



**Université Oran 02 Mohamed Ben Ahmed.**

**Faculté de droit et des sciences politiques**

**Thèse**

**Pour l'obtention du diplôme de doctorat en sciences en droit privé**

**Spécialité : relations agents économiques/consommateurs.**

**Les aspects juridiques de la phase précontractuelle et  
ses effets sur la protection du consommateur**

**–Etude comparative–**

**Présentée et soutenue publiquement par :**

**Mr. LACHACHI Mohamed**

**Membres de jury :**

<b>NACEUR Fatiha</b>	<b>Professeur</b>	<b>Université d'Oran 2</b>	<b>Président</b>
<b>ZENNAKI Dalila</b>	<b>Professeur</b>	<b>Université d'Oran 2</b>	<b>Rapporteur</b>
<b>IKKACHE Feras</b>	<b>Professeur</b>	<b>Université d'Oran 2</b>	<b>Examineur</b>
<b>KELLOUCHE Tayeb</b>	<b>M.C – A -</b>	<b>Université de Chlef</b>	<b>Examineur</b>
<b>BOUIZEM Aicha</b>	<b>M.C – A -</b>	<b>Université de Mostaganem</b>	<b>Examineur</b>
<b>TROUZINE Belkacem</b>	<b>M.C – A -</b>	<b>Centre Universitaire d'Ain Temouchent</b>	<b>Examineur</b>

**Année universitaire : 2019/2020.**

## Remerciements

Tout d'abord, je tiens à remercier madame le Professeur **ZENNAKI DALILA** ma directrice de thèse de m'avoir permis d'entamer ce sujet de recherche qui me parait très important.

Je la remercie encore pour sa patience, sa gratitude et ses précieux conseils, pour aussi sa disponibilité et le temps qu'elle m'a accordé. Qu'elle trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie également les membres de jury qui ont accepté de juger ce travail et qui me font l'honneur de participer à son appréciation.

## Liste des principales abréviations

- **al** : alinéa.
- **alg**: algérien.
- **art(s)** :article (s).
- **aff** : affaire
- **A.J.D.A** : L'actualité juridique de droit administratif.
- **B.O.C.C.R.F** : Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation et de la répression des fraudes.
- **Bull.civ** : Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de Cassation Française.
- **C.A** : Cour d'appel
- **C.A.A** : Cour d'appel administrative
- **Cass.civ** : Chambre civile de la Cour de Cassation
- **Cass.com** : Chambre commerciale de la Cour de Cassation
- **Cass.crim** : Chambre criminelle de la Cour de Cassation
- **C.civ.fr** : Code civil français
- **C.civ.alg** : Code civil algérien
- **C.E** : Conseil d'Etat
- **C.C.C** : Revue, contrats, concurrence, consommation
- **C.C.E**: Conseil des Communautés Européennes
- **C.S** : Cour Suprême
- **Ch** : chambre
- **Chron, Chr** : chronique
- **Civ** : civil
- **C.J.C.E** : Cour de Justice des Communautés Européennes
- **Coll** : collection

- **Com** : commercial (e)
- **D** : recueil dalloz
- **Déc.** : Décret
- **D.G.C.C.R.F** : direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
- **Dir** : directive.
- Doc** : Doctrine
- Dr** : Droit
- D.S** : Recueil Dalloz Sirey
- **éd** : édition
- **Encycl. D** : encyclopédie Dalloz
- **fac** : faculté
- **fasc.** : fascicule
- **Fr** : français
- **Gaz. Pal** : Gazette du Palais
- **Ibid** : Idem, Ibidem (au même endroit)
- **J. Cl** : Jurisclasseur
- **J.C.P** : Juris classeur périodique (semaine juridique)
- **J.C.P. éd. E** : Juris classeur périodique édition entreprise
- **J.C.P. éd. G** : Juris classeur périodique édition générale
- **J.O** : Journal officiel
- **J.O.C.E** : Journal officiel des communautés Européennes
- **J.O.R.A** : Journal officiel de la république algérienne
- **J.O.R.F** : Journal officiel de la république française
- **J.P** : Jurisprudence
- **L** : Loi

- **L.G.D.J** : Librairie générale de droit et de jurisprudence
- **Litec** : Librairie technique
- **Modi** : modifié
- **n°(s)** : numéro(s)
- **obs** : observation
- **op. cit.** : option citée.
- **Ord** : ordonnance.
- **Ord.fr** : ordonnance française.
- **p** : page.
- **pp** : pages.
- **préc** : précité(e).
- **Pref** : Préface.
- **P.U.A.M** : Presses Universitaires D'Aix-Marseille.
- **P.U.F** : Presses Universitaires de France.
- **Rec** : Recueil.
- **Reg** : Règlement.
- **Req** : Requête.
- **Rev. Jud** : Revue judiciaire.
- **R.F.D.A** : Revue française de droit administratif.
- **R.G.D.A** : Revue judiciaire de droit des affaires.
- **R.T.Dciv** : Revue trimestrielle de droit civil.
- **R.T.D.com** : Revue trimestrielle de droit commercial.
- **S**: Sirey.
- **s**: suivant(e) (s).
- **somm**: sommaire.

- **somm. Comm**: sommaire commenté.

- **spec** : spécialement.

- **T** : Tome.

- **Tr** : Tribunal.

-**Tr.A** : Tribunal administratif.

-**Th** : Thèse.

-**T.G.I** : Tribunal de grande instance.

- **V** : Voir.

- **Vol** : Volume.

# Introduction.

Le contrat constitue la source principale des rapports obligatoires et occupe la place centrale au niveau des actes créateurs d'obligations.<sup>1</sup>

Le contrat est essentiel dans la mesure où il intervient dans la vie quotidienne, il représente « l'acte juridique nécessaire par excellence et l'instrument primordial de la circulation des richesses ». <sup>2</sup>

La caractéristique fondamentale du contrat est l'existence d'un accord de volontés. Donc la rencontre de deux volontés au moins est l'élément indispensable à la formation d'un contrat.<sup>3</sup>

Traditionnellement, le contrat se forme instantanément par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Si cette manière de contracter est celle qui correspond à une bonne partie de la vie contractuelle, elle a été pour certains types de contrat, remplacée par une autre, dans laquelle la conclusion du contrat est précédée d'une « phase préparatoire » qu'on appelle encore phase exploratoire ou période précontractuelle<sup>4</sup>.

Cependant, le contrat ne peut se former que lorsque les contractants sont d'accord sur tous les éléments de l'obligation qu'ils se proposent de conclure<sup>5</sup>. Cela exige souvent une période intermédiaire, parfois de longue durée qui permet au contrat, suivant son importance de se former par étapes successives<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>- D. Allag-Zennaki, Contrats-Négociations, Construction, Rédaction, éd. Dar Eladib, 2016, p. 01.

<sup>2</sup>- Ibid.

<sup>3</sup>- S. Radu, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Strasbourg, 2015, p. 36.

<sup>4</sup>- <https://jurismaroc.vraiforum.com/t422-la-faute-precontractuelle.htm>.

<sup>5</sup>- G. Marty, P. Raynaud, Droit civil-Les obligations, 2<sup>e</sup> éd. T.01, Les sources, Sirey, 1988, p. 101.

<sup>6</sup>- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil- Les obligations, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2002, p. 181.

La technique de formation progressive du contrat, étape par étape, se développe quant à elle dans de nombreux domaines<sup>7</sup>. Elle est due à la complexification des contrats, à leur multiplication et au renforcement des intérêts en jeux.

Cette période demeure particulièrement importante, car c'est finalement là que les attentes de chacun sont arrêtées. Elle est même primordiale, dans la mesure où elle permet entre autres, d'établir un rapport de confiance entre les futurs cocontractants<sup>8</sup>.

Pendant cette phase précontractuelle, les contrats sont pris en fonction de leur importance, des intérêts et des envies des protagonistes. Mais bien qu'il existe une véritable liberté dans la conduite des différentes étapes de cette phase, il ne faut pas oublier qu'il existe également des limites<sup>9</sup>.

En effet au cours de cette période qui s'étend de la simple manifestation de l'intérêt de contracter jusqu'au dernier acte, le plus proche du contrat projeté, les parties sont libres de négocier comme elles le veulent, mais sans causer un dommage à leur partenaire. Il y a un lien qui se crée entre les parties et qui ne peut être rompue que conformément au principe de la bonne foi<sup>10</sup>.

En réalité, la période de formation de contrat se caractérise par un déclin relatif de la liberté proportionnel à la progression des négociations. D'ailleurs il est vrai de dire que la phase précontractuelle représente la situation « *expressis verbis* » dans laquelle l'autonomie de la volonté et le devoir de bonne foi s'expriment avec une particulière vigueur.

Au stade de la formation de contrat, l'autonomie de la volonté a une dimension de fond et de forme<sup>11</sup>. En premier lieu, sur le fond, elle se manifeste d'abord par la liberté de contracter ou de ne pas contracter, en effet aucune partie n'est obligée de conclure un contrat et chacune

---

<sup>7</sup>- La technique de formation du contrat par étapes apparaît dès le 15<sup>e</sup> siècle, avec le développement de promesse de contrat, il faudra cependant attendre plus de trois siècles pour que le contrat soit définie par Poitier, *Traité sur les différentes matières de Droit civil*, Debure, Rouzeau-Montant, T.01, 1781, n°476.

<sup>8</sup>- <https://z.ouriqua.over-blog.net/article-30090980.html>.

<sup>9</sup>- Ibidem.

<sup>10</sup>- S. Radu, th. préc.

<sup>11</sup>- G. Marty, P. Raynaud, op.cit., pp. 29,30.



peut refuser d'entrer en relation contractuelle avec l'autre partie. Ensuite, il appartient au libre arbitre des parties de déterminer à quoi elles s'obligent. En fin les parties ont la liberté de choisir leur cocontractant.

Cependant, à la lumière du principe de non-discrimination prévu par l'article 14 de la convention européenne des droit de l'Homme<sup>12</sup>, « il n'est donc plus tout à fait exact de proclamer que chacun est libre de choisir son cocontractant » .

En second lieu, sur la forme, l'autonomie de la volonté appelle le principe du consensualisme. Ainsi, seulement le consentement des parties suffit pour les lier, sans qu'il soit nécessaire de respecter une certaine forme<sup>13</sup>.

En plus de la liberté contractuelle et du consensualisme, il y' a lieu de constater que, découlant de l'autonomie de la volonté, un autre principe s'applique à la phase précontractuelle, c'est le principe de la liberté de négocier<sup>14</sup>. Il donne aux parties la liberté d'entamer des négociations, de les poursuivre et de mener des pourparlers parallèles, et même de les interrompre à tout moment.

Classiquement, le contrat se fonde exclusivement sur l'autonomie de la volonté des parties qui repose à son tour sur la liberté naturelle des hommes. De la liberté naturelle découlent toutes « les obligations » que les parties ont voulu s'imposer. A contrario, elles ne peuvent pas être assujetties à des obligations auxquelles elles n'ont pas consenti<sup>15</sup>.

Etant aussi à la base de l'économie libérale, l'autonomie de la volonté permet aux parties de conclure le contrat dans les plus justes et les plus utiles conditions<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup>- L'art. 14 de la convention E.D.H(interdiction de discrimination) : la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

<sup>13</sup>- S. Radu, op. cit., p. 36.

<sup>14</sup>- Ibid.

<sup>15</sup>- R. Monzer, La négociation des contrats internationaux, éd. L.G.D.J, 2008, p. 102.

<sup>16</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Marie Serinet, Traité de Droit civil- La formation du contrat T. 01, Le contrat Le consentement, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, p. 139.

Le libre jeu des échanges d'offres et de demandes assurent le maximum de production, les prix les plus bas et par conséquent, la prospérité, l'équilibre économique et d'une manière générale l'utilité sociale<sup>17</sup>.

L'importance du sujet de recherche se manifeste dans le fait que le législateur algérien n'a pas réglementé la phase précontractuelle avec des textes spécifiques, en se limitant à la période post-contractuelle pour exprimer l'obligation de chaque partie à exécuter le contrat conformément à son contenu et de bonne foi<sup>18</sup>, ainsi la responsabilité engagée pour la non conclusion du contrat, en octroyant des textes qui organisent la responsabilité contractuelle fondée sur la faute, le dommage et la relation entre les deux<sup>19</sup> (lien de causalité).

Le législateur algérien, malgré les réformes des années 2005<sup>20</sup> et 2007<sup>21</sup> concernant plusieurs textes du code civil, n'a donné aucune importance à la phase précontractuelle, donc il a négligé toute obligation précontractuelle, malgré l'importance de cette période dans la vie actuelle des relations contractuelles. De même qu'il n'a donné aucun signe sur la protection du contractant durant la phase précontractuelle, en laissant l'initiative à la jurisprudence qui considère jusqu'à présent la période des négociations comme étant un ensemble de faits qui ne produisent aucune obligation juridique<sup>22</sup> et qui n'ont aucun effet juridique.

Le négociateur victime d'une opération fautive lors des pourparlers, ne peut utiliser que la responsabilité délictuelle, comme moyen pour demander ses droits à la réparation du préjudice causé<sup>23</sup>. Mais cette pratique n'est pas toujours facile à effectuer, vue la difficulté d'apporter la preuve sur les éléments de cette responsabilité et surtout la preuve de la faute précontractuelle qui représente l'élément essentiel pour l'engagement de la responsabilité précontractuelle. Donc en l'absence de tout encadrement de la phase précontractuelle, le négociateur peut perdre facilement ses droits et ne trouve pas le moyen efficace pour les

---

<sup>17</sup>- J. Flour, J.L. Aubert, E. Savaux, Droit civil- les obligations, 1- l'acte juridique, 15e éd. Sirey, Paris, 2012, p. 84.

<sup>18</sup>- Art. 107 c. civ., C. S. ch. Civ. 12/01/1990, Dossier n°52061, R.J. n°01,1993,p. 113.

<sup>19</sup>- A. Belhadj Larbi, Le cadre juridique de la période précontractuelle à la lumière du Droit civil et comparé (étude comparée), 1<sup>e</sup> éd. Dar elhafidh, 2001, p.11.

<sup>20</sup>- Loi n°05/10 du 20/06/2005, portant réforme du code civil, J.O n°44 du 26/06/2005.

<sup>21</sup>- Loi n°07/05 du 13/05/2007, portant réforme du code civil, J.O, n°31 du 13/05/2007.

<sup>22</sup>- C. S. Ch. Civ. le 24/05/2000, Dossier n°223852, R.J. 2001 n°01 p. 138.

<sup>23</sup>- Art. 124 du c. civ., modifier par la loi 05/10.

protéger<sup>24</sup>. Alors, il valait mieux que les modifications introduites dans le code civil, comprennent un texte expresse et claire sur l'obligation de négocier de bonne foi et d'énoncer la liberté de chaque partie au contrat pendant la période précontractuelle, de contracter ou de ne pas contracter, et aussi, de règlementer la responsabilité en cas de rupture des pourparlers sans motif légitime et sérieux<sup>25</sup>, afin de protéger la partie faible au cours des négociations qui se manifestent largement dans les relations contractuelles actuelles, et exigent parfois une longue durée et des procédures de plus en plus compliquées, surtout en matière de contrats du commerce international qui ont une grande importance financière<sup>26</sup>.

D'ailleurs, le code civil algérien a donné des indices concernant la période précontractuelle quand il a prévu dans l'article 65 : « lorsque les parties ont exprimé leur accord sur tous les points essentiels du contrat<sup>27</sup>... ». Il s'agit là d'un accord de principe qui précède la conclusion du contrat, il en est ainsi pour la promesse de contrat<sup>28</sup> et en cas de versement d'arrhes<sup>29</sup>. Donc, tous ces types d'avant contrats sont suivis d'un contrat définitif, après avoir se convenu de tous les éléments essentiels du contrat projeté<sup>30</sup>.

En droit français, avant la réforme de 2016<sup>31</sup>, le régime des pourparlers n'était pas réglementé par la loi. C'est seulement la jurisprudence qui a développé une certaine pratique à l'égard de leur rupture<sup>32</sup>. Elle affirme un double principe : d'un côté, les parties ont la liberté de rompre les pourparlers et de l'autre côté qu'elles doivent être menées de bonne foi<sup>33</sup>.

Toutefois, les négociations sont réglementées dans les projets de réforme français ; l'avant-projet Catala<sup>34</sup>, le projet Terre<sup>35</sup> ou le projet d'ordonnance portant réforme du droit des

---

<sup>24</sup>- J. Cedras, L'obligation de négocier, RTDcom., 1985, p. 276 et s.

<sup>25</sup>- A. Bellhadj Larbi, op.cit. p. 12.

<sup>26</sup>- A. Salama, Le régime juridique des négociations de contrats internationaux, revue des Droits, Université Bahreyn, 2004, n°02, p.339 et s.

<sup>27</sup>- Art.65.c.civ.

<sup>28</sup>- Art 71 et art 72 du c.civ.

<sup>29</sup>- Art.72 bis.c.civ

<sup>30</sup>- Bellhadj Larbi, op.cit.p.12.

<sup>31</sup>- Ord. n°2016/131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Dalloz.IP/IT/236/Mai 2016.

<sup>32</sup>- O. Deshayes, « la rupture des pourparlers » L P A n°203/2008, p. 04.

<sup>33</sup>- P.Malinvaud, D. Fanouillet, M.Mekki, Droit des obligations, Lexis Nexis, Paris, 2014 n°120, p. 92.

<sup>34</sup>- De la formation du contrat articles 1104 à 1107/ p. catala, avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation Française, Paris 2008.

