Oil and Gas Ltd* [2013] EWHC 2118 (Comm)
[830] *McCarron v. McCarron*, unreported, Supreme Court, 13th February 1997

*Murphy J.* indiquait qu'il « pourrait être plus adéquat de compenser ce droit immobilier sous la forme d'une somme équivalente à une rémunération raisonnable pour les services rendus ».

C'est bien un soutien à la collaboration précontractuelle que met en valeur l'arrêt *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras (No 3)*[831]. Les parties doivent pouvoir organiser leur négociation pour atteindre un résultat idéal. Ainsi, comme le déclare le juge *Longmore LG*, « Décider qu'une telle clause [qui stipule une obligation expresse de négocier de bonne foi] n'a 'pas de contenu légal' pour reprendre les termes de *Lord Ackner* aurait pour effet que le droit remettrait en cause délibérément les attentes raisonnables d'honnêtes gens »[832].

Comme on peut le voir, bien que les tribunaux et les auteurs en droit français comme en droit anglais ne font pas ressortir une obligation de collaboration précontractuelle, celle-ci existe et pourrait être renforcée au regard des résultats de l'analyse économique et psychologique du droit qui montrent les bienfaits d'une telle collaboration. Les juges tiennent compte également du pouvoir de négociation des parties.

## SECTION 2- LA PRISE EN COMPTE DU POUVOIR DE NEGOCIATION DES PARTIES

Peu d'auteurs en droit français comme en droit anglais reconnaissent formellement l'influence du pouvoir de négociation des parties à la négociation. Or, l'analyse des décisions de justice montre que, dans les faits, les juges en tiennent souvent compte. Ici aussi, l'analyse économique permet de comprendre les ressorts de chacun des droits. On remarque en effet que les tribunaux réagiront différemment selon que les parties semblent avoir une égalité de pouvoir de négociation (I) ou au contraire ne négocient pas à armes égales (II).

---

[831] *Petromec Inc & Ors v Petroleo Brasileiro SA Petrobras & Ors* [2005] EWCA Civ 891

[832] At &121: "*To decide that it has "no legal content" to use Lord Ackner's phrase would be for the law deliberately to defeat the reasonable expectations of honest men*"

## I- L'EGALITE DE POUVOIR DE NEGOCIATION

385. De nombreux exemples montrent en droit français comme en droit anglais que si les parties négocient à armes égales, les juges seront moins prompts à reconnaître une responsabilité.

Dans un arrêt du 7 novembre 2013[833], les juges ne sanctionnaient pas l'échec d'une négociation entre deux entreprises et refusaient donc l'action du demandeur, « professionnel de ce type d'opération ». La Cour de cassation adoptait la même attitude dans un arrêt du 29 mai 2013, qui concernait une négociation entre deux groupes industriels[834], dans un arrêt du 15 octobre 1996 relatif à la négociation d'un contrat commercial entre entreprises[835] ou dans un arrêt du 12 janvier 1999[836]. Dans un arrêt du 20 mars 2014[837], les juges refusaient de sanctionner l'échec de pourparlers engagés entre un architecte et l'un de ses collaborateurs en vue de la reprise de la clientèle de l'agence. Dans un arrêt du 29 mars 2017[838], la Cour d'appel de Paris tenait compte du fait que les parties étaient des professionnels avertis pour reconnaître le caractère embryonnaire des négociations. La Cour de cassation refusait dans un arrêt du 28 février 2006[839] de reconnaître un accord de partiel entre deux professionnels. Dans un arrêt du 26 juin 1990[840], la Cour de cassation rappelait que les parties, professionnelles, agissaient à leurs « risques et périls ». Dans un arrêt du 5 novembre 1996[841], le juge donnait un accueil favorable à une clause d'absence de responsabilité dans la négociation entre deux médecins en vue d'un accord d'association médicale au sein d'une clinique.

Dans des arrêts du 3 juin 2003[842] et du 10 mars 1998[843], les tribunaux niaient la valeur contractuelle d'une lettre d'intention entre deux professionnels.

---

[833] C.A. Paris, 7 novembre 2013, n° 12/13838
[834] Cass. 1ère civ., 29 mai 2013, n° 12-16563, inédit
[835] Cass. Com., 15 octobre 1996, n° 94-17010, inédit
[836] Cass. Com., 12 janvier 1999 (Bussereau et autres c/ SA Compagnie de Suez), n° 96-14.604, inédit
[837] Cass. 1ère civ., 20 mars 2014, n°12-28318, inédit
[838] CA Paris, 29 mars 2017, n° 15/22953
[839] Cass. Com., 28 février 2006, n° 04-14719, inédit
[840] Cass. 1ère civ., 26 juin 1990, n° 89-11396, inédit
[841] Cass. 1ère civ, 5 novembre 1996 (Rousselot c/ Couronne), n° 94-20817, publié au Bulletin
[842] Cass. Com. 3 juin 2003, n° 00-17008, inédit
[843] Cass. Com., 10 mars 1998 (Société Groupe Limagrain Holding c/Louis Faton), n° 95-21126, inédit

Un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 24 septembre 2007[844] refusait le fondement de la gestion d'affaires entre deux professionnels.

386. En droit anglais également, dans l'arrêt *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)*[845], le juge refusait la responsabilité entre deux professionnels, rappelant la liberté contractuelle et le fait que les parties savaient qu'elles négociaient à leurs risques et périls. C'était également le cas dans les arrêts *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor*[846] et *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & Ors*[847] ou encore l'arrêt *Kwik Save Store v. Stockton*[848]. *Dans l'arrêt Rose & Frank Co v JR Crompton & Bros Ltd*[849], le juge refusait la valeur d'une lettre d'intention conclue entre deux entreprises. Dans l'arrêt *Generator Developments v. LIDL*[850], un élément pour refuser la responsabilité était que c'était une affaire entre des parties commerciales conseillées pas des avocats, travaillant à armes égales vers la conclusion d'un contrat purement commercial. C'est bien le pouvoir de négociation qui est pris en compte et non pas le statut de professionnel. Dans l'arrêt de la *House of Lords Cobbe v. Yeomans*[851], la Cour relevait que *Mr Cobbe* était un développeur immobilier expérimenté et *Mrs Lisle-Mainwaring* donne l'impression de connaitre le sujet à la table des négociations. Bien que la vendeuse ne soit pas une entreprise, sa compétence avait pour effet de rendre les parties égales dans la négociation.

Comme le rappelait *Lord Wilberforce* dans l'arrêt *Liverpool City Council v Irwin*, le fait que le contrat soit entre des commerçant conduira également à reconnaître plus facilement des *implied terms*[852].

387. On a déjà cité le fait que la reconnaissance de la responsabilité en droit anglais pouvait être influencée par le fait que les parties négocient souvent avec le soutien de leur *solicitor*. En droit français également, la présence de conseils pourrait avoir une

---

[844] C.A. Versailles, 24 septembre 2007, n° 06/01301
[845] *Regalian Properties Plc v. London Dockland Development Corp (Regalian)* [1995] 1 WLR 212
[846] *Aisling Developments Ltd v Persimmon Homes Ltd & Anor* [2008] ScotCS CSOH_140
[847] *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd & Ors* [2014] EWHC 2145 (Ch)
[848] *Kwik Save Stores Ltd v Stockton on Tees Borough Council* [2004] EWLands ACQ_132_2002,
[849] *Rose & Frank Co. v. J.R. Crompton & Bros. Ltd* [1925] A.C. 445
[850] *Generator Developments Ltd v LIDL UK GmbH* [2018] EWCA Civ 396
[851] *Cobbe v Yeoman's Row Management Ltd* [2008] UKHL 55
[852] *Liverpool City Council v Irwin* [1977] AC 239

influence sur la reconnaissance ou non d'une responsabilité. Dans un arrêt du 12 mars 2019[853], les juges tenaient compte du statut de professionnel des parties et de la présence de conseils. Les juges considéraient que « La cour n' a pas à se prononcer sur la notion de raison objective ayant conduit les sociétés McDonald's à renoncer à leur projet étant rappelé le principe de liberté régissant les pourparlers contractuels, quand bien même cette raison se trouverait dans le changement de politique d'implantation du groupe McDonald's, la seule limite à la liberté de se désengager d'un processus de négociation fût-il avancé est la preuve rapportée par celui qui l'invoque d'un comportement déloyal et du manque de transparence ». Ils ajoutaient qu'en l'espèce, « étant précisé que les pourparlers ont été conduits par des intermédiaires mandatés réciproquement par les parties, lesquelles sont indéniablement des professionnels avertis des affaires, il apparaît que le processus de négociation a été mené avec des échanges d'informations réguliers, que les sociétés Lucar et 5 A n'ont rien ignoré des études techniques liées à la transformation des locaux en vue de leur nouvelle affectation à un autre type de restauration que la restauration traditionnelle, ni des difficultés se profilant en vue de l'obtention des autorisations administratives nécessaires pour y procéder ».

388. Le pouvoir de négociation n'est qu'un élément pris en compte par les juges. Le fait que les parties aient un pouvoir de négociation égal n'empêcherait pas une action en responsabilité, par exemple en présence d'une déclaration erronée[854]. Les juges seront seulement moins stricts si les négociations se sont déroulées à armes égales.
Les juges adopteront une attitude différente s'ils perçoivent un déséquilibre dans le pouvoir de négociation des parties.