<sup>35</sup>- De la formation du contrat (articles 68 à 77), F.Terre, pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, Paris, 2009.

contrats, du régime général et de la preuve des obligations de la chancellerie de mars 2015. Ainsi, les projets, codifient les solutions jurisprudentielles et suivent le processus d'harmonisation du droit communautaire en se conformant aux projets européens. Par contre, en droit algérien la phase précontractuelle n'est soumise à aucune règle précise.

La notion de « phase précontractuelle » caractérise non seulement tous les faits et actes qui précèdent l'accord de volontés, mais aussi, les différents contrats préparatoires qui anticipent, plus ou moins précisément, la conclusion du contrat définitif<sup>36</sup>.

En effet, les parties peuvent conclure au moment des négociations des avant-contrats. Les parties, concluant un avant contrat peuvent s'engager « à initier ou à poursuivre une négociation », voire à formuler une offre, afin d'aboutir à la conclusion éventuelle d'un contrat définitif, mais dont le contenu n'est pas encore déterminé, ou du moins, pas encore suffisamment déterminé pour constituer un contrat définitif<sup>37</sup>. La spécificité de ce type d'avant-contrats réside dans leur précarité et leur rétractabilité.

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

Lorsque l'avant contrat a la nature d'un véritable contrat, sa violation constitue une faute contractuelle<sup>38</sup>. Ainsi l'inexécution des obligations créées par ces contrats préparatoires est traitée par l'application des règles de la responsabilité contractuelle<sup>39</sup>. Pourtant, la difficulté

---

<sup>36</sup>- D.Mazeaud, « Mistères et paradoxes de la période précontractuelle-in Etudes offertes à J.Ghestin, le contrat au début du XXI siècle, LGDJ., 2001, p. 637.

<sup>37</sup>- B.De coninck « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles » in.M.Fontaine (dir), Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit Europeen, Bryland, LGDJ , Bruxelles/Paris, 2002, p.40 ets.

<sup>38</sup>- L'art.1147 du c.civ.fr.

<sup>39</sup>- J. Schmidt, la période précontractuelle en droit français, RID, Comp. n°2/1990. p. 547.

juridique consiste à déterminer l'existence et à définir le contenu de ces contrats, car les obligations prévues, varient selon l'objet envisagé par l'avant contrat<sup>40</sup>.

Par ailleurs, à la lumière de l'autonomie de la volonté, chaque partie peut rompre les pourparlers à tout moment sans engager sa responsabilité. Cependant, les parties doivent avoir une conduite gouvernée par la bonne foi<sup>41</sup>. Ainsi si l'exercice de la liberté cause un dommage à un partenaire, le mécanisme de la responsabilité civile délictuelle sera appliqué.

Aussi, en dépit du fait que les pourparlers sont régis par le principe de l'autonomie de la volonté, la liberté qui résulte de ce principe n'est pas absolue. Elle est restreinte, soit par une obligation générale de bonne foi, soit par des obligations conventionnelles prévues dans les avant-contrats<sup>42</sup>.

Il arrive assez souvent qu'à l'occasion des pourparlers, l'une des parties commette une faute qui nuit à l'autre, par exemple, elle peut rompre brutalement et sans motif les pourparlers. Une partie peut aussi effectuer des manœuvres dolosives, s'abstenir ou donner des informations inexactes sur la portée de la prestation qu'elle offre. De même, elle peut cacher un fait essentiel pour la validité du contrat. Dans tous ces cas, la victime a un droit à réparation contre l'auteur du dommage fondé sur la responsabilité que la doctrine à qualifier de responsabilité « précontractuelle »<sup>43</sup>.

Par ailleurs, la liberté contractuelle et l'égalité des contractants qui imprègnent le code civil justifient le silence de ce dernier sur la période précontractuelle, alors qu'à l'opposé les droits spéciaux, comme le droit de la consommation, qui mettent en exergue l'inégalité des contractants, sont plus prolixes sur la période de gestation du contrat<sup>44</sup>; ainsi le consommateur est considéré comme partie faible au contrat. Etant dans la majorité des cas moins bien informé que son cocontractant, n'ayant pas le même pouvoir financier et il n'est pas en position de force lors de la négociation du contrat.

---

<sup>40</sup> - Ibidem, p. 560.

<sup>41</sup> - S. Radu, op. cit., p. 19.

<sup>42</sup> - Ibid.

<sup>43</sup> - C. Viney, Introduction à la responsabilité in J. Ghestin (dir), Traité de droit civil, 3<sup>e</sup> éd. L.G.D.J. Paris. 2008. p.547.

<sup>44</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p.01.

Dans certains droits, le droit de consommation notamment, le législateur a en vue d'assurer la protection de la partie faible au contrat, instauré des règles relatives à la période précontractuelle imposant des devoirs spéciaux d'informations, des délais de réflexion et de rétractation<sup>45</sup>.

S'intéresser à la période précontractuelle, « c'est s'intéresser aux notions de liberté, de volonté d'engagement, de maintien de la volonté dans le temps, à la place du temps dans le droit, à la maîtrise du droit sur le temps et surtout à la bonne foi et à la loyauté »<sup>46</sup>.

L'intérêt est en premier lieu notionnel ; « c'est donc extraire toute notion pouvant déterminer l'aspect juridique de tout fait ou acte caractérisant la phase précontractuelle et justifiant l'intervention des règles de droit dans les relations précontractuelles afin d'harmoniser les préoccupations des protagonistes »<sup>47</sup>.

En second lieu, s'intéresser à la période précontractuelle, c'est s'intéresser aussi à la protection du consommateur durant cette période. Entre mystère et paradoxe cette période demeure une période d'illusions, et de désillusions, une période informelle que les négociateurs peuvent à souhait formaliser comme ils l'entendent. C'est aussi une période d'échanges ; échanges de mots, d'informations et de promesses. Dans cette période il y a l'idée de compromis, celui des prétentions, celui de l'engagement et de la liberté<sup>48</sup>. C'est dans cette sphère d'ambiguïté et de liberté que le consommateur a besoin d'être protégé et sécurisé.

Notre étude se développe au tour de la question essentielle :

Quel est l'intérêt de la phase précontractuelle dans la protection du consommateur ?

La réponse à cette question nous amènera à partager notre étude en deux parties :

La première, sera développée sous le titre : paradoxe de la phase précontractuelle.

La deuxième, concernera la protection du consommateur durant la phase précontractuelle.

---

<sup>45</sup>- C. Poitevin, L'avant contrat en droit des contrats d'auteurs, Thèse de doctorat, Université D'AVIGNAN et des pays de Vaucluse-Faculté de Droit-, Soutenue le 13/12/2001, p.26.

<sup>46</sup>- C. Poitevin, op. cit. p. 37.

<sup>47</sup>- J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français, op. cit., p. 546.

<sup>48</sup>- C. Poitevin, préc.

# **Première Partie**

## **Paradoxe de la phase précontractuelle.**

L'étude de la première partie de ce thème consiste à examiner dans un premier titre, la phase précontractuelle qui n'est soumise à aucune règle précise, puis dans un deuxième titre sera examinée la complexité de la phase précontractuelle.

### **Titre premier : La phase précontractuelle, une étape non soumise à une réglementation précise.**

Avant la conclusion du contrat, chaque personne est libre de contracter ou de ne pas contracter, c'est la liberté contractuelle qui domine la période précédant la conclusion du contrat, mais en utilisant différents moyens de séduction les professionnels peuvent attirer facilement leur clientèle pour se mettre en relation contractuelle.

#### **Chapitre 01 : La liberté contractuelle.**

La liberté contractuelle représente le principe fondamental qui caractérise les relations contractuelles et selon ce principe, les relations contractuelles entre individus doivent être abandonnées à leur libre volonté et le législateur ne doit intervenir que le moins possible<sup>49</sup>.

#### **Section 01 : Le principe de liberté contractuelle.**

Le contrat est en principe créé par la seule force de la volonté libre et autonome : c'est le principe de l'autonomie de la volonté aux conséquences importantes.

---

<sup>49</sup>- D. Allag-Zennaki, op.cit, p. 24.

## **Paragraphe 01 : Les fondements de la liberté contractuelle.**

Fondé sur une analyse philosophique individualiste (A) des droits subjectifs, le dogme de l'autonomie de la volonté s'est développé au 19<sup>e</sup> siècle sous l'influence de la doctrine économique libérale (B).

### **A/ La philosophie individualiste :**

Exprimant les droits naturels de l'homme, la philosophie individualiste considère que les hommes sont nés libres et égaux<sup>50</sup>.

Cette liberté et cette égalité sont de l'essence de l'homme, et sont ainsi considérées de façon parfaitement abstraite, indépendamment des contraintes, et inégalités qui en fait, peuvent affecter de façon concrète les individus<sup>51</sup>. Ces contraintes doivent être exceptionnelles parce qu'elles limitent la liberté.

La société doit consacrer la liberté qui appartient « naturellement » à l'homme<sup>52</sup>, l'autonomie de la volonté n'est qu'un aspect particulier de cette thèse générale<sup>53</sup>.

De la liberté posée comme principe premier découlent, en effet deux conséquences :

D'une part, l'homme ne doit pas être assujéti à des obligations auxquelles il n'a pas consenti, qui risqueraient d'être tyranniques, et d'autre part et à l'inverse, toutes les obligations qu'il a voulues s'imposent à lui<sup>54</sup>.

Etre libre, c'est être admis à restreindre soi-même sa liberté, spécialement par les contrats que l'on conclut<sup>55</sup>. L'indépendance et la liberté de l'individu ne peuvent être restreintes que par sa propre volonté ; il n'y a pas de meilleures règles que celles qui naissent de la convention librement conclue par des hommes également libres, puisque c'est une loi qu'ils ont voulu modeler à leur usage particulier, cette règle réalisera certainement la justice<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup>- J.Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, *Traité de droit civil – La formation du contrat, tome 1 : le contrat – le consentement*, 4<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., point Delta 2014, p. 148.

<sup>51</sup>- D. Allag-Zennaki, *op. cit.*, p.23.

<sup>52</sup>- J.Luc Aubert, Eric Savaux, *Les obligations – L'acte juridique – Le contrat – Formation – Effets*, 2<sup>e</sup> éd., Delta, 2002, p.68.

<sup>53</sup>- *Ibid.*

<sup>54</sup>- J. Luc. Aubert, Eric Savaux, *op. cit.*, p. 68.

<sup>55</sup>- *Ibid.*

<sup>56</sup>- G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil – les obligations*, T. 1, 2<sup>ème</sup> éd. Sirey, 1988, p. 28.



Donc, c'est la volonté qui aux yeux des philosophes de 18ème siècle est la source de tous les droits<sup>57</sup>.

L'individu n'est lié que par sa volonté directement dans le contrat, indirectement et tacitement lorsque l'obligation est imposée par la loi. Celle-ci "qui doit d'ailleurs intervenir avec une extrême réserve" n'étant que l'expression de la volonté générale. Non seulement les philosophes du 18ème siècle voyaient dans la volonté la source des obligations, mais ils lui reconnaissaient une valeur morale<sup>58</sup> ; les individus égaux et libres, le contrat librement débattu est nécessairement équitable. Toute entrave du législateur compromet cet équilibre et emporte une injustice.

Les philosophes du 18ème siècle affirment les droits des individus, non seulement contre l'Etat, mais aussi contre tout groupement susceptible de réduire la liberté individuelle, notamment contre le système de la corporation qui régit l'activité professionnelle. La société ne doit plus être constituée que d'individus entre lesquels les relations sociales ne peuvent être organisées que sur un fondement volontaire, c'est-à-dire contractuelle. C'est la même inspiration que se rattache sur le plan des institutions politiques, la fameuse « théorie du contrat social » de Hobbes (1588-1679) et Rousseau (1712-1778).

La théorie de l'autonomie de la volonté en est ainsi conduite à expliquer par le contrat et par la volonté tout le système juridique.

Selon cette théorie, la société pour elle est née d'un contrat, le contrat social<sup>59</sup>. La loi est l'expression de la volonté générale à laquelle chacun a d'avance adhéré par le contrat social. « En pénétrant plus avant dans le détail des institutions juridiques, on dira notamment que le mariage est un contrat ou que la dévolution successorale est fixée par la loi en fonction de la volonté du défunt<sup>60</sup>, la nationalité est le produit d'un contrat passé entre le citoyen et l'Etat. On s'efforce ainsi à trouver à toute institution une explication contractuelle ou tout au moins volontariste »<sup>61</sup>.

L'autonomie de la volonté étant une notion fondamentale de la philosophie de Kant (1724,1804) celle-ci pouvait apparaître comme l'origine du principe juridique du même nom. Mais, dans une étude remarquée, Mme Ranouil<sup>62</sup> a montré que l'influence de Kant n'avait été

---

<sup>57</sup>- F. Chabas, Leçons de Droit civil – obligations – théorie générale, T2, V1. 9<sup>ème</sup> éd. Delta, 2000, p. 104.

<sup>58</sup>- Ibid.

<sup>59</sup>- G. Marty, P. Raynaud, op. cit, p. 29.

<sup>60</sup>- Ibid.

<sup>61</sup>- Ibid.

<sup>62</sup>- L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, in. J. Ghestin, op. cit., p.148.

qu'indirecte et qu'en particulier, la formule d'autonomie ne lui avait pas été empruntée, mais qu'elle avait été recrée par la doctrine de droit international privé.

Certes, après Rousseau, Kant affirme que la volonté individuelle est la source unique de toute obligation juridique, il déclare en même temps qu'elle est seule source de justice. « Quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre », dit-il, « il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même »<sup>63</sup>.

C'est l'origine de la célèbre formule de Fouillée (1838-1912), « qui dit contractuel, dit juste », dont la pensée réelle a d'ailleurs été singulièrement déformée.

Mais l'autonomie de la volonté n'a chez Kant qu'un sens moral. Alors qu'elle figure dans les « fondements de la métaphysique des mœurs » publiés en 1775 et dans la « critique de la raison pure » parue en 1788, elle n'apparaît pas dans « les principes métaphysiques du droit » publiés en 1797<sup>64</sup>.

On ne trouve d'ailleurs aucune référence à Kant chez les juristes qui ont introduit le concept d'autonomie de la volonté dans la théorie juridique. En particulier les ouvrages du droit international privé, qui ont créé cette formule, précisent que l'usage du mot autonomie est emprunté au vocabulaire juridique allemand, mais aucun d'eux en associant ce terme à celui de volonté ne fait référence à une source<sup>65</sup>.

« En réalité c'est sous la forme d'un kantisme diffus, simplifié voire déformé, conçu comme la théorie par excellence de l'individualisme juridique, associant devoir et liberté, que s'est manifestée l'influence de Kant ».

Il est à cet égard significatif d'observer que les traductions de Kant datent de 1840 par Barni et de 1860 par Tissot, et surtout que c'est en 1880, puis plus nettement en 1890 que Kant a été officiellement intégré dans la liste des auteurs à étudier en classe de philosophie<sup>66</sup>.

« Une teinture de Kantisme, dont l'autonomie de la volonté était l'un des éléments les plus accessibles, constituait ainsi une composante de la culture commune à l'époque où le concept juridique d'autonomie de la volonté apparaissait dans la doctrine juridique »<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> - Doctrine du droit, trad. Barni, p.169, -cf. Rousseau, contrat social, II, 6, « nul n'est injuste envers lui-même » in J. Ghestin précité, p.148.

<sup>64</sup> - J. Ghestin, op. cit., 149.

<sup>65</sup> - Ibid.

<sup>66</sup> - Ibid.

<sup>67</sup> - G. Rouette, La force obligatoire du contrat, in le contrat aujourd'hui : Comparaisons franco- anglaises, LGDJ. 1987, n°14.

## **B/ Le libéralisme économique :**

Avant d'avoir un sens politique, le libéralisme eut d'abord une signification économique<sup>68</sup>  
« Cette signification apparaît dès le 18<sup>ème</sup> siècle, chez les physiocrates et, plus encore chez Adam Smith ».

Le libéralisme apparut en Angleterre, puis en France et aux Etats- Unis au dix-huitième siècle, présente une conception bien précise, déterminée de l'intérêt général. En France, il apparaît chez les physiocrates, comme une réaction contre le colbertisme, c'est-à-dire un système où l'Etat assume la responsabilité immédiate de l'économie. En Angleterre, la doctrine libérale accompagne le développement de l'industrie. Adam Smith, publie en 1776 ses recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations. Dans cet ouvrage il expose l'idée que l'intérêt privé est le moteur de l'économie <sup>(69)</sup>. « L'Etat doit donc reconnaître la libre concurrence des intérêts privés, s'exerçant dans le cadre du marché »<sup>(70)</sup>.

Pour Adam Smith. « Une augmentation de notre fortune est le moyen par lequel la majeure partie des hommes se propose d'améliorer son sort ; c'est le moyen le plus commun et qui leur vient le premier à la pensée » et qui donne un contenu économique à l'intérêt général, compris comme l'augmentation de la prospérité et de la richesse d'une nation <sup>(71)</sup>. La société qu'il décrit est celle où les individus échangent et de ces échanges, découle naturellement la richesse de la nation, c'est-à-dire l'intérêt général. Une « main invisible » oriente les comportements économiques individuels vers la satisfaction du bien-être collectif <sup>(72)</sup>.

« La loi économique de l'offre et de la demande répondra nécessairement à l'intérêt général »<sup>(73)</sup>. Pour favoriser les échanges nécessaires au développement économique, il faut écarter toutes les entraves à la liberté contractuelle, c'est le principe du : « laisser faire, laisser passer » que complète implicitement le laisser contracter <sup>(74)</sup>.

Selon cette doctrine, la justice contractuelle, qu'exprime auparavant la recherche du juste prix, ne peut être déterminée de l'extérieur et de façon objective. Ce sont les conventions elles-mêmes, par le libre jeu de l'offre et de la demande, qui créent le juste, « la justice

---

<sup>68</sup>- J.Ghestin, op. cit., p.149.

<sup>69</sup>- Ibid.

<sup>70</sup>- F. Rangeon, L'idiologie de l'intérêt générale, préf., G. Vedel, Economica 1986, pp. 155-156 cité par J.Ghestin, préc., p.150.

<sup>71</sup>- F. Rangeon, préc., p. 157.

<sup>72</sup>- Ibid. p.158.

<sup>73</sup>- E. Gounot, cité par J.Ghestin, préc., p.150.

<sup>74</sup>- J. Ghestin, op. cit., p.150.

contractuelle est un fait naturel déterminé par la libre concurrence, non une exigence idéal à laquelle les faits doivent se plier. « Ce qui interdit toute intervention dans les libres contrats sous prétexte d'y corriger, au nom d'une imaginaire équité, de prétendues injustices »<sup>(75)</sup>.

Source de droit par excellence, en ce qu'il respecte la liberté des individus, le contrat l'est aussi en ce qu'il permet d'établir les rapports individuellement les plus justes et socialement les plus utiles. On reconnaît ici les thèses du libéralisme économique.

En premier lieu le libre jeu des volontés individuelles ne peut que réaliser la justice. Chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts, on peut présumer que ceux-ci sont parfaitement respectés par les engagements qu'il a volontairement souscrit<sup>(76)</sup>. Si une obligation imposée peut être injuste, une obligation acceptée ne peut pas l'être. L'opposition des intérêts sous-jacente au contrat est au demeurant, la meilleure garantie de ce que les obligations qui en sont issues respectent un certain équilibre, puisque, elles répondent aux besoins de chacun. Pour reprendre la formule toujours citée de Fouillée : « Qui dit contractuel dit juste ».

En second lieu, le libre jeu des volontés individuelles assure l'équilibre économique et la prospérité générale. La loi du marché permettant l'ajustement de la production aux besoins, il faut laisser faire les automatismes économiques. Plus généralement, la recherche par chacun de son intérêt ne peut que conduire à la satisfaction d'un intérêt général perçu comme la somme des intérêts particuliers<sup>(77)</sup>.

L'idée fondamentale du libéralisme selon laquelle l'Etat doit « laisser faire et laisser passer » se retrouve dans l'autonomie de la volonté.

Permettre aux hommes de contracter comme ils l'entendent est le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et les plus utiles<sup>(78)</sup>.

Du moment où un débiteur s'est lié, c'est que le contrat qu'il a conclu sauvegardait ses intérêts. L'obligation imposée peut être injuste, l'obligation acceptée ne peut pas l'être par hypothèse. C'est pourquoi les volontés privées n'ont pas à se plier aux règles d'une justice objective.

Quant à l'utilité sociale, les tenants du libéralisme pensent toujours que le libre jeu des initiatives individuelles assure spontanément la prospérité et l'équilibre économique<sup>(79)</sup>.

---

<sup>75</sup>- Ibid. p. 150.

<sup>76</sup>- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil-les obligations, 8<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2002, p. 30.

<sup>77</sup>- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, prec., p. 31.

<sup>78</sup>- J. Luc Aubert et Eric Savaux, op.cit. p. 68.

<sup>79</sup>- Ibid. p. 68.

## **Paragraphe 02 : Les effets de la liberté contractuelle sur le droit des contrats.**

L'influence de la liberté contractuelle sur le droit des contrats peut être expliquée, d'une part, par les deux caractères spécifiques de la volonté et d'autre part, par les conséquences déduites du principe de l'autonomie de la volonté.

### **A/ Caractères spécifiques de la volonté :**

Le principe de l'autonomie de la volonté signifie que le contrat tire sa force obligatoire des volontés des parties qui sont souveraines. Il y a donc deux éléments : d'une part la souveraineté de la volonté (1) et d'autre part, la force obligatoire de la volonté (2) .

#### **1- La souveraineté de la volonté :**

Dire que la volonté est souveraine signifie qu'elle a seule le pouvoir d'engager les individus, la plupart des règles admises en matière de contrats dérivent du principe de la souveraineté de la volonté et cela aussi bien lors de la conclusion du contrat que lors de son exécution et c'est à partir de la souveraineté de la volonté qu'on parle de la liberté contractuelle, protection du consentement et du consensualisme.

Donc la souveraineté de la volonté signifie d'abord, que l'on n'est jamais obligé de contracter : il y a contrat que si les parties l'ont voulu. C'est le principe de la liberté contractuelle, on peut conclure un contrat comme on peut refuser de le conclure c'est l'expression la plus simple de l'autonomie de la volonté. Ne seront considérées comme stipulations d'un contrat que celles qui sont acceptées par les parties, c'est pourquoi la loi ne doit pas s'immiscer dans le contrat <sup>(80)</sup>.

La plupart des règles légales en la matière doivent être des règles supplétives destinées à combler les lacunes de la volonté, mais celles-ci peuvent très bien être remplacées par d'autres règles ou d'autres dispositions.

La souveraineté de la volonté signifie, ensuite, que si la volonté n'existe qu'en apparence, il n'y a pas de contrat ; l'apparence de contrat doit être déduite par le juge saisi d'une action en

---

<sup>80</sup> - Ch. Larroumet, Droit Civil- les obligations- le contrat, T.03, éd. Economica, pp. 95-96.

annulation. Ainsi en est-il en cas d'absence totale de consentement ou encore dans l'hypothèse d'un vice du consentement <sup>(81)</sup>.

La souveraineté de la volonté signifie enfin qu'en principe, elle se suffit à elle-même et qu'elle n'a pas besoin d'être entourée de l'accomplissement de certaines formes, par exemple, l'écrit sera exigé à titre de preuve et non pas à titre de condition de validité du contrat: c'est le principe du consensualisme<sup>(82)</sup>.

La souveraineté de la volonté signifie que le contrat doit être exécuté conformément à ce qu'ont voulu les parties. Ainsi en est-il, d'abord en ce qui concerne l'interprétation du contrat : les juges doivent utiliser une méthode qui consiste à rechercher la volonté des parties et ne pas interpréter les clauses claires et précises <sup>(83)</sup>; sinon il peut y avoir pourvoi en cassation pour dénaturation du contrat. Ainsi encore, la théorie de l'imprévision selon laquelle le juge doit pouvoir modifier les stipulations du contrat, si les circonstances économiques ont changé<sup>(84)</sup>, doit normalement être rejetée, car elle aboutit à une dénaturation du contrat en tenant pas compte des volontés des parties <sup>(85)</sup>.

## **2- La force obligatoire de la volonté :**

Conformément à l'article 106 du code civil, un principe fondamental est affirmé par la formule « le contrat fait la loi des parties », qui résume le principe de la force obligatoire de la volonté. L'expression « fait la loi des parties », signifie en réalité qu'une obligation née du contrat s'impose aux contractants avec la même force qu'une obligation légale. En Droit français un texte similaire affirme ce même principe : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; et il poursuit en précisant qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi »<sup>(86)</sup>.

Du principe qui est affirmé par l'article 106 du code civil, on peut tirer plusieurs conséquences : la mise en jeu de la responsabilité contractuelle sera possible en cas

---

<sup>81</sup>- Ch. Larroumet, op. cit., p. 96.

<sup>82</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 24.

<sup>83</sup>- D. Allag-Zennaki, prec. p. 297.

<sup>84</sup>- D.Zennaki, La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, revue Franco-Magrebine de droit, Presse de l'université de Toulouse 1, capitale, 2013 n°20, p. 314.

<sup>85</sup>- Ch. Larroumet, op. cit., p. 96.

<sup>86</sup>- Ancien article, 1134 du c. civ. fr.

d'inexécution du contrat ; la volonté unilatérale ne permet pas de sortir normalement d'un contrat, puisque le contrat repose sur les volontés des parties, il ne saurait lier des individus qui n'ont pas consenti.

Ce qui conduit au principe fondamental de l'effet relatif des contrats, affirmé par l'article 113 du code civil, ce principe dérive lui-même du principe de l'autonomie de la volonté, cependant l'article 1103 du code civil français parle de conventions légalement formées. D'où la règle traditionnelle, exprimée dans l'article précité, que les libres conventions tiennent lieu de loi. Elle signifie que le droit peut avoir confiance dans les contrats libres : que sous les conditions générales consenties, il peut faire des individus les propres régulateurs de leurs intérêts réciproques, et leur reconnaître dans ce rôle une large compétence <sup>(87)</sup>.

Aussi, tant qu'il s'agira d'individus normaux, placés, en fait par le jeu des lois et des institutions dans des conditions sensiblement égales, la règle d'équivalence sera respectée et par là, les besoins légitimes de chacun et de tous sont également satisfaits. En d'autres termes, « s'il faut que dans les conventions la justice se réalise, les volontés individuelles sont de cette réalisation les meilleurs organes juridiques, organes autrement souples, rapides et précis que ne sauraient l'être le juge ou quelque fonctionnaire de l'Etat », et donc bien mieux adaptés qu'eux aux exigences infiniment multiples et variées de la vie économique et sociale. Le contrôle effectif des tribunaux ou des pouvoirs publics sur de telles conventions ne devra donc s'exercer qu'à titre plus ou moins exceptionnel <sup>(88)</sup>.

Ainsi la liberté contractuelle se trouve rattachée aux principes mêmes de justice objective. Les libres contrats sont sanctionnés par le droit, non parce qu'ils émanent de volontés individuelles qui possèderaient par elles-mêmes une valeur juridique absolue et inconditionnée, mais parce qu'ils sont effectivement justes ou légitimement présumés tels <sup>(89)</sup>. La volonté libre n'implique donc pas la négation de toute forme objective de justice. On ne lui attribue au contraire ici une valeur que parce qu'elle apparaît comme le meilleur instrument pratique de réalisation de la norme <sup>(90)</sup>.

Ainsi conçue, la liberté contractuelle devient donc elle-même principe d'ordre de justice et de bien commun.

---

<sup>87</sup> - F. Chabas, *Leçons de droit civil - obligations- théorie générale*, T.2, 9<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Delta, 2000. p.119.

<sup>88</sup> - F. Chabas, *op. cit.*, p. 119.

<sup>89</sup> - F. Chabas, *prec.*, p. 119.

<sup>90</sup> - *Ibid.*

## **B/ Conséquences déduites du principe de l'autonomie de la volonté :**

Appliqué au régime juridique des contrats, la théorie de l'autonomie de la volonté conduit à la proclamation de quatre principes étroitement liés :

- Par définition, les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, c'est la liberté contractuelle (1).
- Mais si elles décident de se lier, elles sont tenues de respecter leurs engagements, c'est la force obligatoire du contrat (2).
- Ainsi, sont seules tenues, les personnes qui ont entendu se lier c'est l'effet relatif du contrat(3).
- Enfin, le seul échange des consentements suffit pour créer les obligations ou pour transformer les droits c'est le principe du consensualisme (4).

### **1- La liberté contractuelle :**

La liberté contractuelle est considérée comme un principe directeur du droit des contrats.<sup>(91)</sup> L'accord des volontés est d'abord « le moteur » du contrat, l'élément subjectif dynamique sans lequel ce dernier ne peut normalement naître. C'est par les volontés des parties que s'exprime l'entente entre des personnes ayant des intérêts propres.<sup>(92)</sup>

Le contrat exige la participation des assujettis à la création même de la règle à laquelle ils seront soumis. Il faut donc que deux volontés, libres l'une et l'autre, se rejoignent pour former un contrat qui, des lors échappe à chacune de ces volontés individuelles<sup>(93)</sup>

Certes, le contrat ne peut avoir d'effets de droit que dans les limites tracées par le système juridique dans lequel il s'intègre<sup>(94)</sup>. La fonction de création de normes contractuelles, reconnues par le droit positif à l'accord des volontés, est toutefois inséparable de la liberté contractuelle, car il n'y a pas de volonté sans liberté<sup>(95)</sup>.

---

<sup>91</sup>- J. Ghestin, op. cit., p. 177.

<sup>92</sup>- J. Ghestin, prec., p. 177.

<sup>93</sup>- J. Ghestin, Cause de l'engagement et validité du contrat, L.G.D.J, 2006, n°198.

<sup>94</sup>- B. Haftel, La notion de matière contractuelle en droit international privé, th. Paris II, 2008, p.106, cité par, J. Ghestin.

<sup>95</sup>- J. Ghestin, prec., p. 178.



Alors les applications essentielles du principe de la liberté contractuelle figurent dans la liberté de contracter ou de ne pas contracter (a), la liberté de choisir son cocontractant (b) et enfin la liberté de déterminer le contenu du contrat (c).

**a) La liberté de contracter ou de ne pas contracter :**

Il s'agit de la liberté de conclure ou non un contrat. Personne ne peut être en principe obligé de conclure un contrat, personne n'est tenu d'émettre une offre de contrat, ni d'en accepter une. Personne ne peut même être obligé d'engager des négociations<sup>96</sup> en vue de la conclusion d'un contrat à moins de s'être engagé à le faire par un accord de principe qu'il a librement conclu<sup>(97)</sup>.

Nul n'est forcé d'entrer en négociation avec ses semblables et chacun a le droit de refuser de céder les biens qui lui appartiennent ou de prendre à son service une personne dont il ne veut pas<sup>(98)</sup>. Le refus de contracter n'est qu'une manifestation de la liberté.

A la liberté de ne pas contracter, peut être rattachée celle de ne pas être engagé contractuellement contre son gré, chacun ne peut en principe contracter que pour lui-même. Au moment de la formation du contrat, la qualité de partie doit être réservée aux personnes qui ont conclu celui-ci par un accord de volontés.

A ce moment, la qualité de partie contractante ne peut s'acquérir que par l'expression de la volonté de s'engager, c'est-à-dire de se soumettre aux effets obligatoires du contrat, au moyen de ce mode spécifique de création d'effet de droit qu'est l'accord des volontés<sup>(99)</sup>. Seules les parties contractantes peuvent se voir reconnaître la qualité de parties, car elles seules répondent à l'exigence de participation des assujetties à la création même de la règle à laquelle elles seront soumises, qui caractérise le contrat. La loi ne peut conférer à d'autres la qualité de parties sans dénaturer la spécificité de la création de normes par la procédure contractuelle<sup>(100)</sup>.

---

<sup>96</sup> - D. Allag Zennaki, *contrats*, op.cit., p. 39 et s.

<sup>97</sup>- J. Ghestin, *op. cit.*, p. 182.

<sup>98</sup>- F. Terré. Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.* p. 31.

<sup>99</sup>- J. Ghestin, *op. cit.* p. 182.

<sup>100</sup>- *Ibid.*

## **b) La liberté de choisir son cocontractant :**

La liberté de contracter, c'est aussi celle de conclure un contrat avec un cocontractant librement choisi. Cette liberté s'impose particulièrement pour les contrats conclus en considération de la personne « *intuitus personae* » tel que la commande d'un portrait à réaliser par un peintre, par exemple. « Mais sa portée est générale »<sup>(101)</sup>. Entre les offres présentées par divers fournisseurs ou vendeurs, l'acquéreur est libre de choisir, sans être tenu, en principe, de retenir l'offre au prix le plus faible. « Ce pouvoir traduit concrètement l'initiative que le système juridique reconnaît aux parties afin de régler au mieux, dans leur intérêt, qu'elles apprécient librement, la satisfaction de leurs besoins »<sup>(102)</sup>. Ce pouvoir participe au fonctionnement même du marché. C'est en effet la liberté de choisir son cocontractant qui permet de faire jouer la concurrence, élément essentiel d'un système économique libéral fondé sur le marché. « Il suffit ici d'extraire les multiples droits de préemption <sup>(103)</sup> et aussi le principe fondamental de non discrimination <sup>(104)</sup> pour illustrer le fait que cette conséquence de la liberté contractuelle n'est qu'un principe aux nombreuses et importantes exceptions ».

## **c) La liberté de déterminer le contenu du contrat :**

Pour tous les contrats, les parties peuvent, dans l'exercice de leur liberté contractuelle, édicter toutes les règles qui régissent leurs relations contractuelles.

Les parties sont en principe libres de créer de toutes pièces de nouveaux contrats, Il appartient aux contractants, à l'issue d'un libre débat, de définir ce à quoi ils s'obligent <sup>(105)</sup>. Certes, le législateur détaille le contenu des conventions les plus utilisées : vente, prêt, mandat, louage, etc. « Ce sont les contrats nommés, mais les contrats susceptibles d'être conclus et d'obliger les parties, ne se limitent pas à la liste des contrats légalement nommés ». <sup>(106)</sup> L'imagination

---

<sup>101</sup>- J. Ghestin, op. cit., p. 184.

<sup>102</sup>- Ibid.

<sup>103</sup>- J. Ghestin, et Desche, La vente, les droits de préemption et de retrait, LGDJ, 1990, n°454et s. p. 517et s, cité par J. Ghestin.

<sup>104</sup>- D. Zennaki, La discrimination entre agents économiques en droit algérien, in les contrats de distribution s/direction de B.Saintourens et Dalila Zennaki, Presses Universitaires de Bordeaux 2011 p.17 et s.

<sup>105</sup>- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 31.