## II- LE DESEQUILIBRE DE POUVOIR DE NEGOCIATION

389. Si les parties ont un pouvoir de négociation déséquilibré, les juges auront tendance à protéger la partie faible.

[853] CA Poitiers, 12 mars 2019, n° 18/00579
[854] *Wilson Smithett & Cope (Sugar) Ltd v. Bangladesh Sugar Industries Ltd* [1986] 1 Lloyd's Rep 378

Un arrêt du 31 mars 2005[855] sanctionnait ainsi plus facilement le comportement de la major Warner Bros dans sa négociation avec un petit prestataire. De même, dans un arrêt du 12 juillet 1994[856], la Cour de cassation reconnaissait la valeur contractuelle d'une lettre d'intention conclue entre une entreprise et son salarié demandeur à l'action. Un arrêt du 3 juin 2008[857] reconnaissait un recours quasi-contractuel intenté par un particulier, candidat à la reprise d'une exploitation agricole. Ici encore, ce n'est pas nécessairement le statut de professionnel ou non qui est pris en compte mais la position de négociation des parties. L'utilisation d'un tel critère donne tout son sens à la décision de la Cour de cassation du 22 février 1994[858] dans lequel deux entreprises négociaient mais le vendeur avait profité de la situation financière précaire de l'entreprise acheteuse pour l'inciter à des investissements coûteux voués à l'échec.

Bien entendu, cette position n'est qu'un indice et le fait qu'une partie soit en position inférieure de négociation n'implique pas nécessairement de responsabilité de la partie forte. Ainsi, dans un arrêt du 22 mai 2001[859], la Cour de cassation refusait de reconnaître un accord de principe alors que « les lettres adressées à M. X... par deux anciens dirigeants de France 2 peuvent tout au plus constituer des indices concernant l'existence de pourparlers ».

Bien que cette distinction ne soit pas mise en avant par la doctrine, tant les juges français que les juges anglais promeuvent donc un impératif de collaboration précontractuelle conforme aux enseignements dégagés par l'analyse économique et psychologique du droit. Il en est de même en ce qui concerne l'impact des déclarations précontractuelles.

[855] C.A. Versailles, 31 mars 2005, n° 03/08452
[856] Cass. Com., 12 juillet 1994, n° 92-19247, inédit
[857] C.A. Dijon, 3 juin 2008, n° 07/01458
[858] Cass. Com., 22 février 1994, n° 92-13871, publié au Bulletin
[859] Cass. Com., 22 mai 2001, n° 95-19918, inédit

## CHAPITRE 2- LA PRISE EN COMPTE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES PAR LES JUGES FRANÇAIS ET ANGLAIS

390. L'analyse de la jurisprudence montre que les tribunaux français et anglais tendent à sanctionner les déclarations précontractuelles émises pendant la négociation. La reconnaissance en doctrine d'une telle distinction entre les situations dans lesquelles une partie est restée silencieuse et celles où elle a émis une déclaration précontractuelle pourrait apporter des solutions concrètes aux débats visiblement insolubles sur la valeur des engagements unilatéraux tant en droit français qu'en droit anglais. Sanctionnés tantôt par une responsabilité délictuelle, tantôt par une obligation de moyens en France, leur valeur contractuelle est niée par le *common law*, mais sanctionnée ici aussi par l'indemnisation de la perte subie en droit anglais au moyen du *tort of misrepresentation*, de la reconnaissance d'un *collateral contact* implicite ou de l'*estoppel*.

La prise en compte des déclarations précontractuelles permet d'unifier le droit anglais de la responsabilité précontractuelle. Que ce soit sur le fondement de la *misrepresentation* ou de l'*equity*, les juges vont souvent fonder leur décision sur la reconnaissance d'une déclaration.

La situation est moins claire en droit français puisque le silence peut conduire à une responsabilité. Mais la plupart des décisions qui reconnaissent une responsabilité précontractuelle en droit français pourraient être expliquées par la reconnaissance d'une déclaration.

L'analyse des décisions de justice montre que les déclarations précontractuelles sont prises en compte par les droits français et anglais lors de la rupture des pourparlers (Section 1). Les tribunaux mettent également en avant une interdiction de se contredire (Section 2).

## SECTION 1 : LA SANCTION DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES

391. L'influence des déclarations précontractuelles sur le niveau d'implication des parties dans la négociation militerait pour une extension de l'*innocent misrepresentation* aux situations dans lesquelles aucun contrat n'a été conclu. Le *Misrepresentation Act* permet en effet l'octroi d'une indemnisation en lieu et place de la *rescission*. On pourrait également imaginer une indemnisation pour les déclarations innocentes émises au cours d'une négociation qui n'a pas abouti, lorsque l'autre partie a compté sur cette déclaration à son détriment. Une telle reconnaissance limiterait le besoin de recourir à l'artifice de l'*estoppel*, qui comme on l'a vu indemnise le plus souvent la perte subie.

Elle expliquerait également nombre de décisions de justice dans lesquelles une partie n'avait pas commis de « faute » mais voyait sa responsabilité néanmoins reconnue.

La prise en compte des déclarations précontractuelles n'exige pas la preuve d'une faute au sens moral du terme. Comme on a pu le montrer précédemment, les tribunaux français comme anglais n'appliquent pas la distinction classique du Code civil organisant la responsabilité autour d'une faute intentionnelle, par négligence ou par imprudence. C'est la raison pour laquelle on a, dans cette thèse, préféré le terme de fait générateur de responsabilité à celui de faute communément utilisé par la doctrine. Plusieurs situations précontractuelles ont conduit à une responsabilité alors qu'aucun comportement intentionnel, imprudent ou négligent n'était relevé. Inversement, la responsabilité a pu être refusée alors qu'une partie avait un comportement qu'on aurait pu qualifier d'immoral.

Le célèbre arrêt Manoukian du 26 novembre 2003[860] sanctionne le cédant qui avait laissé croire au demandeur que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, alors qu'il avait en réalité vendu à un tiers. Dans un

[860] Cass. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10949, publié au Bulletin

arrêt de la Cour d'appel de Lyon[861], les juges ont retenu que plusieurs courriers mentionnaient que la société réitérait sa volonté d'aboutir sur le projet. La rupture entraînait donc la responsabilité. De même, dans un arrêt du 10 octobre 2002[862] les juges sanctionnaient les consorts X qui avaient entamé des négociations en laissant croire à l'issue positive de celles-ci, alors qu'ils savaient qu'ils ne pourraient probablement pas obtenir le financement nécessaire au projet.

Les arrêts du 26 mars 2008[863] ou du 12 mai 2004[864] qui refusent de sanctionner des négociations parallèles en présence de pourparlers peu avancés pourraient être expliqués par l'absence de déclaration erronée. C'est d'ailleurs ce qui ressort du dispositif de l'arrêt du 13 novembre 2013[865] dans lequel les juges décident que « rien n'interdisait à la société TRW de rechercher d'autres collaborations en l'absence de promesse d'exclusivité faite à la société ZAD ».

392. En droit anglais, l'arrêt *Brewer Street Investments Limited v. Barclays Wool & Co. Ltd*[866] sanctionnait le locataire qui avait demandé au bailleur de réaliser des aménagements puis avait refusé de louer. De même, dans l'arrêt *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis*[867], les juges sanctionnaient *Davis* qui avait laissé penser à *William Lacey* qu'il obtiendrait un contrat et conduit dernier à réaliser un travail important. Le juge *Barry J* soulignait que le refus d'un recours « serait, je pense, un déni de justice pour les demandeurs dans cette affaire ». Dans l'arrêt *Countrywide v. ICL*[868], *ICL* postulait pour un appel d'offre. *Countrywide* a accepté de préparer gratuitement la partie liée à la communication contre l'assurance qu'ils deviendraient sous-traitants pour la communication. Le juge *Nicholas Strauss QC* décidait que « je trouverais très injuste si *Countrywide* n'était pas indemnisé de manière appropriée pour leur travail ».

---

[861] CA Lyon, 22 mai 2008, 3ème Ch. civ., section A, inédit, n° de RG 07/02305
[862] Cass 2e civ, 10 octobre 2002 (Ville de Bressuire c/ consorts X...), n° 01-03079, inédit
[863] Cass. Com. 26 mars 2008, n° 07-11026, inédit
[864] Cass. Com., 12 mai 2004, n° 00-15618, publié au Bulletin
[865] Cass. Com. 13 novembre 2013, n°12-25043, inédit
[866] *Brewer Street Investments Limited v. Barclays Wool & Co. Ltd* [1954] 1 Q.B. 428
[867] *William Lacey (Hounslow) Ltd v Davis* [1957] 1 WLR 932
[868] *Countrywide Communications Ltd v ICL Pathway Ltd & Anor* [1999] EWHC 293 (QB)

La sanction des déclaration précontractuelles explique également l'accueil favorable des juges à la reconnaissance d'un contrat en présence d'une *consideration* nominale[869] ou la force obligatoire d'un engagement unilatéral qui requiert l'exécution d'un acte[870].

Dans l'arrêt *Generator Developments v. LIDL*[871], les juges refusaient la responsabilité, relevant qu'aucune déclaration erronée n'a été réalisée. Dans l'arrêt *Herbert v. Doyle*[872], le juge tenait compte du fait que les locataires avaient dit au propriétaire de ne pas mettre la charrue avant les bœufs pour refuser la responsabilité.

Le fait d'émettre une déclaration précontractuelle est donc bien pris en compte par les juges français et anglais pour reconnaître une responsabilité pour rupture des négociations. Les juges suivent également l'analyse économique et psychologique du droit en sanctionnant l'interdiction de se contredire.

## SECTION 2 : L'INTERDICTION DE SE CONTREDIRE

393. Sanctionner les déclarations précontractuelles, c'est également sanctionner le fait pour une partie de revenir sur une déclaration antérieure. Comme l'a montré l'analysé économique, le fait pour une partie d'avoir fait une déclaration précontractuelle a en effet changé les paramètres de la négociation. Michaux établissait également que l'analyse psychologique militait en faveur d'une interdiction de se contredire.

Une telle attitude était sanctionnée de manière claire dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1994[873] dans lequel le bailleur avait, en cours de négociation, formulé de nouvelles prétentions alors que le cédant et le cessionnaire avaient précédemment respecté, mot pour mot, les suggestions émises par le bailleur. Un arrêt

[869] *Mountford v. Scott* [1975] Ch. 258
[870] *Errington v. Errington Woods* [1952] 1 K.B. 290
[871] *Generator Developments Ltd v LIDL UK GmbH* [2018] EWCA Civ 396
[872] *Herbert v Doyle & Anor* [2008] EWHC 1950 (Ch)
[873] Cass. Com, 22 février 1994, n° 91-18842, publié au Bulletin

du 7 février 2007[874] sanctionnait le candidat preneur à bail commercial qui avait poursuivi les discussions en exprimant son intention d'aboutir puis avait rompu les pourparlers. Un arrêt du 18 janvier 2018[875] critiquait la notification, après 18 mois de pourparlers sur la base d'un prix révisable à la baisse, d'un prix finalement non révisable.

De même, l'interdiction de se contredire explique les arrêts qui sanctionnent une partie qui a incité son partenaire à réaliser des dépenses précontractuelles. Dans l'arrêt du 3 octobre 1972[876], la Cour de cassation sanctionnait Monoprix pour avoir rompu les pourparlers après avoir incité la SCI bailleresse à réaliser des travaux. Dans un arrêt du 12 octobre 1993[877], elle sanctionnait le franchiseur qui avait confirmé que son futur franchisé prendrait à bail le local pourvu que le bailleur de réalise des aménagements importants et rapides du local, puis avait mis fin aux négociations portant sur le contrat de franchise du fait d'études de marché négatives.

Dans un arrêt du 19 octobre 1999[878], c'est en raison du changement de la déclaration par une partie que l'autre rompait les pourparlers.

L'inconsistance du partenaire est un motif légitime de rupture. Dans un arrêt du 26 mars 2008[879], la Cour de cassation a déboutait le demandeur de son action au motif que « la rupture des pourparlers est intervenue lorsque la société Atac a manifesté son intention de revenir à ses offres d'origine, alors qu'elles avaient déjà été discutées à la baisse ».

394. En droit anglais, c'est cette interdiction de se contredire qui sous-tend l'ensemble des actions en *equity* pour *estoppel* ou pour *constructive trust*. C'était le cas dans l'arrêt *Prunty v. Crowley*[880], *dans lequel Crowley* avait proposé à *Danny Prunty* d'acheter le terrain sous réserve que *Danny Prunty* abandonne son action contre *Kenny*, *Danny Prunty* avait abandonné son action contre *Kenny* et *Crowley* avait finalement refusé d'acheter. C'est également le cas de l'arrêt *Pallant v.*

[874] CA Paris, 7 février 2007, n° 06/02762
[875] CA Nîmes, 18 janvier 2018, n° 16/02927
[876] Cass. 3e civ., 3 octobre 1972, Société des Monoprix c/ La société civile immobilière "Résidence Bonaparte", n° 71-12.993, publié au Bulletin
[877] Cass. Com., 12 octobre 1993, Casa c/ Société Hubo, n° 91-19.456, inédit
[878] Cass. Com., 19 octobre 1999 (société Robert Bosch France c/ société Merlin Marcel et fils), n° 96-20693, inédit
[879] Cass. Com., 26 mars 2008, n° 07-11026, inédit
[880] *Prunty v. Crowley & ors* [2016] IEHC 293

*Morgan*[881] dans lequel les parties via leur agent ont décidé que l'un d'eux se retirerait de l'enchère et que si l'autre obtenait le bien, il en diviserait la propriété entre les deux parties. Après avoir acquis le bien, le nouveau propriétaire refusa de le diviser. Dans l'arrêt *An Cumann v. Albion*[882], le juge relevait pour reconnaître un constructive trust que le défendeur avait répété son intention de vendre avant de changer d'avis.

C'est également cette interdiction de se contredire qui peut expliquer l'arrêt *Blackpool & Fylde Aero Club v. Blackpool BC*[883] dans lequel les juges reconnaissaient un *collateral contract* au terme duquel la collectivité s'engageait à examiner chacune des soumissions adressées.

C'est ce même fondement qui peut justifier la reconnaissance d'un recours pour *misrepresentation* dans l'arrêt *Walford v. Miles*[884] dans lequel *Miles* avait émis une déclaration selon laquelle il n'engagerait pas de négociations parallèles, puis avait négocié avec un tiers.

[881] *Pallant v. Morgan* [1953] Ch. 43
[882] *IEHC An Cumann Peile Boitheimeach Teorenta v Albion Properties Ltd & Ors* [2008] 447
[883] *Blackpool & Fylde Aero Club v. Blackpool BC* [1990] 1 WLR 1195
[884] *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128

## CONCLUSION

395. On s'est attachés dans cette thèse à définir un critère qui explique la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit français et anglais. L'analyse de droit comparé a permis de montrer que la vision doctrinale d'une obligation précontractuelle de bonne foi en droit français doit être relativisée, tout comme le principe d'absence de responsabilité pour rupture des pourparlers exprimé par le droit anglais. Elle a permis de montrer la cohérence de chacun des droits et de faire ressortir certains fondements, tels que celui des quasi-contrats en droit français, qui ne sont pas identifiés pas la doctrine. La comparaison des droits montre que nombre de décisions seraient comparables en droit français et anglais mais explique également les différences entre ces deux droits. L'analyse statistique permet, elle aussi, de faire ressortir les critères utilisés par les juges français et anglais lorsqu'ils sont confrontés à la rupture des pourparlers. L'analyse économique et psychologique justifie les distinctions relevées par l'analyse comparée du droit et l'analyse statistique en justifiant la pertinence de prendre en compte un impératif de collaboration des parties qui tienne compte de leur pouvoir respectif de négociation et de prendre en considération les déclarations précontractuelles.

396. Cette thèse peut être la base de plusieurs recherches futures. On pourrait développer une analyse similaire pour déterminer le quantum de la responsabilité pour rupture des pourparlers. La définition de la croyance légitime, mise en avant par l'analyse statistique de la jurisprudence, justifierait, elle aussi, une recherche exhaustive. La méthode pluridisciplinaire utilisée dans cette thèse pourrait sans aucun doute éclairer le juriste dans d'autres domaines du droit, et notamment dans une analyse comparée de l'obligation d'information, dont les contours ne sont pas formellement définis tant en droit français qu'en droit anglais.

BIBLIOGRAPHIE

## 1) Méthodologie du droit comparé


ATIAS Christian, Epistémologie du droit, coll. Que Sais-je, PUF, 1994

KAHN-FREUND Otto, "Comparative Law as an Academic Subject", Inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 12 May 1965, Clarendon Press, Oxford, 1965

GRAZIADEI Michele, Comparative Law as a Study of Transplants and Receptions, Reinmann & Zimmermann, 2006

GUTTERIDGE Harold Cooke, "Lord Mansfield, a Comparatist Jurist of the 18th Century", in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, t. III, Sirey, 1934

IZORCHE Marie-Laure, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », Revue internationale de droit comparé, 2001

LEGRAND Pierre, "How to Compare Now", 16 Legal Studies 232, 1996

LEGRAND Pierre, "European Legal Systems are not Converging", 1996 International and Comparative Law Quarterly 52

LEGRAND Pierre, "Are Civilians Educable?", 18 Legal Studies 216, 1996

LEGRAND Pierre, "Against a European Civil Code", 60 Modern Law Review 44, 1997

LEGRAND Pierre, "The Impossibility of 'Legal Transplants", Maastricht Journal of European and Comparative Law, (1997) vol. 4: n°2

LEGRAND Pierre, Comparer les droits, résolument, PUF, 2009

LEGRAND Pierre, Le droit comparé, PUF, 2016

MARKESINIS Basil, Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis, Hart Publishing, Oxford, 1997

MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé, RIDC, 2000, p. 503-527

SACCO Rodolfo, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Economica, 1991

SACCO Rodolfo, "Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law", 39 American Journal of Comparative Law 1, 1991

SAMUEL Geoffrey, "Comparative Law and Jurisprudence", 47 International and Comparative Law Quarterly 817, 1998

SAMUEL Geoffrey, "Methodology and Sources of Law: English Report", in La méthodologie de l'étude des sources du droit : actes du 6ème congrès de l'association

internationale de méthodologie juridique, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 29-81

SAMUEL Geoffrey, "Issues in European and Comparative Law", Module textbook, KLS, 2002

SAMUEL Geoffrey, An Introduction to Comparative Law Theory and Method, Hart, 2014

TEUBNER Gunther, "Legal Irritants: Good Faith in British Law of How Unifying Ends Up in New Divergences", 61 Modern Law Review 11, 1998

VAN HOECKE Mark, "Deep Level Comparative Law", in Epistemology and Comparative Law in the Light of European Integration Conference, Brussels, 24-26 Octobre 2002

WATSON Alan, Legal Transplants, Scottish academic press, 1974

WATSON Alan, "Legal Culture v. Legal Tradition", in Epistemology and Comparative Law in the Light of European Integration Conference, Brussels, 24-26 Octobre 2002

ZWEIGERT Konrad & KÖTZ Hein, An Introduction to Comparative Law, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, 3rd edition, 1998

## 2) Ouvrages en français

ACCAD Fabien, Les pourparlers, thèse, ANRT, Paris, 2003

AUBERT Jean-Luc, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, préf. J. FLOUR : thèse Paris, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1970, t. 109

BENABENT Alain, Droit des obligations, LGDJ, 2021

BENAC-SCHMIDT Françoise, Le contrat de promesse unilatérale de vente, thèse, LGDJ, Paris, 1983

CAPITANT Henri, TERRE François, LEQUETTE Yves, CHENEDE François, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T2, 13ème édition, 2015

CHENEDE François, Le nouveau droit des obligations et des contrats, Dalloz, 2019

CIALDINI Robert, Influence et manipulation, First Editions, 2004, traduit de la version américaine " Influence – the psychology of persuasion".