<sup>106</sup>- L. Leveneur, La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité), A.J.D.A, 1998, p.676.

créatrice des parties, comme le montre la pratique contractuelle, ne connaît pas de limite. Elles peuvent aménager le contenu des contrats nommés, créer des hybrides combinant des éléments empruntés à divers contrats nommés ou créer de toutes pièces de nouveaux contrats innomés <sup>(107)</sup>. Les parties peuvent plus précisément, déterminer l'objet de leur accord et la cause de leur engagement. Elles vont dire sur quoi porte l'objet du contrat. Elles vont en particulier dire à quoi s'engage chacune d'elles, quelles sont leurs obligations et plus largement, quelles normes juridiques elles entendent créer.

Dans un contrat-échange, visant à réaliser un échange économique, « elles sont ainsi libres d'en fixer les termes. Laisser à un tiers le pouvoir de fixer le prix à payer en contre partie de la chose remise ou du service rendu, lorsque les parties ne l'ont pas déterminé ou rendu déterminable, constitue a priori l'exercice d'une liberté contractuelle » <sup>(108)</sup>.

« Dans un contrat-organisation, visant à exploiter en commun des actifs afin d'en tirer des profits à répartir entre les parties, les modalités de cette exploitation et de la répartition de ces profits sont en principe librement déterminés par les parties » <sup>(109)</sup>.

## **2- La force obligatoire du contrat :**

Rien n'oblige les parties à contracter. Mais dès lors qu'elles l'ont fait, elles sont tenues de respecter leurs engagements.

« Ce qu'elles ont convenu s'impose à elles sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune norme. L'accord des volontés est par lui-même créateur d'obligations » <sup>(110)</sup>.

L'autonomie de la volonté commande, le principe essentiel de la force obligatoire du contrat. Ce que les parties ont décidé s'impose définitivement à elles dans les conditions même où elles l'ont voulu. <sup>(111)</sup> Il n'en résulte qu'aucune des parties ne pourrait se délier par sa seule volonté sans engager sa responsabilité. Le consentement mutuel peut seul dénouer ce qu'il a noué. Et les parties doivent bien évidemment exécuter fidèlement les obligations nées du contrat. <sup>(112)</sup> D'après la doctrine classique à base individualiste, la règle de l'art. 1103 c.civ.

---

<sup>107</sup> - J. Ghestin, op. cit. p. 185.

<sup>108</sup> - J. Ghestin, prec. p. 186.

<sup>109</sup> - J. Ghestin, op. cit. p. 187.

<sup>110</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 32.

<sup>111</sup> - J. Luc Auber et Eric Savaux, op.cit., p.70.

<sup>112</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, prec.

Français et par analogie, l'art 106 du c.civ. a pour fondement la volonté de l'individu<sup>(113)</sup>. Cet article pose le principe dans une formule particulièrement énergique : « le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi ». Ce texte, parmi les plus célèbres, est souvent présenté comme la consécration la plus nette de l'autonomie de la volonté puisqu'il place ainsi l'accord des particuliers sur le même plan qu'un ordre émanant de l'autorité publique, c'est donc d'elle même que la volonté tire sa force contraignante.

Enfin cette force obligatoire concerne également le juge. La loi contractuelle s'impose à lui, s'il est saisi pour une difficulté en cours d'exécution du contrat et si le contrat nécessite interprétation, le juge doit suivre une règle de conduite fondamentale : chercher à dégager « la commune intention des parties »<sup>114</sup>.

Au contraire, si les clauses du contrat sont claires et précises, le juge ne doit pas interpréter le contrat. En tout cas le juge ne peut pas sous prétexte d'interprétation, modifier le contrat par rapport à ce qui a été voulu par les parties : telle apparaît donc la force obligatoire du contrat<sup>115</sup>.

### **3- L'effet relatif du contrat :**

L'effet du contrat est de créer un rapport d'obligations entre les parties. Par conséquent, il s'agit soit d'obliger une seule des parties envers l'autre si le contrat est unilatéral, soit d'obliger les deux parties l'une envers l'autre si le contrat est synallagmatique<sup>(116)</sup>. Il est un principe essentiel affirmé par l'article 113 du c.civ. Algérien et l'art.1165 c.civ. Français.

La loi enferme ainsi le pouvoir créateur d'obligations reconnu aux sujets de droits dans les limites étroites et précisément définies : les contractants « les parties contractantes » ne sont investis de ce pouvoir que dans leurs rapports réciproques, et par conséquent dans la limite et sous le contrôle de leur volonté respectives<sup>(117)</sup>. La règle de l'art.113 du c.civ. n'a d'autre objet que de définir la portée de la faculté laissée aux sujets de droit, de faire naître par un accord de volontés des obligations que ce soit en tant que dette ou comme créance .

---

<sup>113</sup>- F. Naceur, L'effet obligatoire du contrat, thèse de doctorat, Université d'Oran 2003, p.12.

<sup>114</sup>- Art. 111. al. 02, c.civ.

<sup>115</sup>- F. Naceur, thèse, prec. p. 10.

<sup>116</sup>- Ch. Larroumet, op.cit., p. 574.

<sup>117</sup>- J. Luc-Aubert, op. cit., p. 98.

Le principe de l'effet relatif signifie donc que le contrat qui dépend de la seule volonté des parties, n'a pas d'effet à l'égard des tiers : le contrat est limité aux seules parties que ne peuvent ni engager un tiers ni faire naître à son profit une créance <sup>(118)</sup>.

Le principe de la relativité des conventions se déduit tout naturellement de l'analyse du contrat. Puisque celui-ci tire sa force de la volonté des contractants, il est naturel qu'il ne produise cet effet obligatoire qu'à l'égard de ceux qui ont échangé leurs consentements, à l'égard des parties qui ont voulu ces effets juridiques et que ces effets n'atteignent pas les tiers qui, par hypothèse, ne les ont pas voulus. La relativité de l'effet obligatoire du contrat est en harmonie avec la doctrine individualiste de l'autonomie de la volonté <sup>(119)</sup>.

## **Section 02 : Les restrictions au principe de la liberté contractuelle.**

Depuis le début du 20<sup>e</sup> siècle, le principe de l'autonomie de la volonté a été contesté par plusieurs auteurs <sup>(120)</sup>. Le système juridique qui a exercé une forte influence sur une grande partie de la doctrine, tendait au déclin du principe dans la mesure où l'identification du droit à l'Etat avait pour effet de privilégier la loi et le règlement comme source de tous les droits subjectifs et à réduire la volonté individuelle, c'est-à-dire le contrat, au déclenchement d'une situation juridique dont le contenu ne devait pas dépendre des volontés des sujets de droit <sup>(121)</sup>. Cependant une telle prise de position philosophique serait demeurée purement théorique si elle n'avait pas été combinée à d'autres raisons qui ont poussé le législateur et le juge à porter des atteintes considérables à la liberté contractuelle <sup>(122)</sup>.

En effet, le principe de l'autonomie de volonté ne peut inspirer aujourd'hui le droit des contrats comme il a pu faire au début du 19<sup>e</sup> siècle en raison d'intervention de l'Etat dans les échanges économiques <sup>(123)</sup>.

Certes le contrat est le procédé par excellence en vertu duquel sont réalisés les échanges économiques entre les membres du corps social.

---

<sup>118</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 16.

<sup>119</sup> - G. Marty et Ph. Raynaud, op.cit., p. 271.

<sup>120</sup> - G. Ripert, au nom de la règle morale, avait déjà condamné, malgré quelque interrogation, le principe de l'autonomie de la volonté, .....

<sup>121</sup> - Ch. Larroumet, op. cit., p. 99.

<sup>122</sup> - Ch. Larroumet, prec.

<sup>123</sup> - Ibid.

Dans la mesure où l'Etat n'intervient pas ou peu pour organiser ces échanges, la liberté contractuelle est une réalité qu'on ne peut contester : les échanges économiques correspondent à ce qui est voulu par les parties au contrat.

Mais si l'Etat intervient impérativement dans les échanges économiques le dirigisme contractuel succède à la liberté contractuelle, en ce sens que le contrat ne correspond plus à ce qui est librement négocié entre les parties ou à ce qui est imposé par une partie à l'autre qui l'accepte<sup>(124)</sup>. Au contrat librement voulu par les parties est substitué le contrat dirigé ; c'est-à-dire le contrat dont les conditions de formation, le contenu et les effets sont déterminés par la loi impérative et non pas simplement supplétive. L'intervention de l'Etat dans la vie socio économique par le biais du dirigisme contractuel, porte de considérables atteintes à la liberté contractuelle qui se manifestent par des restrictions d'ordre juridique (paragraphe01) et des restrictions d'ordre économique (paragraphe02).

### **Paragraphe 01 : Restrictions d'ordre juridique.**

L'évolution du droit positif des contrats sous l'influence de la jurisprudence et de nombreuses lois spéciales, a apportée énormément de critiques envers la liberté contractuelle (A). Il en résulte donc un espace juridique qui s'appuie sur de nouveaux postulats qui portent beaucoup d'atteintes à la liberté contractuelle. (B).

#### **A/ Critiques apportées à la liberté contractuelle.**

La théorie de l'autonomie de la volonté a été depuis longtemps contestée tant dans ses principes que dans les conséquences qui lui ont été rattachées.<sup>125</sup> L'évolution des idées et des techniques a apporté des éléments à la critique d'une construction théorique dont on se demande si elle rend bien compte du droit positif<sup>126</sup>.

La critique a porté sur sa justification historique (1), sur ses fondements (2) et enfin sur ses principes (3).

---

<sup>124</sup>- Ch. Larroumet, op. cit., p. 100.

<sup>125</sup>- E. Gounot, Le principe de l'autonomie de volonté en droit privé, thèse Dijon 1912, cité par P. Raynaud.

<sup>126</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op. cit. p., 31.

## **1- Quand à ses origines historiques :**

D'après des analyses historiques, la théorie consensualiste volontariste du contrat trouve son origine dans la pensée de certains moralistes et de certains philosophes. Mais non dans les conceptions des juristes, car elle n'était ni celle du droit romain ni celle du droit coutumier.

Le droit classique ne connaissait que des types de contrats qui n'étaient pas tous consensuels et dont les effets découlaient plus de la nature de l'affaire que de la convention. L'obligation résultait autant des exigences de la justice objective que de la volonté.

La définition du contrat comme une convention, c'est à dire comme un accord de volontés, a certes été formulée par des anciens auteurs mais on a pu mettre en doute la sûreté de leur consensualisme, la liberté de contracter étant limitée pour eux par des devoirs imposés par la loi naturelle <sup>(127)</sup>.

## **2- Quant aux fondements philosophiques et économiques.**

L'individualisme et le libéralisme ont été vivement contestés :

-L'individualisme l'a été par ceux qui soulignent la dimension sociale de l'homme et rejettent le mythe du contrat social qui voudrait faire naître toutes les institutions de la volonté des individus. Les doctrines étatistes et socialistes affirment au contraire la prééminence de la société sur l'individu, de la volonté de l'Etat sur la volonté individuelle, la supériorité de la loi sur le contrat <sup>(128)</sup>.

-Le libéralisme juridique, instrument du libéralisme économique à été critiqué quant à sa valeur morale et quant à sa valeur économique.

Au postulat qui voulait que le libre jeu des volontés individuelles conduise à la justice, on a opposé que les hommes sont fondamentalement inégaux : en intelligence, en volonté ou en puissance économique et sociale.

Loin de conduire à des rapports équilibrés, la liberté contractuelle serait l'instrument qui permet au fort d'imposer sa loi au faible <sup>(129)</sup>. « Au postulat qui voulait que le libre jeu des volontés individuelles conduise aux rapports socialement les plus utiles, on a objecté que les

---

<sup>127</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 32.

<sup>128</sup>- Ibid.

<sup>129</sup>- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 38.

hommes s'orientent naturellement vers les activités les plus rentables, lesquelles ne sont pas nécessairement les plus utiles»<sup>(130)</sup>.

De ces remarques - quant à la justice et l'utilité - il ne faut pas conclure que les volontés n'aient aucun rôle à jouer mais seulement qu'elles ne peuvent pas être souveraines. La liberté contractuelle, spécialement peut rester le principe parce qu'elle conduit souvent à des résultats justes et utiles. Mais elle doit être restreinte par une réglementation impérative là où il apparaît qu'elle n'ajuste pas bien les intérêts particuliers entre eux ou qu'elle ne les coordonne pas à l'intérêt général.

En outre, le libéralisme économique, dont la liberté des conventions est l'instrument juridique, a subi les critiques des partisans d'une direction autoritaire de l'économie qui lui reprochent d'être une source de graves désordres<sup>(131)</sup>.

Il paraît que les rédacteurs du code civil français ont incontestablement admis le principe de la liberté contractuelle, mais ils l'ont subordonné, non seulement « aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », comme l'énonce l'article 06, mais aussi plus largement à la justice, aux bonnes mœurs et à « l'utilité public ». D'une façon générale les travaux préparatoires du code civil français se réfèrent constamment à la morale et à l'équité et non aux principes de la philosophie individualiste<sup>(132)</sup>.

Quant au respect de la volonté dans l'exécution du contrat, il est lui-même estimé souvent regrettable. A supposer que les contractants aient traité sur un pied d'égalité, le contrat, normal à l'origine peut, s'il n'a pas été immédiatement exécuté, devenir injuste par suite des changements survenus entre sa conclusion et son exécution. « La justice exige souvent l'intervention du législateur ou du juge dans les contrats en cours dont les transformations économiques ont détruit l'équilibre ». <sup>(133)</sup>

### **3- Quant à ses principes :**

La théorie classique a été également combattue, on lui reproche essentiellement de ne pouvoir rendre compte exactement du contrat par sa conception de la volonté dont on a pu mettre en doute à la fois l'autonomie(a) et le rôle dans la formation du contrat(b).

---

<sup>130</sup> - Ibid.

<sup>131</sup> - G. Marty et P. Raynaud, op.cit., p. 32.

<sup>132</sup> - V. G. Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, t.1, p. 595, n°196 cité par J.Ghestin.

<sup>133</sup> - Denis M. Philippe, changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Bruxelles 1986, cité par P. Raynaud, p.33.



## a) Critique de l'autonomie de la volonté :

L'affirmation classique que la volonté est autonome, c'est-à-dire qu'elle tire d'elle même sa propre force est loin d'être unanimement admise. « Pour douter de sa valeur, il suffit de constater que si le contrat est obligatoire c'est parce que la loi en décide ainsi. La volonté tire sa force de la loi et non d'elle-même ».

« D'ailleurs comment pourrait-on admettre que la volonté qui n'est qu'un fait puisse être source d'une norme »<sup>(134)</sup> ?

En plaçant la volonté des parties au dessus de la loi, la théorie bouleverse la hiérarchie des normes : c'est la loi, expression générale qui est au dessus de la volonté des particuliers.<sup>(135)</sup>

Le code civil subordonne d'ailleurs la validité du contrat au respect de la loi. Selon l'article 1103 c.civ. Français et par analogie l'art 106 du c.civ. si les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, c'est à la condition d'avoir été légalement constitués.

D'après Kelsen<sup>(136)</sup>, le contrat est obligatoire dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur (le contrat) : le contrat qui crée des droits subjectifs n'a de valeur juridique que s'il est conforme à la règle de droit objectif<sup>(137)</sup>.

L'autonomie de volonté n'est pas l'explication unique ni même principale, des textes régissant le contrat. Les dispositions mêmes du code civil, comme l'a d'ailleurs montré ultérieurement la jurisprudence, se prêtent à d'autres interprétations que celles qui découleraient de l'autonomie de la volonté. En réalité la liberté contractuelle et même la règle morale du respect de la parole donnée, doivent se concilier avec d'autres préoccupations : « d'une part, l'utilité sociale qu'exprime particulièrement la notion d'ordre public et celle de sécurité juridique qui protège à la fois la confiance, notion morale et le crédit, besoin sociale et économique. D'autre part, la justice et son corollaire la loyauté que traduisent les nombreuses références à la notion morale de bonne foi »<sup>(138)</sup>. Les origines historiques et le sens donné ultérieurement aux textes du code civil, sur les vices du consentement ou la cause par exemple illustrent bien l'amalgame complexe des principes mis en oeuvre et les intérêts

---

<sup>134</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 33.

<sup>135</sup>- G. Legier, Droit civil- les obligations, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2001, p.23.

<sup>136</sup>- Critique de Kelsen à l'autonomie de la volonté, citée par J. Ghestin, op.cit., p.165.

<sup>137</sup>- G. Legier, op. cit., p. 23.

<sup>138</sup>- Soit expressément dans les articles : 1134 al.3, 1150al.4, soit implicitement dans les articles, 1116, 1167,1240 et 1299, c.civ.fr.

pris en considération. La liberté contractuelle n'est qu'un facteur important certes, mais qui ne peut servir d'explication unique aux dispositions du code civil relatives au contrat <sup>(139)</sup>.

## **b) Le rôle de la volonté dans la formation du contrat :**

D'après une analyse classique du contrat comme un accord de volontés, la volonté autonome n'est pas suffisante pour engendrer une obligation contractuelle. Le principe du consensualisme qui voudrait faire naître l'obligation du seul accord, du simple échange de consentement n'est pas admis par le droit positif.

D'abord, la volonté considérée comme un fait psychologique n'est pas celle que le droit prend en considération pour les partisans de la théorie de la déclaration de volonté qui fait prédominer la volonté qui s'est exprimée et telle qu'elle s'est exprimée, même si elle ne correspond pas exactement à la volonté réelle. La volonté juridique n'est pas donc la volonté psychologique <sup>(140)</sup>.