COHERIER André, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th. Paris, 1939

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, Traité de droit comparé. Introduction au droit comparé, t. 1, LGDJ, 1972

DEMOGUE René, Traité des obligations en général, T IV, 1931

DESHAYES Olivier (dir.), L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats, PUF, coll. CEPRISCA, 2008

FABRE-MAGNAN Muriel, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992

FABRE-MAGNAN, Droit des contrats, Que sais-je, 2018

FABRE-MAGNAN, Droit des obligations, Tome 2 Responsabilité civile et quasi-contrats, PUF, 2021

FAGES Bertrand, Droit des obligations, LGDJ, 2022

GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, La formation du contrat, LGDJ, 2013

GIRARD Paul-Frédéric, Manuel élémentaire de droit romain, Paris, Rousseau, 1906

GOYARD-FABRE Simone, La philosophie du droit de Montesquieu, préface Jean Carbonnier, Librairie C. Klincksieck, 2è éd, 1979

GRIMALDI Cyril, Leçons pratiques de droit des contrats, volume 13, LGDJ, 2022

GUILLEBEAU Chris, 100€ pour lancer son business, Pearson, 2014

HOURCIEFF Dimitri, Droit des contrats, Bruylant, 2022

JAMIN Christophe et JESTAZ Philippe, La doctrine, LGDJ, Paris, 2004

JOULE Vincent & BEAUVOIS Jean-Léon, Petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens, Presses Universitaires de Grenoble, 1987

KUYVEN Luiz Fernando, La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondement et règles applicables dans une perspective d'harmonisation, thèse, cotutelle, Université de Strasbourg/Universida de Federal do Rio Grande do Sul, 2010

LAITHIER Yves-Marie, Droit comparé, Dalloz, 2009

LAITHIER Yves-Marie, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, tome 419, 2004

LACHIEZE Christophe, Droit des contrats, Ellipses, 2020

Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 2001

LICHBACHER Rémy, Le contrat au XXIème siècle : l'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires, LGDJ, 2020

MALINVAUD Philippe, FENOUILLET Dominique, MEKKI Mustapha, Droit des obligations, 13ème éd., LexisNexis, 2014

MALLAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, 2022

MARTINEZ-CARDENAS Betty Mercedes, La responsabilité précontractuelle – étude comparative des régimes français et colombiens, Thèse, Paris, 2013

MESTRE Jacques, Les principales clauses des contrats d'affaires, LGDJ, 2ème édition, 2018

MORETEAU Olivier, L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité : droit anglais et droit français, Thèse, Lyon, 1990

MORETEAU Olivier, Droit anglais des affaires, Dalloz, 2000

PIGNATTA Francisco Augusto, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, thèse, Strasbourg, 2008.

ROUBIER Paul, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th. Lyon, 1911

SCHMIDT-SZALEWSKI Johanna, Négociation et conclusion de contrats, Dalloz, Paris, 1982.

SERNA Jean-Christian, Le refus de contracter, vol. 76, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1967

SIMLER Philippe, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis, 2018

STANCU Radu, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen, Th. Strasbourg, 2015

TIROLE Jean, Economie du bien commun, PUF, 2018

TRANCHANT Laetitia & EGEA Vincent, Droit des obligations, Dalloz, 2021

Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi, t. XLIII, Litec, Paris, 1992.

### 3) Articles en français

ANTIPPAS, Jérémy, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué « ¸ RTD civ. 2013, p. 27-45

AUBERT Jean-Luc, « 10 ans de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité notariale », Rapport de la Cour de cassation, 1994

BEDDELEEM Olivier, « Analyse statistique de l'indemnité d'éviction », Les Annales des Loyers, Mai 2019

BEDDELEEM Olivier, « De l'utilisation de la statistique en immobilier », Les Annales des loyers, Novembre 2020

BURGELIN Jean-François, « L'obligation d'informer le patient expliquée aux médecins », Rapport de la Cour de cassation, 1990, p. 71-80

CHAUVEL Patrick, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », Dr. et patrimoine 1996, p. 36s

CEDRAS Jean, « L'obligation de négocier », RTD Civ. 1985, p. 264s

CORDEIRO Menezez, « La bonne foi à la fin du vingtième siècle », RDUS 26/1996

CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD Civ., Avril-Juin 1994, p. 239-254

DESHAYES Olivier, « Le dommage précontractuel », RTD com. 2004, p. 187

DESHAYES Olivier, « La rupture des pourparlers », LPA 2008

FRAIMOUT, Jean-Jacques, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », Gaz.Pal. 2000, p. 153

GHESTIN Jacques, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », JCP G 2007, I, 155

JACQUES Philippe, "Les responsabilités liées à la conduite d'une négociation », Lamy droit civil, supplément au n° 58, Mars 2009, p. 1 à 3

JESTAZ Philippe, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », RTD Civ., Avril à juin 1996, p. 299-312

JOURDAIN Philippe, « Rapport français », in La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 121-132

LAGARDE Xavier, « De la période précontractuelle », Rev. Lamy dr.civ. 2008, n° 55, p. 7

LAITHIER Yves-Marie, « Le droit comparé et l'efficacité économique », in L'efficacité économique en droit, Economica, 2010

LETURMY Laurence, « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD Civ., Octobre-Décembre 1998, p. 839-872
LICHBACHER Rémy, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Def. 2007
LION Bastien, « Apple, Cisco et Microsoft réclament un RGPD à l'américaine », Le monde informatique, 4 février 2019
LUCAS DE LAYSSAC Claude, « L'obligation de renseignement dans les contrats », in L'information en droit privé, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1978, p. 305-341
MAINGUY Daniel, « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », note sous Cass. 3ème Civ., 11 mai 2011, D. 2011, n° 21, p. 1461
MAZEAUD Denis, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », on Mélanges Terré, PUF, 1999, p. 603-634
MAZEAUD Denis, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », LPA, 7 mai 2004, n° 92
MAZEAUD Denis, « le droit des obligations et l'efficacité économique » in L'efficacité économique en droit, Economica, 2010
MAZEAUD Denis, « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons … », note sous Cass. 3ème Civ., 11 mai 2011, D. 2011, n° 21, p. 1459
MAZEAUD Denis, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2014
MICHAUX Stéphanie, « La formation du contrat : pour un rapprochement entre la psychologie et le droit », in Le processus de formation du contrat, Bibliothèque de l'université catholique de Louvain, dir. M. Fontaine, LGDJ 2002, p. 789 à 847
SALAH Mohamed, « La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires", Revue de jurisprudence commerciale, jan 1998, p. 1 à 15
MOUSSERON Jean-Marc, « Les procédures informelles d'échange des consentements », in Colloque « L'échange des consentements », sous la direction de M-A Frison-Roche, Revue de Jurisprudence Commerciale, Nov 1995, n° Spé, p1 à 169, p. 23 à 31
PHILIPPOT Bertrand, « Le devoir de loyauté du vendeur non professionnel d'un immeuble », Rapport de la Cour de cassation, 1998, p. 115-121
ROZES Louis, « Le projet de contrat », in Mélanges Boyer, PU Toulouse, 1996, p. 639-658
SALEILLES Raymond, « De la responsabilité précontractuelle », RTD Civ., 1907, p. 697.

SAVAUX Eric, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD Civ., Janvier-Mars 1999, p. 1-26

THIBIERGE-GUELFUXXI Catherine, « Libres propose sur la transformation du droit des contrats », RTD Civ., Avril-Juin 1997, p. 357-384

VAN DOORNE-ISNEL Francine et PETRIGNET Nathalie, « Rupture brutale des relations commerciales établies – Champ d'application du texte et impact sur les pratiques », Journal des sociétés, n°110, Juillet 2013

WOITIER Chloé, « Protection des données : la CNIL irlandaise inflige à Instagram une amende de 405 millions d'euros », Le Figaro, 5 septembre 2022

### 4) Ouvrages en anglais

ANDREWS Neil, Contract Law, Cambridge University Press, 2015

ATIYAH Patrick, An introduction to the law of contract, Clarendon law series, 5th edition, 1995

AUSTEN-BAKER Richard and ZHOU Qi, Understanding Contract Law, Routledge, 2022

BEATSON Jack & FRIEDMAN Daniel (dir.), Good faith and fault in contract law, Clarendon press, 1997

BEATSON Jack, BURROWS Andrew, CARTWRIGHT John, Anson's Law of Contract, 31st edition, Oxford University Press, 2020

BURROWS Andrew, A Restatement of the English Law of Contract, Oxford University Press, 2020

CARTWRIGHT John, Contract Law : an Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Hart Publishing, 2016

COOTER Robert & ULEN Thomas, Law and Economics, 6th edition, 2016. Berkley Law Books. Book 2

DE GEEST Gerrit and VAN DEN BERGH, Comparative Law and Economics, Edward Elgar, 2003

FESTINGER Leon., A theory of cognitive dissonance, Stanford university press, 1957

FISHER Roger & URY William, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In, 1st ed., H. Mifflin, 1981

GILIKER Paula, Precontractual liability in French and English Law, Kluwer, 2002

GILIKER PAULA, Pre-contractual Liability in English and French Law, Kluwer Law International, 2002

KIESLER, Charles. A., The psychology of commitment. Experiments linking behavior to belief, Academic Press, 1971

KOVAC Mitja, Comparative Law and Economics, Edward Elgar, Cheltenham, 2016

LAKE Ralph & DRAETTA Ugo, Letters of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms", Butterworth Legal Publishers, 2nd ed, 1994

MDDERMOTT Paul, Contract Law, 2nd ed, Bloomsbury, 2017

MCKENDRICK Ewan, Contract Law, 14th edition, Red Globe Press, 2021

RICHARDS Paul, Law of Contract, Pearson, 2019

SCHAFER Hans-Berndt. & OTT Claus, The Economic Analysis of Civil Law, Edward Elgar, Cheltenham, 2004

SEFTON-GREEN Ruth, Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law, Cambridge University Press, 2005

SNELL Edmund H.T., Snell's Principles of Equity, Gale, 26th ed, 1966

STONE Richard, Text, Cases and Materials on Contract Law, Routledge, 2022

ZHOU Qi, Economic Analysis of Misrepresentation in English Contract Law, VDM, 2009

ZULOAGA Isabelle, Reliance in the Breaking-Off of Contractual Negotiations: Trust and Expectation in a Comparative Perspective, Cambridge, Intersentia, 2019

### 5) Articles en anglais

BANAKAS Stathis, “Liability for incorrect financial information: Theory and practice in a general clause system and in a protected interest system”, Revue Européenne de Droit Privé, 1999

BEBCHUK Lucian A. & BEN-SHAHAR Omri, “Pre-contractual Reliance”, The Journal of Legal Studies, volume 30 (2001), pages 423–457

CATERINA Raffaele., “Comparative Law and Economics”, in Elgar Encyclopedia on Comparative Law, Smits J.(dir.), Edward Elgar, 2012

FARNSWORTH E. Allan., « General Report », in Formation of Contracts and Pre-contractual liability, ICC, 1990

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, “House of Lords, 19 November 2003, Shogun Finance Limited v. Hudson – Effect of Fraudulent Misrepresentation on the Formation of a Contract”, European review of private law, 4-2005, p. 519-552

FREEDMAN Jonathan L. & FRASER Scott C., “Compliance Without Pressure: The Foot-in-the Door Technique”, Journal of Personality and Social Psychology 4 (1966): 195–203

GILIKER Paula, “A Role for Tort in Pre-contractual Negotiations? An Examination of English, French and Canadian Law”, ICQL, vol. 52, October 2003, p. 969-994

GILIKER Paula, “Contract Negotiations and the Common Law: A Move to Good Faith in Commercial Contracting?”, Liverpool law review, 30 juillet 2022

GILIKER Paula, « Pre-contractual liability in English and French Law », Kluwer, 2002

GOODE Roy M., « England », in Formation of Contracts and Pre-contractual liability, ICC, 1990

GREEN F., “The ‘Foot-in-the-Door’ Technique”, American Salesman 10 (1965): 14–16.

HOWARD Daniel J., “The Influence of Verbal Responses to Common Greetings on Compliance Behavior: The Foot-In-The-Mouth Effect”, Journal of Applied Social Psychology, 1990, Volume 20, Issue 14

JOLOWICZ Herbert Felix, “Lectures on Jurisprudence”, 1963, Athlone

KESSLER Friedrich & FINE Edith, “Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract. A comparative study”, Harvard Law Review, 1963, p. 410-449

KNOX Robert E. & INKSTER James A., “Postdecision Dissonance at Post Time”, Journal of Personality and Social Psychology, Vol 8(4, Pt.1), Apr 1968

LEWIN Kurt, “Group decision and social change”, in G. Swanson, T. Newcomb & E. Hartley (eds)., Readings in social psychology, Henry Holt, 1952, p. 459-473

MEINERIA Sebastien, DUPRE Mickael, VALLEE Boris., GUEGEN Nicolas, “When a service request precedes the target request: another compliance without pressure technique?”, Social Influence, 2015, Pages 278-285

MUIR-WATT Horatia, “Law and economics provides an enlightment on one’s legal system”. Society of Legal Scholars, London, 5 Sept 2018

NOVAKOVA T., “Should law interfere with failed negotiations? Notes on economic analysis of pre-contractual reliance”, 14 Common law review (2017) p. 29

POSNER Richard, « Economic Analysis of Law », Boston, Little, Brown, 1972

RUDDEN Bernard, “The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice”, Revue Européenne de Droit Privé, 1999, p. 199-220

SCHEIN Edgar H., “The Chinese Indoctrination Program for Prisoners of War: A Study of Attempted Brain washing”, Psychiatry. 1956 May;19(2):149-72.

SHERMAN Steven J., “On the Self-Erasing Nature of Errors or Prediction”, Journal of Personality and Psychology, 39(2), 1980, pp. 211-221

STONE Richard, “Forming Contracts without Offer and Acceptance, Lord Denning and the Harmonisation of English Contract Law” [2012] 4 Web JCLI

VAN DUNNE Jan M., “Liability for Pure Economic Loss: Rule of Exception? A Comparatist’s View of the Civil Law. Common Law Split on Compensation of Non-Physical Damage in Tort Law”, Revue Européenne de Droit Privé, 1999, p. 397-428

VAN ROSSUM Madelaine, “Concurrency of Contractual and Delictual Liability in a European Perspective”, Revue Européenne de Droit Privé, 1995, p. 539-560

WEATHERHILL Stephen, “Prospects for the Development of the European Private Law through ‘Europeanisation’ in the European Court- the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts”, Revue Européenne de Droit Privé, 1995, p. 307-328

WILS Wouter P.J., “Who Should Bear the Cost of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Precontractual Liability”, 4 Journal des Economies et des Etudes Humaines, 1993, pp 93-134

### 6) Autres références

De Geest G., Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht, Maklu, 1994, pp. 131-144, p148-151

Von Jhering R., 4 Jahbrucher Fur Die Dogmatik Des Heutigen Romischen Und Deutschen Privatrechts I, (1861) in R. Von Jhering, Gesammelte Aufsatze 327 (1881)

INDEX

Référence au numéro de paragraphe


| | |
|---|---|
| Accord partiel | 68, 250-254, 364-365 |
| Accord de principe | 66 |
| Agreement to agree | 98, 266-269 |
| Analyse statistique | 26, 280s |
| Analyse économique | 307s |
| Analyse psychologique | 367s |
| Asymétrie d'information | 352-354 |
| Avant-contrat | 57, 69-71, 236-274 |
| Best endeavours | 117, 273-274 |
| Breach of confidence | 147 |
| Brutalité | 39, 196 |
| Collateral contract | 98-100, 113-118 |
| Confidentialité | 71, 184-186 |
| Consensualisme | 14-15 |
| Consideration | 14-16 |
| Constructive trust | 143-146 |
| Croyance légitime | 44-49 |
| Deceit | 82-83 |
| Désaccord persistant | 50 |
| Eléments essentiels | 11-13 |
| Engagement d'honneur | 65 |
| Equity | 130-153 |
| Exclusivité de négociation | 261-265 |
| Faisceau d'indices | 36s |
| Faute de la victime | 52, 150 |
| Frais précontractuels | 217-235, 258-260 |
| Good faith | 93-97, 101-112, 270-273 |
| Implied terms | 90-92 |
| Légèreté blâmable | 38 |

Lettre d'intention 62, 244-249
Liberté contractuelle 31-33, 77-81, 164
Méthode de comparaison 18s
Mauvaise foi 37
Misrepresentation 84-87
Moralité 1
Motif légitime 51, 179-183
Négociations avancées 174-178
Négociations embryonnaires 53, 161-173
Négociations parallèles 41, 187-192
Offre 9
Pacte de préférence 59
Pourparlers avancés 42
Prolongation 198-207
Préavis 193-195
Prix 13, 165-168
Promesse unilatérale 58, 236-242
Promesse synallagmatique 60-61, 243s
Prolongation 40
Promissory estoppel 141-142
Proprietary estoppel 139-140
Publicité 10
Quasi-contrat 72-76
Restitution 131-138
Sérieux 36, 169-173
Subject to contract 119-129, 148-149, 255-257
Théorie de l'engagement 375-381

Introduction : ..... 1
PARTIE 1 : COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS EN ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 37
SOUS-PARTIE 1 : PRESENTATION DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 38
TITRE 1 : PRESENTATION DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 39
SOUS-TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DELICTUELLE ..... 42
Chapitre 1 : LE FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE ..... 43
SECTION 1 : LE FAISCEAU D'INDICES ..... 44
I- L'obligation d'envisager la conclusion du contrat ..... 44
II- Mauvaise foi et intention de nuire ..... 45
III- La légèreté blâmable ..... 45
IV- La brutalité de la rupture ..... 46
V- La prolongation des négociations sans intention de conclure ..... 47
VI- Les négociations parallèles ..... 48
VII- L'avancement des pourparlers ..... 49
VIII- Le comportement de l'auteur de la rupture ..... 51
SECTION 2 : LA CROYANCE LEGITIME ..... 52
I- LA PRISE EN COMPTE DE LA CROYANCE LEGITIME PAR LES JUGES ..... 53
II- LA PRISE EN COMPTE DE L'ABSENCE DE CROYANCE LEGITIME ..... 56
Chapitre 2 : LES CAUSES D'EXONERATION DE RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 58
SECTION 1 : LES CAUSES D'EXONERATION DU FAIT GENERATEUR DE RESPONSABILITE ..... 58
I- Le désaccord persistant ..... 58
II- L'existence d'un motif légitime justifiant la rupture ..... 63
III- Le comportement de la victime ..... 65
IV- Le caractère embryonnaire des négociations ..... 66
SECTION 2 : L'ABSENCE DE PREJUDICE OU DE LIEN DE CAUSALITE 68