D'ailleurs le consensualisme n'est pas admis sans exceptions, certains contrats étant soumis à des conditions de forme, or ces exceptions sont désormais plus nombreuses, du moins en législation et en outre les besoins de la preuve ou de publicité rendant le recours à des formes pratiquement nécessaires. C'est ainsi que le contrat de vente immobilière n'est plus consensuel qu'en théorie et qu'il est toujours en fait constaté non seulement par écrit, mais par un acte authentique. On a pu parler d'une renaissance du formalisme <sup>(141)</sup> encore que ce phénomène ait été discuté ou du moins diversement apprécié <sup>(142)</sup>.

Les notions d'équilibre, de loyauté et de bonne foi, de coopération et de solidarité imprègnent l'environnement contractuel contemporain. Le principe de l'autonomie de la volonté n'est donc plus appliqué de manière absolue, il n'a cependant pas disparu et la volonté des parties demeure toujours le fondement du contrat à « ce ci près qu'elle n'est pas souveraine mais contrôlée »<sup>(143)</sup>.

---

<sup>139</sup> - J. Ghestin, op. cit., p. 164.

<sup>140</sup> - G. Marty et P. Raynaud, op.cit., p. 34.

<sup>141</sup> - Moe Neclaey, De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, thèse, Lille, 1914.

<sup>142</sup> - J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, mélange Ripert, t.1, p.93 et s.

<sup>143</sup> - Ph. Malinvaud, Droit des obligations, Litec, Coll. Manuel, 10<sup>e</sup> éd. 2007, n°73.

La liberté contractuelle est maintenant loin d'être totale. Il s'est développé un ordre public économique de direction et de protection<sup>144</sup>, qui affecte le contenu même du contrat (clauses imposées ou clauses réputées non écrites car considérées comme abusives). La force obligatoire des contrats également affectée par les possibilités que la loi offre à un contractant de se rétracter ou même parfois de ne pas exécuter la prestation promise, au delà la jurisprudence a introduit dans certains contrats des obligations, principalement de sécurité et d'information que les contractants n'avaient pas envisagés.

Par le jeu de stipulations pour autrui et par la théorie des chaînes de contrat, la jurisprudence a étendu l'effet des contrats au delà de la volonté des parties contractantes, il est maintenant admis que les tiers invoquent le contrat<sup>(145)</sup>.

## **B/ Atteintes à la liberté contractuelle :**

Le recul des principes de l'autonomie de volonté est un des traits qui a été jugé le plus caractéristique de l'évolution contemporaine de la formation du contrat et il a permis de parler « d'une véritable crise de contrat »<sup>(146)</sup>. Ce recul est aussi le résultat de l'évolution de la législation qui par exemple, en interprétant le contrat, lui fait produire des effets que les parties n'avaient sans doute pas envisagés, mais qui paraissent plus justes (par exemple l'obligation de sécurité pesant sur les transporteurs, fabricants fournisseurs de produits ou de services au profit de leur clientèle).

Plus radicalement, des réformes législatives inspirées par un dirigisme économique ou un dirigisme social<sup>(147)</sup>. Ainsi des lois nouvelles, de plus en plus nombreuses visent à protéger une partie faible (salarié, consommateur etc ...) elles sont notamment à l'origine du droit du travail<sup>(148)</sup> et du droit de la consommation<sup>(149)</sup>. Ces lois sont impératives dont certaines dispositions s'appliquent, même aux contrats conclus avant leur entrée en vigueur (droit de

---

<sup>144</sup>- D. Zennaki, l'ordre public contractuel en droit de la consommation et droit commun, revue de droit économique et environnement n°3, 2012, p. 07 et s.

<sup>145</sup>- Cass. Ass. Plén. 6 oct. 2006, LPA 22 janv. 2007, p.16, note, C. Lacroix.

<sup>146</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 43.

<sup>147</sup>- La constitution algérienne de 1976 adopte le socialisme qui renforce l'intervention de l'Etat dans la vie économique et sociale. En France, plusieurs lois ont été promulguées : loi du 13 juillet 1930 (assurances), loi du 16 dec. 1964 (bail à la construction), lois du 03 janv. et 07 juillet 1967 (sur la vente d'immeubles à construire) lois du 27 dec. 1977, du 10 janv. 1978 et du 13 juillet 1979 (sur la protection des consommateurs).

<sup>148</sup>- Loi 90-11 du 21/04/1991 relative aux relations de travail.

<sup>149</sup>- Loi 09-03 du 25/02/2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.

retractation par exemple). Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté que ces lois nouvelles entraînent, se manifeste de diverses manières.

### **1- Atteintes à la liberté de contracter :**

La liberté des conventions est altérée de plusieurs manières par le développement d'une législation impérative, parfois la conclusion de certains contrats est obligatoire, comme par exemple, le contrat d'assurance est nécessaire pour faire circuler un véhicule ou exercer certaines professions (avocat, notaire, architecte, salarié etc.). En ce cas il faut contracter, mais le contractant est choisi librement.

D'ailleurs l'ordonnance n°95-07 du 25/01/1995 relative aux assurances modifiée et complétée, préserve des dispositions d'ordre public concernant des assurances obligatoires surtout en matière de responsabilité civile <sup>(150)</sup>, de construction <sup>(151)</sup>, de responsabilité civile automobile <sup>(152)</sup> et en fin des assurances maritimes et aériennes <sup>(153)</sup>.

Dans certaines hypothèses, la conclusion du contrat reste facultative, mais si une partie contracte, elle ne peut pas choisir son contractant. Ainsi le propriétaire est libre de vendre ou de conserver son bien mais dans des cas de plus en plus nombreux, la loi accorde à un tiers un droit de préemption <sup>(154)</sup>, le vendeur n'est alors pas libre de choisir son contractant.

Parfois une personne est tenu de contracter sans pouvoir choisir le cocontractant, par exemple ; un commerçant ne peut pas refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service sauf motif légitime <sup>(155)</sup>.

Le droit à la non discrimination<sup>156</sup> constitue aujourd'hui une importante limitation à la liberté de choisir son contractant ; « le choix du contractant est un des piliers de la liberté contractuelle ». Cette liberté sera pourtant contrariée si les critères du choix du contractant sont guidés par des motifs contraires à la dignité humaine.

---

<sup>150</sup> - Arts.163 à 173, de l'ordonnance n°95-07 relative aux assurances modifiée et complétée.

<sup>151</sup> - Arts.175 à 185, de la même ord.

<sup>152</sup> - Arts. 190 et 191, de la même ord.

<sup>153</sup> - Arts. 192 à 200, de la même ord.

<sup>154</sup> - Arts. 794 à 807, c. civ.

<sup>155</sup> - Art.11 de l'ord. n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence modifiée et complétée.

<sup>156</sup> - D. Zennaki, op. cit.p. 19.

Fort de cette idée, le législateur a multiplié les discriminations prohibés dans les contrats tels que ; contrat de travail, contrat de bail, contrats de fourniture de biens ou de services <sup>(157)</sup>.

## **2- Atteintes à la liberté de fixer et de modifier les conditions du contrat :**

Libre de contracter, l'individu doit être libre de fixer les conditions du contrat et d'en prévoir la durée et cela lors des négociations. De nombreuses restrictions ont été cependant apportées par le législateur ou par le juge.

D'abord, sont devenues nombreuses les dispositions impératives qui interdisent certains contrats ou certaines clauses jugées contraires à l'ordre public. Beaucoup de clauses contractuelles sont aujourd'hui devenues illicites, ce sont des clauses abusives <sup>(158)</sup>.

La loi régleme impérativement la situation des parties. C'est le cas notamment de la législation sur les loyers <sup>(159)</sup> ou la législation du travail <sup>(160)</sup>, qui interdisent de fixer librement les conditions, voir le prix du bail ou la durée du travail, la loi ayant cru devoir les déterminer elle-même pour des raisons économiques ou sociales.

C'est le cas aussi de la législation sur la protection du consommateur qui permet au pouvoir réglementaire d'interdire, de limiter ou de réglementer les clauses abusives insérées dans les contrats entre professionnels et consommateurs <sup>(161)</sup>, ce qui atténue la supériorité des intervenants lors des négociations.

Le législateur a doté les juges du fond d'un pouvoir discrétionnaire dans la révision des clauses du contrat et à écarter les clauses qu'ils considèrent comme abusives.

Le contenu du contrat ne doit plus dépendre de la seule volonté des parties, il sera déterminé par le législateur ou par le juge, c'est un contrat dirigé <sup>(162)</sup>, comme cela ressort des dispositions de la loi sur la protection du consommateur. Les dispositions qui modèlent ainsi

---

<sup>157</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Marie Serinet, op. cit. p. 413.

<sup>158</sup>- Art. 662, c. civ., v. aussi, art. 29 de la loi 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, Art. 05 du décret exécutif n° 06-306 du 10/09/2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et consommateurs et les clauses considérées comme abusives.

<sup>159</sup>- Arts. 467 et s., c.civ., Décret n°76-137 du 23/10/1976 organisant les relations entre le bailleur et le locataire des foyers d'habitations relevant des bureaux de la promotion immobilière.

<sup>160</sup>- Loi 90-11, préc.

<sup>161</sup>- Loi 04-02 préc. , Décret exécutif 06-306 sus cité.

<sup>162</sup>- L. Josserand, L'essor du concept contractuel, mélanges geny, aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Rev. Trim. de Droit civil, 1937, p.1 et s.

le contrat sans égard à la volonté des parties sont d'abord des dispositions légales ou réglementaires, il en est ainsi de certains contrats comme le contrat de travail <sup>(163)</sup>, le contrat d'assurance <sup>(164)</sup>, et d'autres encore dans les quels, pour des raisons d'ordre économique ou social l'autorité public crée un rapport qui n'est contractuel que par la forme <sup>(165)</sup>, directement ou en imposant l'application d'un contrat type de caractère purement administratif <sup>(166)</sup>.

Ces contrats type peuvent être aussi d'origine corporative, les groupements professionnels pouvant par ce procédé ou par celui des conventions collectives ou des ententes, imposer une discipline corporative qui apporte de nouvelles limites à la liberté des conventions individuelles.

Enfin la jurisprudence de son côté, sous couvert d'interprétation de la loi ou du contrat, peut ajouter à celui-ci, par exemple en faisant découler de certaines conventions comme le contrat de transport, une obligation de sécurité à laquelle les parties n'avaient peut-être pas songé <sup>(167)</sup>. « Le caractère objectif reconnu à l'obligation et au contrat avait logiquement conduit saielles à préconiser l'extension du rôle du juge au quel il n'appartiendrait pas uniquement de rechercher l'intention des parties mais de dire la portée objectif de l'obligation contractuelle » <sup>(168)</sup>.

Le déclin du libéralisme économique et les progrès du dirigisme devaient apporter des raisons nouvelles à cet élargissement de la fonction du juge et à l'attribution d'un rôle analogue à la loi, en vue d'adapter les contrats aux nécessités de l'économie et aux exigences de la morale ou de la justice sociale <sup>(169)</sup>.

### **3- Atteintes à la force obligatoire du contrat :**

Une fois formé par l'accord des volontés, le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord ou pour les causes prévues par la loi. Les volontés de chacune des parties ne peuvent en écarter unilatéralement l'exécution ou en changer les termes. Ce principe de la

---

<sup>163</sup> - P. Delbez, Une conquête du droit public, le contrat de travail, rev.de droit public, 1939, P. Durand, la relation de travail, JCP., 1944, I.387.

<sup>164</sup> - M. Picard, L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance, recueil Lambert, t.III, p.159 et s.

<sup>165</sup> - P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, cité par R. Raynaud, préc. p.44.

<sup>166</sup> - J. Leaute, Les contrats-type, rev.trim.de Droit civil, 1953, p.429et s.cité par R. Raynaud, préc.

<sup>167</sup> - G. Marty et P. Raynaud, op. cit. p. 45.

<sup>168</sup> - P. Lereboure-Pigeonniere, la contribution essentielle de R.Saieilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de déclaration de la volonté, in : l'œuvre juridique de R. Saieilles,spécialement, p. 417 et s, cité par P. Raynaud.

<sup>169</sup> - G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 44.

force obligatoire du contrat est affirmé par l'article 106 du code civil, comme l'affirme aussi l'article 1103 du nouveau code civil Français.

Le contrat reste sans doute la loi des parties, c'est là l'affirmation par l'article 106 du caractère obligatoire dans l'interprétation et l'exécution du contrat pour les parties contractantes <sup>(170)</sup>.

Dans l'article 111 al.1, c.civ. , le juge n'a pas le pouvoir de s'écarter du contrat lorsque les termes en sont clairs, il ne peut pas reviser un contrat clair sous prétexte d'interprétation, et lorsqu' il y a lieu à interprétation, il lui est imposé de chercher « quelle a été la commune intention des parties ».

Le juge ne peut pas également, modifier le contrat en cours d'exécution (art. 107/1. c. civ) .

En revanche le législateur peut, pour des raisons d'ordre économique ou social intervenir dans les contrats en cours d'exécution et l'obligation des parties contractantes peut aller au-delà de ce qu'elles ont pu prévoir ou valoir, c'est l'art. 107 al. 3 du code civil qui prévoit la théorie de l'imprévision en tant que règle générale ce qui n'est pas le cas en droit français <sup>(171)</sup>. Cet article octroi au juge le pouvoir d'intervention dans le contrat bouleversé par des événements exceptionnels et imprévisibles, afin de réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive et onéreuse, de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante.

En outre Le juge s'est vu exceptionnellement reconnaître le pouvoir de modifier l'obligation contractuelle en révisant les clauses pénales qui prévoieraient des sanctions excessives ou insuffisantes <sup>(172)</sup>.

De nouvelles lois ont édicté des règles applicables à tous les contrats ou à certains d'entre eux afin de protéger une partie considérée comme faible.

Dans tous les contrats le juge peut modifier certaines clauses en faveur d'un contractant, généralement le débiteur : exemple, l'octroi d'un délai de paiement <sup>(173)</sup>, réduction même d'office de la clause pénale manifestement excessive <sup>(174)</sup>.

Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, il s'agit essentiellement de l'insertion d'un délai de rétractation <sup>(175)</sup> ou de repentir et de la modification du contrat par

---

<sup>170</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 25.

<sup>171</sup> - F. Naceur, préc.

<sup>172</sup> - Arts. 184, 185, c. civ.

<sup>173</sup> - Art. 28, c. civ., Art. 1244-1 c. civ. Fr.

<sup>174</sup> - Arts.184, 185 c. civ., Art. 1152 c. civ. Fr.

<sup>175</sup> - Art.02 de la loi n° 18-09 du 10/06/2018 modifiant et complétant la loi n° 09-03 du 25/02/2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.

l'élimination des clauses abusives <sup>(176)</sup>; de plus, les associations agréées de consommateurs ont un droit de demander en justice la suppression des clauses abusives et la cessation d'agissements illicites. <sup>(177)</sup> Toutes ces considérations expliquent pourquoi la règle de la force obligatoire du contrat a été vivement atteinte.

Enfin, si l'on assiste à un recul de l'autonomie de la volonté et à ce que l'on a pu appeler « la crise du contrat » <sup>(178)</sup> la technique contractuelle reste quand même irremplaçable pour donner un support juridique aux échanges économiques.

## **Paragraphe 02 : Restriction d'ordre économique :**

L'existence de règles propres à certaines professions montre qu'il existait dès le siècle dernier, un ordre public économique. Mais d'inspiration libérale, celui-ci était d'ampleur limitée.

« Une mutation profonde s'est produite au xx<sup>ème</sup> siècle avec la croyance que l'Etat pouvait orienter la vie contractuelle dans une direction favorable à l'utilité sociale et qu'il devait intervenir dans les rapports contractuels mettant aux prises des parties de puissance économique inégale, afin de protéger la partie faible » <sup>179</sup>.

Sont ainsi apparus un ordre public économique de direction (A) et un ordre public économique de protection (B).

### **A/ L'ordre public économique de direction :**

C'est l'ensemble des règles au moyen des quelles l'Etat entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale <sup>180</sup>.

Dans une sphère d'économie de marché écrasante, l'Etat se trouve obligé d'intervenir pour au moins régulariser les échanges économiques diversifiés.

L'ordre public économique d'aujourd'hui s'est en effet nettement diversifié : d'un côté il entrave la liberté contractuelle mais de l'autre, il en assure parfois aussi la sauvegarde <sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> - Art. 132-1 c. consom. Fr.

<sup>177</sup> - Loi du 05 janvier 1988, Art. 421-6 c. consom. Fr.

<sup>178</sup> - G. Legier, op. cit. p. 26.

<sup>179</sup> - G. Ripert, L'ordre économique et la liberté contractuelle, *Mélanges Geny*, 1934, t II, p. 374, cité par F. Terré, p. 379.

<sup>180</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 380.



Selon un mouvement qu'a marqué tout le xx<sup>ème</sup> siècle, avec une accentuation marquée au lendemain de la seconde guerre mondiale, la loi est intervenue, d'abord pour détruire directement la liberté contractuelle en soumettant de nombreux contrats à des réglementations impératives<sup>182</sup>.

Sauf quelques contrats imposés, assez exceptionnels, les individus restent alors libres de contracter ou de ne pas contracter. Mais c'est en tant que faculté d'aménagement de la relation contractuelle que la liberté se trouve atteinte : les parties doivent se soumettre au régime défini par la loi ; ils ne peuvent fixer librement, par exemple, le montant du loyer et la durée du bail, le montant du salaire et la durée du contrat de travail. Contracter se réduit alors au fait de se placer volontairement dans un cadre légal.