SOUS-TITRE 2 : LES AUTRES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS EN DROIT FRANÇAIS ..... 71
Chapitre 1 : L'AVANT-CONTRAT ..... 71
SECTION 1 : LES PROMESSES PRECONTRACTUELLES ..... 72
I- Les engagements unilatéraux ..... 72
A- La promesse unilatérale de contracter ..... 72
B- Le pacte de préférence ..... 74
II- La promesse synallagmatique de contracter ..... 74
A- L'engagement constaté dans la promesse ..... 75
B- L'engagement différé à un acte ultérieur ..... 76
SECTION 2 : LES AVANT-CONTRATS QUI ENCADRENT LA NEGOCIATION ..... 78
I- La formalisation de la négociation ..... 78
A- La lettre d'intention ..... 78
B- L'engagement d'honneur ..... 81
C- L'accord de principe ..... 82
D- L'accord partiel ..... 85
II- Les avant-contrats qui créent des obligations détachables ..... 86
A- La clause d'absence de valeur contractuelle ..... 86
B- La clause de confidentialité ..... 88
Chapitre 2 : LE QUASI-CONTRAT ..... 88
SECTION 1 : LE PRINCIPE D'ABSENCE D'INDEMNISATION DES FRAIS PRECONTRACTUELS ..... 89
I- Liberté contractuelle et refus d'indemnisation automatique des frais précontractuels ..... 89
II- Le caractère subsidiaire de l'action en quasi-contrat ..... 91
SECTION 2 : LE RECOURS AU QUASI-CONTRAT POUR REMBOURSER LES FRAIS PRE-CONTRACTUELS ..... 91
I- LA RECONNAISSANCE D'UNE ACTION POUR ENRICHISSEMENT INJUSTIFIE ..... 91
II- LA RECONNAISSANCE D'UNE ACTION EN REPETITION DE L'INDU OU SUR LE FONDEMENT DE LA GESTION D'AFFAIRES ..... 94

TITRE 2 : PRESENTATION DU DROIT ANGLAIS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE ..... 95
SOUS-TITRE 1 : LA SANCTION DE LA RUPTURE DES POURPARLERS PAR LES ACTIONS DE COMMON LAW ..... 100
Chapitre 1 : LES ACTIONS POUR TORT ..... 100
SECTION 1 : LA SANCTION DE LA MISREPRESENTATION ..... 100
I- Le tort of deceit ..... 100
A- Les conditions du *tort of deceit* ..... 101
B- Le montant de l'indemnisation ..... 103
II- Le tort of negligent misrepresentation ..... 105
A- La difficulté en droit anglais de sanctionner un dommage purement économique pour négligence ..... 105
B- La reconnaissance du tort of negligent misrepresentation ..... 108
SECTION 2 : LES AUTRES ACTIONS EXTRA-CONTRACTUELLES EN DROIT ANGLAIS ..... 110
I- Les actions sur le fondement d'un autre tort ..... 110
II- Les actions sur un fondement légal ..... 111
Chapitre 2 : LA SANCTION DE LA RUPTURE DES POURPARLER PAR DES ACTIONS CONTRACTUELLES ..... 113
SECTION 1 : LES CONTRATS IMPLICITES ..... 113
I- Les implied terms ..... 114
A- Le principe de reconnaissance des *implied terms* ..... 114
B- Les conditions de l'implication d'un term ..... 117
II- L'obligation implicite de bonne foi ..... 120
SECTION 2 : LES COLLATERAL CONTRACTS ..... 123
I- Agreement to agree et obligation de bonne foi ..... 123
A- Le refus de la validité d'un *agreement to agree* ..... 124
B- L'acceptation limitée d'une obligation expresse de bonne foi ..... 129
1) L'évolution de la jurisprudence quant à la reconnaissance d'une obligation expresse de bonne foi ..... 130
2) Les limites à la reconnaissance d'une obligation expresse de bonne foi ..... 134
II- La validité de principe des collateral contracts ..... 141

A- La reconnaissance des *collateral contracts* ..... 141
1) Le *collateral contract* relatif aux frais précontractuels ..... 141
2) L'accord d'exclusivité de négociation ..... 142
3) L'obligation de *best endeavours* ..... 145
B- La valeur d'une clause *subject to contract* ..... 146
1) L'effet d'une clause « *subject to contract* » ..... 146
a) La valeur d'une clause expresse « subject to contract » ..... 147
b) La reconnaissance d'une négociation « *subject to contract* » tacite .. 150
2) Le caractère réfragable de la présomption ..... 153
SOUS-TITRE 2 : LE RECOURS A L'EQUITY POUR SANCTIONNER UN COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL ..... 155
Chapitre 1 : L'ACTION EN RESTITUTION ..... 156
SECTION 1 : L'ACCEPTATION LIMITEE DE L'ACTION EN RESTITUTION ..... 156
I- Le principe d'absence de remboursement des frais précontractuels ..... 156
II- La reconnaissance d'un *claim en restitution* ..... 158
SECTION 2 : LE REGIME DE L'ACTION EN RESTITUTION ..... 163
I- Les conditions de l'action en restitution ..... 164
II- Le montant de l'indemnisation pour restitution ..... 165
Chapitre 2 : LES AUTRES REMEDES D'EQUITY ..... 168
SECTION 1 : LES DIFFERENTES ACTIONS EN EQUITY QUI SANCTIONNENT LE COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL ..... 168
I- L'estoppel ..... 168
A- *Le proprietary estoppel* (immobilier) ..... 169
1) Les contours du *proprietary estoppel* ..... 169
2) Les conditions du *proprietary estoppel* ..... 171
B- Le *promissory estoppel* (non immobilier) ..... 172
II- Les autres actions en equity susceptibles de sanctionner un comportement précontractuel ..... 174
A- Le *constructive trust* ..... 174
1) Les contours du *constructive trust* ..... 175
2) Les conditions du *constructive trust* ..... 179
B- L'action pour *breach of confidence* ..... 181

SECTION 2 : LES PARTICULARITES DES REMEDES D'EQUITY ..... 182
I- Le caractère unconscionable ..... 183
A- L'impact d'une clause *subject to contract* ..... 183
1) Le principe de refus de l'*equity* en cas de négociation *subject to contract* ..... 183
2) Les aménagements au refus de l'*equity* pour les négociations *subject to contract* ..... 185
B- La connaissance par la victime des risques de la négociation ..... 187
II- La particularité des actions en equity ..... 190
A- Le pouvoir du juge sur l'octroi de l'action ..... 190
1) La souplesse de *l'equity* ..... 190
2) Le fondement moral de l'*equity* ..... 191
B- La liberté du juge dans la sanction et son quantum ..... 192
SOUS-PARTIE 2 : COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS DE LA RUPTURE DES POURPARLERS ..... 195
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE EN L'ABSENCE DE DECLARATION PRECONTRACTUELLE ..... 198
SOUS-TITRE 1 : L'INFLUENCE DE L'AVANCEMENT DES NEGOCIATIONS SUR LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES NEGOCIATIONS ..... 199
Chapitre 1 : LA RUPTURE DE NEGOCIATIONS EMBYONNAIRES ..... 199
SECTION 1 : LE PRINCIPE D'ABSENCE DE RESPONSABILITÉ POUR RUPTURE DE NÉGOCIATIONS EMBRYONNAIRES ..... 199
I- Rupture des pourparlers après une négociation sommaire ..... 200
A- Le principe d'absence de responsabilité pour rupture de négociations embryonnaires en droit français ..... 200
B- L'importance de la liberté contractuelle en droit anglais ..... 203
II- Rupture des pourparlers alors que les parties n'ont pas encore négocié le prix du contrat ..... 204
A- Le prix, un élément comme les autres en droit anglais ..... 205
B- L'importance particulière du prix en droit français ..... 206
SECTION 2 : L'OBLIGATION DE SÉRIEUX DANS L'INITIATIVE DE LA NÉGOCIATION ..... 208
I- L'obligation de sincérité en droit français ..... 209

II- L'obligation de ne pas donner une impression inexacte en droit anglais.. 209
A- L'action pour *tort of deceit* ..... 210
B- Le *tort of negligence* ..... 211
Chapitre 2 : LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DE NEGOCIATIONS AVANCEES ..... 212
SECTION 1 : LA DIFFERENCE DE PHILOSOPHIE ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ANGLAIS EN CAS DE RUPTURE DE NÉGOCIATIONS AVANCÉES ..... 212
I- La reconnaissance en droit français d'une responsabilité pour rupture de négociations avancées ..... 213
II- L'absence de principe de responsabilité pour rupture de négociations avancées en droit anglais ..... 214
SECTION 2 : L'EXISTENCE D'UN MOTIF LÉGITIME DE RUPTURE ..... 217
I- L'absence de responsabilité en cas de désaccord persistant ..... 217
A- La liberté contractuelle en droit anglais ..... 218
B- L'absence de responsabilité en droit français ..... 218
II- La découverte ou la survenance d'un nouvel élément ..... 219
A- Le motif légitime de rupture en droit français ..... 220
B- La liberté contractuelle en droit anglais ..... 221
SOUS-TITRE 2 : LES CIRCONSTANCES LIEES AU COMPORTEMENT PRECONTRACTUEL ..... 222
Chapitre 1 : LE COMPORTEMENT DES PARTIES PENDANT LA NEGOCIATION ..... 222
SECTION 1 : LA SANCTION DU COMPORTEMENT PRÉCONTRACTUEL ..... 223
I- L'obligation de confidentialité ..... 223
A- L'action en concurrence déloyale en droit français ..... 223
B- Le recours à l'*equity* en droit anglais ..... 224
II- La responsabilité du fait de négociations parallèles ..... 225
A- Négociations parallèles et pourparlers peu avancés ..... 225
1) La liberté contractuelle en droit français ..... 226
2) L'absence de sanction des négociations parallèles en droit anglais .. 226
B- Négociations parallèles et pourparlers avancés ..... 227

1) La sanction en droit français ..... 227
2) La position du droit anglais face à des négociations parallèles en présence de pourparlers avancés ..... 228
Chapitre 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DU COMPORTEMENT DES PARTIES A L'OCCASION DE LA RUPTURE ..... 230
Section 1 : La brutalité de la rupture ..... 230
I- L'absence de préavis ..... 231
A- La position du droit français ..... 231
B- L'application de la liberté contractuelle en droit anglais ..... 232
II- Le caractère brutal du comportement ..... 233
A- La sanction du comportement brutal en droit français ..... 234
B- L'utilisation du *tort* par le droit anglais ..... 234
SECTION 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DE LA PROLONGATION DES POURPARLERS ..... 235
I- La prolongation de pourparlers voués à l'échec ..... 235
A- Le recours à la responsabilité délictuelle en droit français ..... 235
B- L'utilisation de la *misrepresentation* en droit anglais ..... 236
II- La prolongation de pourparlers alors que le négociateur n'a plus l'intention de contracter ..... 236
A- La responsabilité délictuelle en droit français ..... 237
B- La sanction de la prolongation des pourparlers sur le fondement de l'effet des déclarations précontractuelles en droit anglais ..... 239
1) La *misrepresentation* ..... 239
2) Les autres actions permettant de sanctionner la poursuite des pourparlers sans intention de contracter en droit anglais ..... 240
a) La *restitution* ..... 240
b) L'*equitable estoppel* ..... 241
c) La reconnaissance d'un *collateral contract* ..... 242
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES ..... 245
SOUS-TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU FAIT DES DECLARATIONS INFORMELLES EMISES AU COURS DE LA NEGOCIATION ..... 245

Chapitre 1 : LA SANCTION DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES DESTINÉES À ORIENTER LES NÉGOCIATIONS ..... 245
SECTION 1 : LA RECONNAISSANCE PROBABLE D'UNE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES EN DROIT ANGLAIS ..... 246
I- Le recours à la responsabilité contractuelle et à l'*equity* pour sanctionner les déclarations informelles émises à l'occasion des négociations ..... 246
A- L'action contractuelle pour les déclarations émises à l'occasion de la négociation ..... 246
1) La force obligatoire du contrat en formation ..... 247
2) La reconnaissance d'un *collateral contract* ..... 247
B- L'utilisation du *promissory estoppel* ..... 248
II- La sanction par le *tort of misrepresentation* des déclarations précontractuelles destinées à orienter la négociation ..... 249
A- Le tort of deceit ..... 249
B- Le *tort of negligent misrepresentation* ..... 250
SECTION 2 : LA RECONNAISSANCE CERTAINE D'UNE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES EN DROIT FRANÇAIS ..... 250
I- La responsabilité contractuelle comme sanction des déclarations précontractuelles destinées à orienter la négociation ..... 251
II- La responsabilité délictuelle comme sanction des déclarations précontractuelles émises afin d'orienter les négociations ..... 252
Chapitre 2 : L'INCITATION À ENGAGER DES FRAIS PRÉCONTRACTUELS ..... 253
SECTION 1 - L'INCITATION PAR UNE DÉCLARATION PRÉCONTRACTUELLE À ENGAGER DES FRAIS PRÉCONTRACTUELS ..... 253
I- L'incitation à réaliser des frais précontractuels à l'occasion de la négociation d'un contrat immobilier ..... 253
A- Les fondements de la responsabilité en droit français ..... 254
B- Le recours à la *misrepresentation* en droit anglais ..... 257
1) La vente conditionnelle ..... 257

2) La *misrepresentation* ..... 257
3) L'*unjustified enrichment* ..... 258
4) Le *proprietary estoppel* ..... 259
5) Le *collateral contract* ..... 260
II- L'incitation à engager des frais précontractuels dans un contrat non-immobilier ..... 260
A- Le recours à la responsabilité délictuelle en droit français ..... 261
B- Le refus de l'*estoppel* en droit anglais ..... 261
SECTION 2 - L'INCITATION À ENGAGER DES FRAIS EN ANTICIPATION DE L'EXECUTION D'UN CONTRAT ..... 262
I- Les fondements de la responsabilité en droit français ..... 262
A- La sanction de l'incitation à débuter l'exécution du contrat par la responsabilité délictuelle ..... 263
B- La reconnaissance d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle 263
1) L'avant-contrat relatif aux dépenses engagées en anticipation du contrat ..... 264
2) L'enrichissement sans cause ..... 264
II- Les fondements de l'indemnisation des dépenses précontractuelles engagées en anticipation de l'exécution du contrat en droit anglais ..... 265
A- L'inadaptation des fondements classiques de la responsabilité précontractuelle ..... 265
1) Le droit des contrats ..... 265
2) Le *tort of misrepresentation* ..... 266
B- L'indemnisation sur le fondement de l'*unjust enrichment* ..... 267
SOUS-TITRE 2 : LES OBLIGATIONS RESULTANT D'UN ENGAGEMENT PRECONTRACTUEL ..... 270
Chapitre 1 : LES CONTRATS UNILATERAUX ..... 270
SECTION 1 : L'EFFET DES CONTRATS UNILATERAUX EN DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS ..... 270
I- La promesse unilatérale de contrat qui ne porte pas sur un bien immobilier ..... 271

A- La valeur contractuelle de la promesse unilatérale portant sur un bien mobilier en droit français ..... 271
B- Le principe d'absence de valeur contractuelle des promesses unilatérales en droit anglais ..... 272
II- La promesse unilatérale de contrat portant sur un bien immobilier ..... 273
A- Le formalisme du contrat unilatéral portant sur un bien immobilier en droit français ..... 273
B- La force obligatoire du contrat unilatéral portant sur un bien immobilier en droit anglais ..... 274
SECTION 2 : LES EXCEPTIONS AU REFUS DU DROIT ANGLAIS DE DONNER EFFET À UN CONTRAT UNILATÉRAL POUR ABSENCE DE CONSIDERATION ..... 275
I- La consideration nominale ou inadéquate ..... 275
II- L'engagement unilatéral requérant l'exécution d'un acte ..... 277
Chapitre 2 : LA VIOLATION D'UN ENGAGEMENT BILATERAL ..... 278
SECTION 1 : LES ACCORDS MATÉRIALISANT L'AVANCEMENT DE LA NÉGOCIATION ..... 278
I- La lettre d'intention ..... 278
A- La valeur des lettres d'intention en droit français ..... 279
1) Le refus de principe de la valeur contractuelle de la lettre d'intention en droit français ..... 279
2) Les hypothèses de reconnaissance d'une valeur aux lettres d'intention ..... 280
a) La valeur contractuelle de la lettre d'intention ..... 280
b) L'impact de la lettre d'intention sur la responsabilité pour rupture des pourparlers ..... 281
B- La valeur des lettres d'intention en droit anglais ..... 282
1) Le principe d'absence de valeur contractuelle des lettres d'intention en droit anglais ..... 282
2) La valeur exceptionnelle des lettres d'intention en droit anglais ..... 283
a) La valeur contractuelle d'une lettre d'intention ..... 283
b) La responsabilité pour *misrepresentation* ..... 284
II- L'accord partiel ..... 285

A- L'effet d'un accord partiel en droit anglais ..... 285
1) La valeur contractuelle de l'accord partiel ..... 286
2) L'influence de l'accord partiel sur la responsabilité pour rupture des pourparlers en droit anglais ..... 287
B- La valeur de l'accord partiel en droit français ..... 287
1) La force obligatoire de l'accord partiel ..... 287
2) L'impact de l'accord partiel sur la responsabilité pour rupture des pourparlers ..... 288
III- Les clauses de limitation de responsabilité et accords subject to contract ..... 289
A- La valeur importante des clauses « *subject to contract* » en droit anglais 289
B- La valeur des clauses d'absence de responsabilité en droit français .. 291
1) L'influence des clauses d'absence de responsabilité sur la valeur contractuelle de l'accord ..... 291
2) Clauses d'absence de responsabilité et responsabilité pour rupture des pourparlers ..... 293
SECTION 2 : LES AVANT-CONTRATS QUI CRÉENT DES OBLIGATIONS DÉTACHABLES ..... 295
I- L'analogie des solutions de principe concernant la validité des avant-contrats ..... 296
A- Les accords relatifs aux frais précontractuels ..... 296
1) La validité des avant-contrats de remboursement de frais précontractuels en droit français ..... 296
2) La validité des *collateral contracts* en droit anglais ..... 297
a) La reconnaissance de la force obligatoire du *collateral contract* ..... 297
b) Les recours extracontractuels ..... 298
B- Les autres accords détachables ..... 299
1) L'accord d'exclusivité de négociation ..... 300
a) La validité des accords d'exclusivité de négociation en droit français ..... 300
b) La force obligatoire des accords d'exclusivité de négociation en droit anglais ..... 300

2) Le contrat de confidentialité ..... 301
a) La valeur contractuelle de l'accord de confidentialité en droit français ..... 302
b) La validité de l'accord de confidentialité en droit anglais ..... 302
II- Engagement de négocier ou conclure et comportement des parties pendant la négociation ..... 303
A- L'engagement de négocier ou de conclure un contrat ..... 303
1) L'engagement de négociation ..... 303
a) La validité de l'engagement de négociation en droit français ..... 304
b) Le refus de l'engagement de négociation en droit anglais ..... 304
2) L'engagement de conclure un contrat futur ..... 305
a) La valeur contractuelle de l'engagement de contracter en droit français ..... 306
b) Le refus de la valeur contractuelle de l'engagement de contracter en droit anglais ..... 306
B- L'obligation de négocier de bonne foi ..... 308
1) La valeur de l'obligation de négocier de bonne foi ..... 308
a) La réticence du droit anglais à reconnaître la validité d'une obligation expresse de bonne foi. ..... 308
b) La reconnaissance de la valeur contractuelle de l'engagement de négocier de bonne foi en droit français ..... 309
2) La validité en droit français et anglais de l'obligation de *best efforts* 311
a) La validité de l'obligation de *best efforts* en droit français ..... 311
b) La validité de l'obligation de *best efforts* en droit anglais ..... 312
PARTIE 2 : ANALYSE PLURI-DISCIPLINAIRE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 316
SOUS-PARTIE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS EN DROITS FRANCAIS ET ANGLAIS ..... 317
TITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE DES DECISIONS DE JUSTICES FRANCAISES ..... 322
SOUS-TITRE 1 : ANALYSE STATISTIQUE ET RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS ..... 322
Chapitre 1 : PARTIES PROFESSIONNELLES OU NON ..... 323