Cet interventionnisme, rompant délibérément avec le libéralisme du droit positif, se justifie par diverses raisons : d'une part la liberté contractuelle en ce qu'elle peut permettre l'exploitation de l'homme par l'homme qui doit être limitée, par souci de justice, pour assurer la protection du faible contre le fort<sup>183</sup>. D'autre part, cette même liberté, qui ne satisfait pas toujours l'utilité sociale, notamment quant à l'équilibre économique, doit être encadrée pour la sauvegarde de l'intérêt général.

La part essentielle de l'ordre public économique de direction revient aujourd'hui au droit de la concurrence, dont l'importance ne cesse de croître<sup>184</sup>. Il ne suffit plus, en effet pour qu'une convention soit valable, qu'elle réponde aux exigences du droit civil, il faut encore qu'elle satisfasse celle du « tentaculaire » droit de la concurrence<sup>185</sup>. Comme l'affirme avec beaucoup de force la Cour de Cassation française : « sont nulles ; les conventions sous quelque forme que se soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »<sup>186</sup>. Les manifestations en sont multipliées. Pour s'en tenir à

---

<sup>181</sup> - J. Luc Aubert, E. Savaux, op.cit., pp. 211-212.

<sup>182</sup> - On s'en tiendra ici à ce type d'intervention, il faut savoir cependant, que l'intervention dans l'ordre économique à utiliser d'autres procédés, tel celui de l'autorisation administrative qui permet d'apprécier l'opportunité du contrat envisagé -par exemple- en matière de contrôle des changes. c f. Farjat, op.cit, n°71, cité par J. Luc Aubert et E. Savaux.

<sup>183</sup> - J. Luc Aubert, E. Savaux, préc.p. 212.

<sup>184</sup> - V. not. L. Vogel, Droit de la concurrence et concentration économique, 1998 ; F. Dreifuss- Netteur, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, RTD civ. 1990, p. 369 et s.

<sup>185</sup> - J. Mestre, obs. RTD civ. 1987, 304 ; rappr. B. Fages et J. Mestre, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat, RTD com, 1998-71 et s, Ph. Stoffel-Munck, l'abus dans le contrat, thèse Aix, éd 2000, n°563 et s.

<sup>186</sup> - Cass. Com., 26 mai et 18 fev. 1992, D 1993, 57, note Hannoun, est ainsi annulée la clause qui, dans le contrat conclu entre une compagnie pétrolière et un pompiste, prévoit qu'à l'expiration de ce contrat, le second

l'essentiel, la prohibition du refus de vente<sup>187</sup>, puis celle des pratiques discriminatoires ont, depuis longtemps déjà, portés des coups sérieux au principe de la liberté contractuelle, la première en imposant la conclusion de certains contrats, la seconde en modelant leur contenu. De même la condamnation des ententes, qui faussent le jeu de la concurrence de nature à altérer la validité de nombreuses conventions ; ces comportements prenant fréquemment appui sur une base contractuelle<sup>188</sup>.

De même encore, la sanction d'un abus de position dominante peut directement atteindre la formation d'un contrat, son renouvellement à des conditions modifiées ou encore telle ou telle de ses stipulations – clause d'exclusivité, clause de non concurrence, ... qui se révèlent le fruit d'une telle attitude<sup>189</sup>.

A cela s'ajoute, depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, et aussi l'ordonnance n° 03-03 du 19/07/2003 relative à la concurrence, l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, sorte de violence économique qui peut vicier non seulement la formation des contrats, mais encore leur rupture<sup>190</sup>.

Sont ainsi susceptibles d'être remise en cause nombre de stipulations contractuelles dont la validité paraissait pourtant assurée au regard des exigences traditionnelles du droit des contrats<sup>191</sup>.

Certains types de contrats tels les contrats conclus « intuitu personae » pourraient être appelés à disparaître car reposant sur « un choix subjectif aboutissant à exclure d'autres partenaires économiques », ils comporteraient par nature un objet anticoncurrentiel<sup>192</sup>.

Dans une économie de marché il est indispensable qu'une concurrence saine et loyale, existe entre les entreprises. Il appartient au législateur d'édicter les règles nécessaires à l'instauration et la protection de cette concurrence qui est l'essence même du libéralisme économique et d'une économie de marché. Le droit algérien de la concurrence trouve son ampleur dans les dispositions de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence. Cette ordonnance vient dans un temps où l'Algérie a constitutionalisée la liberté économique<sup>193</sup>.

---

doit restituer en nature à la première les cuves quelle lui a prêtées, car elle est de nature à le dissuader de traiter avec un autre fournisseur et constitue ainsi un frein à la concurrence.

<sup>187</sup>- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, pp. 135-136.

<sup>188</sup>- Art. L 420-1, c. com. Fr.

<sup>189</sup>- Art. L 420-2, c. c.om. Fr.

<sup>190</sup>- F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 381.

<sup>191</sup>- V. Les décisions analysées par J. Mestre, RTD civ, 1994, p. 449 et s.

<sup>192</sup>- B. Oppetit, La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, Rev. Sciences, morales et politiques 1995, p. 241.

<sup>193</sup>- Art. 37 de la constitution algérienne de 1996.

Donc le droit de la concurrence porte atteinte à la liberté contractuelle, en ce qu'il prohibe ou bien règlemente certaines pratiques à l'occasion de la conclusion de nombreux contrats. D'une façon générale, les rapports contractuels doivent tenir compte des contraintes imposées par le droit de la concurrence<sup>194</sup>.

Ces contraintes sont justifiées pour éviter une concurrence anarchique qui serait l'ennemie d'une véritable concurrence<sup>195</sup>. Il n'y aurait plus de concurrence si certaines pratiques devaient permettre à une entreprise de prendre une situation monopolistique après avoir éliminé les concurrents existants ou potentiels<sup>196</sup>.

Ainsi, sont considérés comme des pratiques anticoncurrentielles ou réstrictives de concurrence « toutes actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché ou dans une partie substantielle de celui-ci » et par conséquent toutes ces pratiques et actions sont prohibées<sup>197</sup>.

Lorsque de telles pratiques révèlent un abus de position dominante<sup>198</sup> ou une exploitation abusive d'un état de dépendance économique<sup>199</sup>, sont considérés comme pratiques anticoncurrentielles et elles sont donc interdites. D'une façon générale tout contrat résultant d'un abus de position dominante ou d'une exploitation abusive d'un état de dépendance économique est considéré comme nul<sup>200</sup>, ce qui va bien au-delà de la seule responsabilité civile sans l'exclure pour autant.

Enfin, il est aussi évident que la concentration entre entreprises, qui résulte par exemple de fusions ou acquisitions de plusieurs entreprises par un même propriétaire ou encore de l'acquisition d'une entreprise par une autre, est contraire aux impératifs d'une concurrence véritable. Toute fois le regroupement d'entreprises peut être aussi économiquement bénéfique. C'est la raison pour laquelle il ne saurait être question de prohiber la concentration économique comme on prohibe d'autres pratiques néfastes pour la concurrence. Aussi bien les

---

<sup>194</sup> - Ch. Larroumet, op.cit., p. 11.

<sup>195</sup> - Ibid.

<sup>196</sup> - Ibidem.

<sup>197</sup> - V. Art. 06 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, j.o n° 43 du 20/07/2003.

<sup>198</sup> - Art. 07 de la même ordonnance.

<sup>199</sup> - Art. 11 de la même ordonnance.

<sup>200</sup> - Art. 13 de la même ordonnance.

dispositions de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 soumettent celle-ci à un contrôle de l'autorité administrative<sup>201</sup>.

Au surplus, l'économie dirigée ne tend pas simplement à réglementer les contrats internes, c'est-à-dire ceux qui produisent leurs effets à l'intérieur des frontières nationales, mais aussi les contrats internationaux, c'est-à-dire ceux qui réalisent des transferts de biens ou de services au-delà des frontières<sup>202</sup>. Ainsi les services de contrôles des échanges ont quelque fois leur mot à dire notamment en ce qui concerne le transfert de capitaux pour la réalisation d'investissements à l'étranger et vice versa, lesquels résultent toujours de contrats, ou pour le transfert de fonds en exécution de contrats relatifs à l'importation de biens ou de services. Dans de telles situations, l'impossibilité pour une partie à un contrat international d'obtenir l'autorisation requise du contrôle des changes, c'est-à-dire de l'administration, constitue un obstacle à l'exécution du contrat. Il résulte que le plus souvent il ne sera pas conclu à défaut de l'obtention des autorisations nécessaires, le risque étant trop grand de conclure un contrat qui se heurterait à un tel obstacle en empêchant l'exécution<sup>203</sup>.

#### **B/ L'ordre public économique de protection :**

Les mesures relatives aux contrats où il existe une inégalité marquée de puissance économique entre les parties tendent à protéger le contractant le plus « faible » contre le plus « fort » ; elles sont prises au profit d'un intérêt particulier - qui risquerait d'être lésé sous un régime de liberté contractuelle - contre un autre intérêt particulier<sup>204</sup>. Pour les désigner, les termes les plus usuels sont : ordre public de protection ou ordre public social, en prenant ce mot au sens où il désigne une législation protectrice des salariés et en l'étendant à toute règle édictée dans le dessein de compenser une inégalité naturelle<sup>205</sup>, comme en matière de consommation. Ainsi par exemple, des lois de protection des consommateurs. « C'est une branche de l'ordre public économique qui a connu un développement très important dans le dernier quart du 20<sup>ème</sup> siècle »<sup>206</sup>. Il se propose de rétablir entre le faible et le fort « un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel ». A cet effet le législateur

---

<sup>201</sup> - Art. 17 de la même ordonnance.

<sup>202</sup> - Ch. Larroumet, op. cit. p. 109.

<sup>203</sup> - Ibid.

<sup>204</sup> - J. Luc. Aubert, E. Savaux, op.cit. p. 216.

<sup>205</sup> - Ibid.

<sup>206</sup> - Ibid.

régleme nte de manière impé rative le contenu de certains contrats, gé néralement passés entre des parties qui sont dans une situation structurelle d'iné galité : professionnel et consommateur, employeur et salarié, assureur et assuré, bailleur et locataire<sup>207</sup>,... etc.

L'ordre public de protection suppose que la formation du contrat est soumise à des conditions de fond et forme impé rativement décidées par la loi notamment et dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité, à l'initiative du contractant en faveur duquel il intervient<sup>208</sup>. Il suppose aussi que le contenu du contrat n'étant pas librement débattu entre les parties, il n'appartient non seulement au législateur mais aussi à la jurisprudence de décider impé rativement de ce que droit être ce contenu, soit en interdisant telle stipulation, soit en imposant telle autre qui sera implicitement intégrée au contrat dans le cas où elle n'aurait point été expressément reprise par les parties. Le terrain d'élection de ce protectionnisme contractuel est constitué par le contrat d'adhésion<sup>209</sup>, qui est justement caractérisé par le fait, que si chacune des parties demeure, au moins théoriquement, libre de conclure ou non<sup>210</sup>, son contenu est décidé par la volonté d'une partie, l'autre partie se bornant à agréer en bloc à ce qui lui est imposé par la première, toute négociation par voie de concessions réciproques étant exclue.

Il est communément admis, de nos jours, que le protectionnisme contractuel dans le cadre du contrat d'adhésion serait la marque de ce qu'on appelle le « droit de la consommation », lequel concerne les contrats conclus entre d'une part, des intervenants, distributeurs de marchandises ou de services et d'autre part, des consommateurs, qui contractent pour la satisfaction de besoins autres que professionnels, c'est-à-dire la satisfaction des besoins courants de la vie<sup>211</sup>.

Le droit de la consommation, en ce qu'il constitue une partie du droit des contrats, protège le consommateur. Il n'est pas douteux que la notion de consommateur, à l'origine économique uniquement, est devenue juridique, dès lors que la loi est intervenu pour protéger le consommateur en tant que tel<sup>212</sup>.

---

<sup>207</sup>- F. Terré, Ph. Simler. Y. Lequette, op.cit, p. 382.

<sup>208</sup>- D. Zennaki, l'ordre public en droit de la consommation et en droit commun, op. cit. p. 14et 15.

<sup>209</sup>- Ch. Larroumet, op.cit., p. 101.

<sup>210</sup>- Le refus, par la partie qui subit les stipulations imposées par l'autre partie, de conclure un contrat d'adhésion est souvent purement théorique, lorsque le contrat à pour objet la satisfaction nécessaire d'un besoin économique tel que le logement, le transport ou l'alimentation...

<sup>211</sup>- Ch. Larroumet, préc.

<sup>212</sup>- Ch. Larroumet, op.cit. p. 102.

Ainsi, la définition économique du consommateur « celui qui consomme, par opposition à celui qui produit ou investit » a inspiré la définition juridique, qui ressort des différents textes sur la protection contractuelle du consommateur « celui qui contracte pour la satisfaction de besoins autres que professionnels ». Cependant la définition n'est pas complète, en ce qu'elle ne tient pas compte de la raison pour laquelle le protectionnisme contractuel intervient en faveur du consommateur<sup>213</sup>. En effet, le consommateur n'est protégé simplement que parce qu'il contracte pour la satisfaction de besoins autres que professionnels : pour se loger, se nourrir, se déplacer,...etc, la raison essentielle pour laquelle ses intérêts doivent être protégés par la loi impérative, à l'occasion des contrats qu'il peut conclure, est qu'il est en position d'infériorité et qu'il ne peut négocier librement les termes du contrat parce qu'il n'est pas économiquement et socialement l'égal de son cocontractant<sup>214</sup>. En d'autres termes, l'intervention de la loi en faveur du consommateur est justifiée par le fait que le contrat conclu par un consommateur est un contrat d'adhésion. Il devait en résulter très logiquement que, lorsque le contrat est librement négocié, ce qui est une hypothèse consevable bien que non fréquente, le consommateur mérite alors une protection très particulière.

« Il y a bon nombre de personnes qui, contractant pour la satisfaction de besoins professionnels, sont en position d'infériorité socio-économique et se voient imposer les stipulations d'un contrat sans pouvoir les négocier librement ». Il n'est pas légitime de leur refuser la protection que la loi accorde aux seuls consommateurs. « C'est la raison pour laquelle il vaudrait mieux fonder le protectionnisme contractuel sur la notion de contrat d'adhésion plutôt que sur celle de consommateur »<sup>215</sup>.

De l'ensemble des règles du droit de la consommation on observait déjà qu'à coté de cette protection, « sur le plan de l'économie générale, le but d'une politique de la consommation est de contribuer à un meilleur équilibre de l'économie de marché et à favoriser ainsi une utilisation plus judicieuse des ressources de la société »<sup>216</sup>. Prioritairement conçu comme un droit de protection de la partie faible, il a progressivement gagné une autre dimension collective, pour devenir un droit régulateur dont la dimension économique n'est plus négligée.

---

<sup>213</sup>- Ibid.

<sup>214</sup>- Ch. Laroumet, prec.

<sup>215</sup>- Ch.Laroumet, op.cit. p. 103.

<sup>216</sup>- J.Ghestin, G. Loiseau, Y.Marie Serinet, op.cit, p. 462.

En effet le consommateur participe de la demande « collective »<sup>217</sup>, si bien que sa protection est également instrumentalisée au service d'une finalité qui le dépasse. La finalité est bien double : « il s'agit d'assurer l'utile et le juste »<sup>218</sup>.

En droit français, bien avant que fût spécialement assuré par la législation récente, le protectionnisme contractuel des consommateurs, la législation plus ancienne et la jurisprudence avaient consacré la protection de la partie la plus faible à un contrat d'adhésion sans qu'il fût besoin de mentionner expressément ou de faire allusion implicitement au consommateur<sup>219</sup>. Ainsi, lorsqu'une loi du 17 mars 1905 (art.103.al.3c.com.) interdit les clauses d'exonération de la responsabilité du transporteur terrestre de marchandises, il s'agissait de ne pas permettre au transporteur d'exiger, en vertu d'un contrat d'adhésion, que la marchandise fût déplacée aux risques et périls de son cocontractant, que celui-ci fût ou non un professionnel. Lorsque la jurisprudence admit, au début du siècle, que le transporteur des personnes était tenu d'une obligation de résultat de déplacer sain et sauf à destination le voyageur, elle ne distingua pas entre les déplacements professionnels et les autres<sup>220</sup>. La réglementation légale impérative du transporteur maritime de marchandises, décidée par la loi du 2 avril 1936, pour les transports internes et la convention de Bruxelles du 25 août 1924, pour les transports internationaux, a eu pour objet de lutter contre les abus des clauses d'exonération de la responsabilité du transporteur figurant dans un contrat d'adhésion conclu avec un chargeur qui contracte pour les besoins de sa profession.<sup>221</sup>

La loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance<sup>222</sup> a édicté des dispositions impératives, qui sont aussi justifiées par la considération selon laquelle le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion même lorsqu'il s'agit d'une assurance professionnelle.

Bon nombres d'hypothèses dans lesquelles, en dehors de toute intervention du législateur, la jurisprudence a créé des obligations implicites de sécurité ou de renseignements à la charge

---

<sup>217</sup>- V.G.Canivet et C. Champalaune, Le comportement du consommateur dans la définition du marché in *liber amicorum*, J.Calais Auloy, Dalloz, 2004, p. 227, cité par J.Ghestin.

<sup>218</sup>- J.Ghestin, G.Loiseau, Y.Marie Serinet, préc.

<sup>219</sup>- Exp. lois, du 20 mars 1951, interdisant les ventes avec primes et du 5 novembre 1953, interdisant les ventes à la boule de neige.