Chapitre 2 : L'OBJET DU CONTRAT ..... 324
Chapitre 3 : MONTANTS DEMANDES ET MONTANTS OBTENUS ..... 325
Chapitre 4 : RECONNAISSANCE DE RESPONSABILITE ..... 326
Chapitre 5 : INITIATIVE DES POURPARLERS ET INITIATIVE DE LA RUPTURE ..... 327
Chapitre 6 : DUREE DES POURPARLERS ..... 328
Chapitre 7 : FORMALISATION DES POURPARLERS ..... 329
Chapitre 8 : NATIONALITE DES PARTIES ..... 331
SOUS-TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE ..... 334
Chapitre 1 : ANALYSE STATISTIQUE DE LA QUALIFICATION DE LA FAUTE ..... 334
Chapitre 2 : LES CRITERES DE REFUS DE RESPONSABILITE EN DROIT FRANCAIS ..... 337
TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES DECISIONS DE JUSTICE ANGLAISES ..... 340
SOUS- TITRE 1 : L'APPLICATION DE L'ANALYSE STATISTIQUE A LA RECONNAISSANCE DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ANGLAIS ..... 341
Chapitre 1 : PARTIES PROFESSIONNELLES OU NON ..... 341
Chapitre 2 : NATIONALITE DES PARTIES ..... 343
Chapitre 3 : L'OBJET DU CONTRAT ..... 347
Chapitre 4 : LA RESPONSABILITE ..... 348
SOUS-TITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE DES CRITERES DE LA RESPONSABILITE EN DROIT ANGLAIS ..... 351
Chapitre 1 : FONDEMENT DE L'ACTION EN RESPONSABILITE ..... 351
Chapitre 2 : RAISONS DU REFUS DE LA RESPONSABILITE ..... 353
SOUS-PARTIE 2 : ANALYSE ECONOMIQUE ET PSYCHOLOGIQUE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 357
TITRE 1 : ANALYSE ECONOMIQUE DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 357
SOUS-TITRE 1 : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT, INSTRUMENT DE SOLIDARISME ET DE JUSTICE PRECONTRACTUELS ..... 365

Chapitre 1 : LA COLLABORATION PRECONTRACTUELLE, FACTEUR D'EFFICIENCE ..... 366
SECTION 1 : Détermination du prix d'équilibre et du gain social du contrat... 367
I- La détermination du pouvoir de négociation respectif des parties ..... 368
A- L'égalité de pouvoir de négociation ..... 368
B- Le déséquilibre du pouvoir de négociation..... 369
II- Conséquences d'un investissement ..... 370
A- La recherche du niveau optimal d'investissement ..... 370
B- La détermination du point optimal d'investissement ..... 372
SECTION 2 : L'OPPORTUNITÉ D'INVESTIR DANS LA NÉGOCIATION SELON LE NIVEAU DE RESPONSABILITÉ ..... 373
I- L'OPPORTUNITE D'INVESTIR SI CHAQUE PARTIE SUPPORTE SES PROPRES FRAIS DE NEGOCIATION ..... 373
A- Analyse du niveau optimal d'investissement de l'acheteur en situation d'égalité et lorsque chaque partie supports ses propres coûts. ..... 374
B- Analyse du niveau optimal d'investissement du vendeur en situation d'inégalité au profit de l'acheteur et lorsque chaque partie supporte ses propres coûts. ..... 378
II-La responsabilité totale des parties..... 382
A- La responsabilité totale dans une négociation équilibrée. ..... 383
B- La responsabilité totale en présence d'une négociation déséquilibrée 386
III- Analyse d'une responsabilité intermédiaire..... 390
A- Partage des investissements en situation d'égalité de pouvoir de négociation. ..... 390
B- Partage des investissements en cas de pouvoir de négociation inégal 393
1) L'inadéquation du partage par moitié en cas de pouvoir de négociation inégal ..... 393
2) Le partage proportionnel des investissements en cas de pouvoir de négociation inégal ..... 397
Chapitre 2 : Les modalités d'application par le juge et les parties des règles proposées par MM. Bebchuk et Ben Shahar ..... 401
SECTION 1 : LES DIFFICULTES DE L'APPLICATION DES PRINCIPES. 402
I- LE NIVEAU D'INVESTISSEMENT ..... 402

II- La valeur des biens ou services pour les parties ..... 402
III- Le pouvoir de négociation des parties ..... 403
IV- Le niveau optimal d'investissement ..... 404
SECTION 2 : L'UTILITE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE POUR LES JUGES FRANÇAIS ET ANGLAIS ..... 404
SOUS-TITRE 2 : L'IMPORTANCE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES REVELEE PAR L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT ..... 407
Chapitre 1 : L'INEFFICIENCE DE L'ASYMETRIE D'INFORMATION ..... 407
SECTION 1 : L'IMPACT ECONOMIQUE DE L'ASYMETRIE D'INFORMATION ..... 408
I- L'information supérieure de la partie qui investit ..... 408
II- L'information supérieure de la partie qui n'investit pas ..... 409
SECTION 2 : L'EFFICIENCE D'UNE RESPONSABILITÉ DE LA PARTIE QUI UTILISE UNE INFORMATION SUPÉRIEURE POUR INCITER L'AUTRE PARTIE À RÉALISER UN INVESTISSEMENT PRÉCONTRACTUEL. ..... 410
I- L'impact de l'intention de tromper ..... 411
II- L'exigence d'une croyance raisonnable ..... 411
III- La mesure du dommage ..... 412
IV- Analyse de Wils et critère de la croyance légitime ..... 412
V- L'indifférence du type de comportement qui induit en erreur ..... 413
Chapitre 2 : L'IMPACT ECONOMIQUE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES ..... 413
SECTION 1 : L'INFLUENCE D'UN ENGAGEMENT PRECONTRACTUEL DE L'UNE DES PARTIES ..... 414
I- Situation factuelle ..... 414
II- Analyse économique de la déclaration précontractuelle ..... 415
SECTION 2 : L'INFLUENCE D'UN ACCORD PARTIEL ..... 417
I- Situation type ..... 417
II- L'efficience d'une responsabilité en cas d'accord partiel ..... 418
TITRE 2 : ANALYSE PSYCHOLOGIQUE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE POUR RUPTURE DES POURPARLERS ..... 420

SOUS-TITRE 1 : COLLABORATION ET JUSTICE DANS L'ANALYSE PSYCHOLOGIQUE DES NEGOCIATIONS ..... 420
Chapitre 1- NEGOCIATION DE POSITION ET COLLABORATION ..... 421
SECTION 1- LA PROMOTION DE LA COLLABORATION ..... 421
SECTION 2- LA RECHERCHE D'UN CONSENSUS ..... 422
SECTION 3- LA NÉGOCIATION FONDÉE SUR LE GAIN MUTUEL ..... 423
Chapitre 2- LA PRISE EN COMPTE DE LA RELATION ..... 426
SECTION 1- NEGOCIATION ONE SHOT OU COURANT D'AFFAIRE .... 426
SECTION 2- LA PRISE EN COMPTE DU POUVOIR DE NEGOCIATION 427
SECTION 3- LA MORALITE DE LA NEGOCIATION ..... 428
Chapitre 2 : L'IMPACT PSYCHOLOGIQUE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES ..... 429
SECTION 1 : BESOIN DE COHERENCE ET THEORIE DE L'ENGAGEMENT ..... 431
I- Le besoin de cohérence ..... 431
II- L'influence de l'engagement ..... 432
III- La valeur de l'engagement public ..... 434
SECTION 2 : APPLICATION A LA NEGOCIATION DES CONTRATS ..... 435
I- L'impact des engagements précontractuels ..... 435
II- Analyse psychologique et force obligatoire des déclarations précontractuelles ..... 436
A- La justification de la sanction des déclarations précontractuelles ..... 436
B- L'importance de la culture ..... 437
SOUS-TITRE 2 : L'APPLICATION PAR LA JURISPRUDENCE DES PRINCIPES DE COLLABORATION ET D'EFFET DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES ..... 438
Chapitre 1 : L'APPLICATION PAR LES JUGES FRANÇAIS ET ANGLAIS DE L'IMPERATIF DE COLLABORATION PRECONTRACTUELLE ..... 439
SECTION 1- LA COLLABORATION PRECONTRACTUELLE ..... 439
I- La collaboration précontractuelle en droit français ..... 439
II- La collaboration précontractuelle en droit anglais ..... 440
SECTION 2- LA PRISE EN COMPTE DU POUVOIR DE NEGOCIATION DES PARTIES ..... 442

I- L’égalité de pouvoir de négociation ..... 443
II- Le déséquilibre de pouvoir de négociation ..... 445
Chapitre 2- LA PRISE EN COMPTE DES DECLARATIONS PRECONTRACTUELLES PAR LES JUGES FRANÇAIS ET ANGLAIS ..... 447
SECTION 1 : LA SANCTION DES DÉCLARATIONS PRÉCONTRACTUELLES ..... 448
SECTION 2 : L’INTERDICTION DE SE CONTREDIRE..... 450