<sup>220</sup>- Civ. 21 nov. 1911.D.P.1913.1.249, note Sarrut, S .1912.1.73, note Lyoncaen.

<sup>221</sup>- La responsabilité du transporteur aérien de marchandises et de passagers est déterminée impérativement, soit par le code de l'aviation civile (transports internes), soit par la convention de Varsovie du 12 octobre 1929, plusieurs fois modifiée (transports internationaux), quelle que soient les parties au transport, qui résulte d'un contrat d'adhésion.

<sup>222</sup>- Les dispositions de cette loi ont été reprises dans le code des assurances, qui résulte d'un décret du 16 juillet 1976 et dont elles constituent les articles L 111.1 et s.

d'une partie au contrat correspondent à des contrats d'adhésion, en vertu desquels un contractant s'en remet à l'autre. Même si cela n'est pas explicite dans les décisions du juge, il est certain que le fait que le contrat soit d'adhésion n'est pas étranger à la sévérité avec laquelle sont traités certains débiteurs contractuels.

En droit algérien, avant même la promulgation de la première loi sur la protection du consommateur, le législateur protégeait la partie adhérente au contrat (art. 110 du c. civ. et art. 112 al. 02 du c. civ.). Depuis la fin des années « 1980 », et à l'occasion de l'adoption d'une économie libérale, la législation algérienne a beaucoup contribué à la formation et au développement d'un protectionnisme social qui a commencé par la promulgation d'une loi n° 89/02 du 19 décembre 1989 relative aux règles générales de protection du consommateur suivie par d'autres lois<sup>223</sup> et règlements<sup>224</sup> et puis abrogée par la loi n°09/03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes et enfin la nouvelle loi de 2018<sup>225</sup>. Cette loi-ci et l'ensemble des autres lois et règlements ont bien formés un dispositif protecteur remarquable au profit des parties faibles aux contrats de consommation et en conséquence, on assiste à la construction d'un nouvel ordre public de protection qui peut assurer un contrôle plus ou moins efficace des relations contractuelles entre les consommateurs et les agents économiques.

---

<sup>223</sup>- On peut citer par exp. la loi n°04-02 du 23-06-2004 relatives aux règles applicables aux pratiques commerciales, loi n° 04-04 du 23-06-2004 relative à la normalisation, loi n° 04-08 du 14-08-2004 relatives aux conditions d'exercice des activités commerciales, loi n° 09-03 du 25-02-2009 relative à la protection du consommateur et de répression des fraudes, loi n°12-203 du 06-05-2012 relatives aux règles applicables à la sécurité des produits.

<sup>224</sup>- Exp : D.E n° 90-367 du 10-11-1990 relatif à l'étiquetage et à la présentation des denrées alimentaires, D.E n°90-266 du 15-09-1990 relatif à la garantie des produits et services. D.E n° 06-306 du 10-09-2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives, D.E n° 12-214 du 15-05-2012 fixant les conditions et les modalités d'utilisations des additifs alimentaires destinées à la consommation humaine.

<sup>225</sup>- loi n° 18-09 du 10/06/2018 modifiant et complétant la loi n° 09-03 du 25/02/2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.



## **Chapitre II : Les moyens de seduction.**

Les moyens de séduction ont sans doute une grande importance dans l'attraction des consommateurs et l'orientation de leur choix. Au premier rang de ces moyens, doit être à l'évidence inscrite la publicité dont le rôle est précisément de séduire les consommateurs pour que leur choix porte sur le produit ou le service présenté. La publicité sera donc étudiée dans une première section, une deuxième section sera consacrée à des moyens peut être plus subtiles, mais non moins efficaces consistant à présenter des offres incitatives. Tous ces moyens de seduction ont lieu lors de periode precontractuelle.

### **Section 01 : La publicité.**

La publicité peut être conciderée comme un instrument precontractuel de negociation. Elle represente tous d'abord, l'activité ayant pour objet de faire connaitre une marque, d'inciter le public à acheter un produit, à utiliser un service<sup>226</sup>. L'intérêt est donc en premier lieu pour les professionnels qui trouvent là le moyen de faire connaitre leurs produits et leurs services. La publicité constitue sans aucun doute le premier moyen de promotion des ventes et le plus efficace<sup>227</sup>. Mais la publicité n'est pas sans intérêt pour les consommateurs ; elle leur permet de connaitre les produits ou services. La publicité peut constituer une source d'information pour les consommateurs. Le droit d'obtenir des informations correctes et précises sur le produit ou le service est considéré aujourd'hui comme l'un des droits primordiaux du consommateur<sup>228</sup>.L'information loyale est évidemment nécessaire pour un consentement éclairé.

L'absence, la carence ou l'inexactitude de l'information entrave la liberté du consommateur qui détermine ses choix. La publicité constitue le moyen le plus efficace émanant du professionnel pour stimuler la demande de ses produits et services et regroupe tout moyen d'information du public en général<sup>229</sup>. Elle permet aussi au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des prestations de services qui lui sont proposés

---

<sup>226</sup>- Définition du petit Larousse.

<sup>227</sup> - Y. Picod, H. Davo, Droit de la consommation, Dalloz, 2005, p. 67.

<sup>228</sup> - R. Chendeb, Le régime juridique du contrat de consommation - étude comparative-, éd. Alpha, 2010, p. 31.

<sup>229</sup> - R. Chendeb, op. cit., p. 31.

et de savoir si elles répondent à ses besoins. Elle est un des aspects de la communication commerciale. Elle fait donc partie de la période précontractuelle.

Actuellement, la publicité est envahissante. Il n'y a pas un journal sans annonceur, pas un coin de rue sans affiche publicitaire, pas une émission de télévision, sans réclame. A tel point qu'elle est devenue un objet culturel en soi qui compte admirateurs et détracteurs.

### **Paragraphe 1 : La publicité comparative.**

La publicité comparative est celle qui « explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ». (Art. L 121-8, c. consom.fr.), un fabricant d'automobiles par exemple, annonce que ses voitures consomment, à performance égales, moins de carburant que celles de tel autre fabricant nom même nt désigné<sup>(230)</sup>. La publicité comparative est aussi la publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant d'une façon directe ou indirecte un concurrent<sup>(231)</sup>. Elle émane de producteurs, distributeurs ou prestataires et elle cherche à attirer les clients vers eux<sup>(232)</sup>.

La publicité comparative a suscité un débat en droit comparé. La difficulté se présente dans l'opposition de deux principes : la liberté d'expression d'une part, sur laquelle s'appuie la liberté publicitaire, et la déontologie de la profession de la publicité interdisant tout dénigrement d'un concurrent, de ses produits et ses services, d'autre part<sup>(233)</sup>.

Certains pays comme les États-Unis, la Suisse, le Canada et l'Allemagne admettent la publicité comparative sous certaines conditions. D'autres pays l'interdisent. Dans les pays arabes, il est rare de trouver des textes législatifs évoquant la publicité comparative. Le droit des Emirats Arabes Unis et le droit Koweïtien, inspirés par le droit américain, font partie de ces exceptions et abordent la publicité comparative<sup>(234)</sup>. Au contraire les droits algérien et égyptien n'en font pas état.

En France, une première évolution vient de la jurisprudence. En 1986, la Cour de Cassation a admis la licéité d'une publicité « qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits

---

<sup>230</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, 8<sup>o</sup> éd. Dalloz, 2010, p 162.

<sup>231</sup> - Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, op. cit., p. 74.

<sup>232</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 162.

<sup>233</sup> - R. Chendeb, op. cit., p.33.

<sup>234</sup> - J. Mahjoub Ali, « La protection des consommateurs des produits industriels vendus », Librairie Al Nahda, 1995, n<sup>o</sup> 28, cité par Rabih Chendeb, p. 33.

identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents <sup>(235)</sup>». Mais la publicité comparative portant sur les caractéristiques des produits et des services restait, jusqu'en 1992, interdite <sup>(236)</sup>.

C'est la loi du 18 janvier 1992 (art.10) qui est venue renverser le principe d'interdiction, tout en soumettant la licéité de la publicité comparative à de nombreuses conditions assorties de sanctions pénales <sup>(237)</sup>. Les règles concernant la publicité comparative sont passées dans le code de la consommation français, dont elles forment les articles L 121-8 à L 121-14<sup>238</sup>.

Une directive de 1997 a été transposée en droit français, avec d'autres directives, par l'ordonnance du 23 Aout 2001, qui a modifié les articles L 121-8 et suivants du code de la consommation <sup>(239)</sup>. Les nouvelles dispositions présentent quelques différences avec celles qui résultaient de la loi de 1992, mais il n'y a pas de changement fondamental. Après avoir précisé la définition de la publicité comparative, et déterminé son champ d'application (A) seront examinés ses effets (B).

## **A/ Définition et réglementation de la publicité comparative :**

Pour mieux déterminer le domaine d'application de la publicité comparative (2) il faut tout d'abord chercher une définition précise de cette publicité (1).

### **1- Définition de la publicité comparative :**

Le législateur n'a pas donné une définition précise pour la publicité comparative, mais d'après l'article 03 al. 03 de la loi 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, on peut tirer le sens général de la publicité, tel qu'il annonce : « publicité : toute communication

---

<sup>235</sup>- Com. 22 juillet 1986 (D 1986, J., 436, note Cas) ; Com. 29 mars 1989, D. 1989, J., 408 ; note Serra, Calais Auloy, H. Temple, p. 163.

<sup>236</sup>- J. Calais Auloy et H. temple op.cit.,p. 163.

<sup>237</sup>- Raymond, « Commentaire de la loi du 18 janvier 1992 », JCP. E, 1992, I, 144, Rothman, « la loi du 18 janvier 1992 », INC Hebdo, n° 762, mars 1992, Serandou « l'avènement de la publicité comparative en France », JCP. 1992, I., 3596, J. Calais Auloy et H. temple, p. 163.

<sup>238</sup>- J. Calais Auloy et H. temple, précité, p. 163.

<sup>239</sup>- Laurent, « la publicité comparative harmonisée », CCC. 2001, Chron. , n° 16.

ayant pour objectif direct ou indirect de promouvoir la vente de biens ou services, quelques soient le lieu ou les moyens de communication mise en œuvre »<sup>240</sup>.

Par contre le législateur français a mentionné clairement le terme publicité comparative dans l'article L 121-8 du code de la consommation. Cet article reprenant la directive de 1997, vise la publicité « qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou des services offerts par un concurrent »<sup>241</sup>. Il faut donc qu'un concurrent soit visé : la publicité qui évoque une supériorité globale sans identifier aucun concurrent n'est pas une publicité comparative au sens de la loi<sup>242</sup>. De même celle qui cite des entreprises, des biens ou des services non concurrents de ceux de l'annonceur. Mais, pour que la loi s'applique, il n'est pas nécessaire que le concurrent soit explicitement identifié ; il suffit qu'il le soit implicitement, qu'il soit en d'autres termes, indentifiable par les destinataires de la publicité<sup>243</sup>.

Pour savoir s'il en est ainsi, le critère à retenir est sans doute celui du représentant moyen du public auquel s'adresse la publicité, donc du consommateur moyen si la publicité est destinée aux consommateurs<sup>(244)</sup>.

On remarque que la définition légale française ne fait pas référence aux consommateurs, il en résulte que la publicité comparative cherchant à attirer des professionnels est soumise aux mêmes conditions et au même régime que celle cherchant à attirer les consommateurs.

En revanche, cette réglementation ne peut s'appliquer qu'à la publicité comparative, précisément définie<sup>(245)</sup>.

Les conditions de validité de la publicité comparative ne sont pas toutes de même nature. Certaines visent la formation de cette publicité, sa nature, ses qualités et ses caractères. D'autres portent sur l'objet de la publicité, les produits et les services comparés. En fin, le législateur français a également visé dans l'article L 121-8 du code de consommation des règles et des conditions de validité relatives aux critères de comparaison<sup>(246)</sup>.

---

<sup>240</sup>- Art. 03, al. 03 de la loi 04-02, fixant les règles applicables aux pratiques commerciales J.O.R.A n° 41 du 27/06/2004.

<sup>241</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, précité, p. 164.

<sup>242</sup>- Ainsi, la Cour de Paris a refusé de considérer comme une publicité comparative le message publicitaire par lequel EDF affirme que l'énergie nucléaire est plus avantageuse que l'énergie à base de pétrole (Paris, 17 mars 1998, D. 1998. IR. 119) cité par Calais Auloy.

<sup>243</sup>- C.J.C.E, 19 Avril 2007, D. 2007, AJ, 1418, obs. Rondey.

<sup>244</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, précité, p. 164.

<sup>245</sup>- Y. Picod, H. Davo, op.cit, p. 34.

<sup>246</sup>- R. Chendeb, op.cit, p. 34.

## 2- Règlementation de la publicité comparative :

Puisque le législateur algérien n'a pas adopté la publicité comparative, il n'y a que l'article 28 de la loi 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, interdisant toute sorte de publicité considérée comme illicite.<sup>247</sup>

En revanche le législateur français, a adopté la publicité comparative. Les articles L 121-8 et suivants du code de la consommation français réglementent la publicité comparative, c'est-à-dire celle qui « met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement un concurrent ».

L'article L 121-8 du code de la consommation pose le principe de la licéité de la publicité comparative, mais soumet cette licéité au respect des conditions strictes. Le défaut de respect de ces conditions entraîne des sanctions<sup>(248)</sup>.

La publicité comparative doit être véridique, elle n'est licite que si « elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ». Cette condition est exigée pour toute publicité comparative ou non. La loi pose cependant une règle spécialement faite pour la publicité comparative : c'est à l'annonceur de prouver l'exactitude de la publicité, et il doit le faire dans un bref délai (art. L.121-12c. consom.). L'expression « de nature à induire en erreur » permet de condamner des comparaisons qui ne sont pas littéralement fausses, mais qui suggèrent à tort que l'annonceur est meilleur que son concurrent : cela pourrait être le cas, notamment, d'un grand distributeur qui comparerait ses prix avec ceux d'un concurrent en ne choisissant qu'un petit nombre de produits<sup>(249)</sup>.

La publicité doit porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif (art. L, 121-8, c.consom.). Cette proposition traduit l'assertion bien connue selon laquelle on ne peut comparer que ce qui est comparable. L'ordonnance française du 23 août 2001 a modifié l'article L121-8 sur ce point en imposant cette condition plus strictement. En effet, il est aujourd'hui prévu que les biens ou services comparés doivent répondre aux mêmes besoins ou avoir le même objectif, alors qu' auparavant le code de la consommation visait des biens ou des services de même nature »<sup>(250)</sup>.

Selon l'article L.121-8. c.consom.français, la publicité « compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques ». Ainsi, la publicité comparative ne pouvait pas s'appuyer sur des

---

<sup>247</sup>- Art. 28 de la loi 04-02.

<sup>248</sup>- Y. Picod, H.Davo, op. cit, p. 75.

<sup>249</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 164.

<sup>250</sup>- Y. Picod, H. Davo, op. cit, p. 76.

opinions ou des appréciations individuelles ou collectives empreintés par essence de subjectivité. Il en est ainsi lorsque la comparaison est fondée sur des éléments mesurables ou quantifiables et non sur des appréciations subjectives tels que le goût, la saveur, l'odeur<sup>(251)</sup>.

Le message publicitaire ne doit pas contenir des commentaires, d'affirmations ou de présentations tendancieux susceptibles de vicier l'opération<sup>(252)</sup>.

La publicité comparative ne peut « entrainer le discredit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent », cette condition est de nature à réduire à peu de chose le champ de la publicité comparative licite. Il est permis de dire que le produit de l'annonceur est meilleur, sur certains points, que le produit du concurrent<sup>(253)</sup>, mais il n'est pas permis de dire que le produit du concurrent est mauvais<sup>(254)</sup>. La distinction entre le message autorisé et le message interdit n'est pas toujours clairement perceptible<sup>(255)</sup>.

La publicité ne peut pas tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée, d'un produit concurrent<sup>256</sup>.

L'annonceur n'a pas le droit de « présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé ». Cette règle protège le titulaire de la marque<sup>(257)</sup>.

L'article L. 121-10 du code de la consommation, conforme lui aussi à la directive de 1997, ajoute une condition de licéité, concernant les produits bénéficiant d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique : la comparaison n'est en ce cas autorisée qu'entre des produits bénéficiant chacun de la même appellation ou de la même indication. Cette règle a pour but de protéger les appellations d'origine et indications géographiques, dont l'image pourrait être ternie si des produits ne bénéficiant pas de la même appellation ou indication

---

<sup>251</sup>- R. Chendeb, op.cit, p 35.

<sup>252</sup>- Ibid.

<sup>253</sup>- La Cour de Cassation a considéré comme loyale une publicité comparative qui s'appuie sur des renseignements exacts et dont les termes sont mesurés, même si l'annonceur ne choisit que des paramètres qui lui sont favorables (com. 18 juin 1996, D. 1996, Somm. 237, obs. Izorche).

<sup>254</sup>- Paris, 24 sept 1996 (D. 1996, somm. 235, obs. Izorche).

<sup>255</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit, p. 166.

<sup>256</sup>- V. Art, L 121-9, c. consom.fr.

<sup>257</sup>- V. Art, L 716-9 du code de la propriété intellectuelle.fr.

pouvaient être présentés comme ayant des qualités supérieures. Encore une règle qui déroge au principe de libre concurrence<sup>(258)</sup>.

Il est interdit de faire figurer des annonces comparatives « sur des emballages, des factures, des titres de transport, des moyens de paiement ou des billets d'accès à des spectacles ou à des lieux ouverts au public. Ces supports ont été écartés parce que, compte tenu notamment de l'importance de leur diffusion, ils ont été considérés comme de nature à rendre très difficile la vérification des conditions de licéité de la publicité comparative ainsi que l'application de sanctions éventuelles<sup>259</sup>.

En cas de non-respect des conditions de licéité de la publicité comparative, l'article L 121-14, c.consom. , prévoit des sanctions, par renvoi aux textes spécifiques. Il peut être fait l'application de trois sanctions différentes<sup>260</sup>:

-Une sanction civile, tout d'abord : le non-respect des conditions de la publicité comparative est constitutif d'une faute qui, sur le fondement de l'article 124 du code civil ou 1382 du code civil français, permet une action en réparation et en cessation de la publicité.

-Les sanctions pénales de la publicité trompeuse, et surtout, lorsque telle est la publicité comparative : il s'agit d'une peine d'amende jusqu'à 37500 euros, l'amende pouvant être portée à 50% des dépenses publicitaires et/ou un emprisonnement jusqu'à deux ans, ainsi que la publication du jugement de condamnation.

-Enfin, les sanctions pénales prévues par les articles L. 716-9 et L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle français, en cas de reproduction, imitation ou utilisation de la marque d'autrui. Il s'agit d'une amende pouvant atteindre 18000 euros et/ou jusqu'à deux ans d'emprisonnement. Les peines pouvant être portées au double en cas de récidive.

## **B/ Effets de la publicité comparative :**

Si les conditions acquises concernant la publicité comparative sont réunies, celle-ci est licite. Une publicité comparative licite à plusieurs effets :

Le premier effet : est d'empêcher l'application de l'article 1382 du code civil français, car ne peut constituer une faute, le fait de diffuser une publicité entièrement conforme aux dispositions légales.

---

<sup>258</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 167.

<sup>259</sup>- Y. Picod, H. Davo, op. cit., p. 77.

<sup>260</sup>- V, Art. 121-14 c.consom.

La jurisprudence française ancienne considérait que toute publicité comparative était un acte de concurrence déloyale, donc une faute génératrice de responsabilité. Cette jurisprudence est expirée depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1992, qui admet des publicités comparatives licites<sup>(261)</sup>.

Le deuxième effet : est que la publicité comparative, quand elle remplit les conditions posées par la loi, peut citer la marque ou le nom commercial d'autrui sans enfreindre le droit du titulaire<sup>(262)</sup>. Cet effet est évoqué dans l'exposé des motifs de la directive de 1997.

Interdire de citer le nom ou la marque d'un concurrent conduirait à empêcher pratiquement toute publicité comparative. Cela ne serait pas conforme aux intentions du législateur<sup>(263)</sup>.

Une autre conséquence dérive de la loi française : la publicité comparative, quand elle est licite, ne peut pas donner lieu à un droit de réponse ni dans la presse, ni sur les antennes (Art. L 121-13 c.consom.).

La perspective d'une réponse des concurrents pourrait en effet paralyser la diffusion d'annonces comparatives sur de tels supports.

La directive de 1997 ne contient aucune disposition concernant le droit de réponse. Il semble cependant que le législateur français pourrait maintenir cette interdiction sans enfreindre la directive.

« Quand la loi du 18 janvier 1992 était en chantier, il avait été annoncé qu'elle autoriserait la publicité comparative en France, c'est le contraire qui s'est finalement produit »<sup>(264)</sup>.

Le gouvernement s'est heurté à des organisations professionnelles hostiles, pour la plupart, à ce genre de publicité.

« Le projet initial s'est hérissé de tant de limites, de conditions, de barrières de sanctions, que la publicité comparative est plus rare après 1992 qu'elle ne l'était avant. Bien hardis sont les annonceurs qui osent se lancer dans l'aventure d'une telle publicité, tant sont multiples les risques de procès et aléatoires les chances de succès »<sup>(265)</sup>.

La directive de 1997 a obligé le législateur à supprimer quelques conditions, notamment l'exigence d'une communication préalable. Mais elle laisse subsister la plupart des conditions et n'élimine donc pas totalement l'opération<sup>(266)</sup>.

---

<sup>261</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit, p. 167.

<sup>262</sup> - C. J. C. E., 12 juin 2008, D. 2008, AJ., 1824.

<sup>263</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, prec.p.168.

<sup>264</sup> - Fourgoux, « Feu la publicité comparative » Gaz. Pal. 12-14 avr. 1992, cité par J. Calais Auloy.

<sup>265</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit, p. 169.

<sup>266</sup> - Ibid.



« On peut penser que la publicité comparative, si elle était vraiment autorisée, servirait les intérêts des consommateurs de deux façons : directement en leur fournissant une information, et indirectement en stimulant la concurrence. Pour aboutir à ce résultat, il faudrait sans doute autoriser la publicité comparative sans aucune condition particulière »<sup>(267)</sup>. Il y a quelque paradoxe à poser, pour la publicité comparative, des conditions qui ne se posent pas pour les autres publicités.

L'interdiction générale de la publicité « de nature à induire en erreur » paraît suffisante pour éviter les débordements possibles<sup>(268)</sup>.

## **Paragraphe 02 : la publicité trompeuse.**

La publicité « fautive ou de nature à induire en erreur », ou publicité trompeuse, est une déformation de la publicité commerciale qui présente le produit ou le bien à vendre, la prestation de service à accomplir sous une forme trompeuse et inexacte en vue d'attirer l'adhésion de la clientèle<sup>(269)</sup> ; cette action, constitue donc une infraction. Il convient de déterminer l'infraction (A) avant d'étudier sa répression(B).

### **A/ détermination de l'infraction :**

Selon l'article 28 de la loi 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, est considérée comme publicité illicite et interdite toute publicité trompeuse notamment celle :

- qui comporte des affirmations, indications ou représentations susceptibles d'induire en erreur sur l'identité, la quantité, la disponibilité ou les caractéristiques d'un produit ou d'un service.
- qui comporte des éléments susceptibles de créer la confusion avec un autre vendeur, ses produits, ses services ou son activité.
- qui porte sur une offre déterminée de produits ou de services alors que l'agent économique ne dispose pas de stocks suffisants de produits ou ne peut assurer les services qui doivent normalement être prévus par référence à l'ampleur de la publicité.

---

<sup>267</sup>- C'est ce que proposait la commission de refonte du droit de la consommation (proposition pour un code de la consommation, la documentation française 1990, Art. L 55, cité par Calais Auloy.

<sup>268</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit, p. 169.

<sup>269</sup>- Définition du dictionnaire permanent de droit des affaires, cité par Y. Picod.

Le délit de publicité trompeuse ou mensongère a été créé par la loi française du 2 juillet 1963. Le texte n'incriminait que les "allégations" mensongères. Il a été remplacé par l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer, qui a étendu le champ d'application du délit en visant également les indications et les présentations fausses ou de nature à induire en erreur sous quelque forme qu'elles puissent exister. Ce texte est aujourd'hui codifié aux articles L.121-1 et suivants du code de la consommation<sup>270</sup>.

La directive<sup>(271)</sup> du 11 mai 2005 a apporté un profond changement, en remplaçant la notion de publicité trompeuse par celle de pratique trompeuse<sup>(272)</sup>.

La directive ne concerne plus, désormais, que la publicité trompeuse visant les professionnels. Quant à la publicité trompeuse visant les consommateurs, elle se fonde désormais dans la vaste catégorie des pratiques commerciales illicites<sup>273</sup>.

Les pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs sont en effet définies très largement par la directive de 2005 (art 2, lettre d) : « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit<sup>(274)</sup> aux consommateurs ». Donc la publicité n'est plus que l'une des pratiques commerciales, même si elle est la plus fréquente<sup>275</sup>.

La directive de 2005 ayant été transposée en 2008 dans le code français de la consommation, celui-ci contient désormais une sous-section consacrée aux pratiques commerciales trompeuses : la numérotation n'a pas changé (art L.121-1 à L.121-7) et la sanction reste de nature pénale, mais les textes ont été modifiés pour les mettre en accord avec les dispositions de la directive<sup>276</sup>.

Les pratiques commerciales trompeuses sont divisées par la directive de 2005 en « actions trompeuses » et « omissions trompeuses ». Ces dernières se traduisent par des obligations d'information, qui seront examinés dans la deuxième partie de cette étude, quant aux actions trompeuses, leur définition figure depuis 2008 au paragraphe 1 de l'article L. 121-1 du code de consommation français. Ce texte est applicable non seulement aux pratiques visant les

---

<sup>270</sup>- V. art. L121-1et s. c. consom.fr.

<sup>271</sup>- Directive européenne du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.

<sup>272</sup>- J. Calais Auloy, H. Temple, op.cit. p .146.

<sup>273</sup>- Art. 28 de la loi 04-02.

<sup>274</sup>- Le mot « produit » est lui aussi défini par la directive de façon très large : « tous bien on service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations » (art. 2, lettre c).

<sup>275</sup>- J. Calais Auloy, H. Temple, préc., p. 146.

<sup>276</sup>- J. Calais Auloy, H. Temple, op.cit. , p. 146.

consommateurs, mais encore à celles visant les professionnels. Il distingue trois catégories de pratiques trompeuses<sup>(277)</sup> :

1- celle créant une confusion avec un autre bien ou service (catégorie relevant aussi de la publicité comparative).

2- celle reposant sur des allégations fausses ou de nature à induire en erreur.

3- celle qui n'identifie pas clairement la personne qui la met en œuvre (catégorie qui devrait être classée, parmi les omissions trompeuses).

La catégorie la plus importante est celle visée au 2<sup>ème</sup> paragraphe : une pratique commerciale est trompeuse « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portent sur l'un ou plusieurs des éléments suivants... ».

Une pratique commerciale est donc trompeuse non seulement si les allégations, indications ou présentations sont fausses, mais encore si elles sont de nature à induire en erreur<sup>(278)</sup>. Une boisson composée de substances chimiques, par exemple, est présentée comme une « boisson au goût de fruits pressés », l'allégation est exacte ; mais, si elle est accompagnée de l'image de fruits frais, elle peut amener les consommateurs à croire que la boisson est faite de fruits pressés, ce qui est inexact<sup>(279)</sup>.

Donc le délit de la publicité trompeuse est constitué de deux éléments : l'élément matériel (1) et l'élément moral (2).

### **1- L'élément matériel :**

L'élément matériel est constitué par : une publicité, un caractère trompeur, et le fait que la tromperie porte sur l'un des éléments cités par la loi.

#### **a) une publicité :**

Pour qu'il y ait infraction, il faut d'abord une véritable publicité, c'est-à-dire un message diffusé pour le compte d'une personne appelée « annonceur »<sup>(280)</sup> et visant à attirer l'attention du public en présentant les qualités d'un produit ou d'un service.

---

<sup>277</sup> - J. Calais Auloy, H. Temple, op.cit. , p. 147.

<sup>278</sup> - J. Calais Auloy, H. Temple, prec. , p. 147.

<sup>279</sup> - Affaire Tang, Crim.13 mars 1979 (JCP.CL.1979.I.Chron. guinchard).

<sup>280</sup> - Ce qui permet d'opposer la publicité à l'information libre publiée par la presse écrite ou audiovisuelle : C A. Aix en Provence, 13 février 1980, D. 1980 – 618, note G. Endreo.

Quoique contenue dans un message simplement informatif, la tromperie attire les consommateurs des lors qu'elle fait apparaître un bien ou un service sous un jour favorable. Ce message doit donc être considéré comme une publicité<sup>(281)</sup>. Pour la Cour de Cassation, la notion est même : « constitue une publicité tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé<sup>(282)</sup>, ainsi que sur les caractéristiques des biens ou services proposés<sup>(283)</sup> ».

Ainsi largement entendue, la publicité n'est pas seulement le message écrit dans la presse, oral à la radio ou encore visuel à la télévision, elle peut également résulter d'informations contenues dans les documents commerciaux<sup>284</sup> ou encore inscrites sur l'emballage du produit<sup>285</sup>.

La jurisprudence française considère que « tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés » constitue une publicité<sup>286</sup>.

#### **b) un caractère trompeur :**

Ce caractère peut indifféremment porter sur toutes sortes de qualités du bien, objet de la publicité (art. 28, 1<sup>e</sup>, de la loi 04-02.). Peu importe, en outre, que la publicité ait vraiment trompé, il faut qu'elle ait été propre à produire cet effet<sup>287</sup>. La publicité est interdite lorsqu'elle comporte des allégations fausses ou au moins susceptibles d'induire le public en erreur<sup>288</sup>. D'ailleurs l'art. 28, 1<sup>e</sup>, fait mention de l'expression « susceptible d'induire en erreur ».

Ce n'est pas la publicité en elle-même qui est mise en cause, mais davantage des faits ou actes dangereux qui sont réprimés. La publicité commerciale est informative mais également incitative. L'annonceur est tenu d'élaborer et de vérifier avec attention son message publicitaire avant sa diffusion.

---

<sup>281</sup>- J. Calais, Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 2006, 7<sup>e</sup> éd., n° 129, p. 143.

<sup>282</sup>- Crim. 12 nov. 1986, Bull.Crim. n° 861.

<sup>283</sup>- Crim. 14 oct. 1998, Bull. Crim, n° 261.

<sup>284</sup>- Art. 27, 2<sup>e</sup> de la loi 04-02., Crim. 23 mars, 1998, Bull. Crim, n° 114.

<sup>285</sup>- CA. Versailles, 17 mai 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 539, note J. Calvo.

<sup>286</sup>- R. Chendeb, op. cit., p. 72, Cass. Crim, 25 juin 1984, D 1985, J, 80, Cass. Crim.14 oct.1998, JCP. 46, D. 2000. Somm. 130, obs. Gozzi.

<sup>287</sup>- Y. Picod et H. Davo, op. cit., p. 69, Crim. 8 dec. 1987, D. 1988, IR. 43.

<sup>288</sup>- Crim. 8 mars 1978, JCP. 1979, 19019, note J.C, Fourgoux.

Le professionnel ne doit pas, pour stimuler la demande de ses produits et de ses services, intégrer des informations inexacts ou incomplètes dans son message publicitaire<sup>289</sup>.

L'appréciation du caractère trompeur doit être faite par rapport à un consommateur moyen, capable d'attention et de réflexion<sup>290</sup>.

La référence à ce consommateur moyen pourrait cependant être abandonnée lorsque la publicité litigieuse s'adresse à un public particulier présentant des caractéristiques propres ; quelquefois, ce public est plus vulnérable que le consommateur moyen ; il doit alors bénéficier d'une protection accrue<sup>291</sup>.

D'autres fois, en revanche, il paraît suffisamment averti pour ne pas pouvoir être induit en erreur par telle ou telle annonce, il en est ainsi, notamment, lorsque la publicité est destinée à des professionnels<sup>292</sup>.

Il appartient au demandeur de rapporter la preuve que la publicité critiquée est trompeuse et non au défendeur de prouver la véracité des éléments de publicité qu'il utilise<sup>293</sup>.

### **c) Une publicité portant sur un des éléments cités par la loi :**

Pour être interdite, la publicité doit comporter des allégations ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur un ou plusieurs des éléments énumérés à l'article 28 de la loi 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. Selon cet article, la liste des éléments d'interdiction n'est pas limitée, elle comprend notamment<sup>294</sup> : l'identité du produit, la quantité, la disponibilité, les caractères du produit ou du service, et tout élément susceptible de créer la confusion avec un autre vendeur, ses produits, ses services ou son activité. Donc, le texte n'a donné pas plus de détail sur les éléments concernés.

Par contre le texte français (art.L121-2 c.consom.) présente des éléments dont l'énumération est limitative en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale<sup>295</sup>. Ces éléments sont les suivants : l'existence, la nature, la composition, les qualités substantielles, la teneur en

---

<sup>289</sup>- R. Chendeb, *prec*, p. 74.

<sup>290</sup>- Crim. 21 mars 1984, Bull. Crim., n° 185.

<sup>291</sup>- Y. Picod et H. Davo, *op.cit.* p. 69.

<sup>292</sup>- CA, Paris, 4 oct 1977, JCP. 1979, II, n° 19164, note Y. Assouline, cité par Y. Picod.

<sup>293</sup>- Com. 18 mai 1993, Bull. Civ., IV, n° 200, D. 1994, Somm. 77, note M. L. Izorche.

<sup>294</sup>- Art. 28 al. 1<sup>ère</sup> et 2<sup>e</sup> de la loi 04-02.

<sup>295</sup>- La décision incriminant une publicité doit préciser qu'elle porte sur des éléments cités par la loi : Crim. 26 mars 1984, I.R 390, JCP, éd. E, 1984, II, 14660, note Heidsieck, cité par Y. Picod.

principe utile, l'espèce, l'origine, la quantité, la mode et la date de fabrication, les propriétés, le prix et les conditions de vente de biens ou de services qui font l'objet de la publicité, les conditions de leur utilisation, les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, les motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de service, la portée des engagements pris par l'annonceur, l'identité, la qualité ou l'aptitude du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires<sup>296</sup>. Mais cela n'empêche pas le juge algérien de se baser sur tous les éléments mentionnés dans le texte français car l'art. 28 n'est pas limitatif.

## **2- L'élément moral :**

La loi algérienne n° 04-02 concernant les pratiques commerciales déloyales, sanctionne l'annonceur sans qu'il soit de mauvaise foi, on remarque que l'art. 28 de cette loi n'exige pas la mauvaise foi de l'annonceur. En droit français, avec la loi du 2 juillet 1963, il était toujours nécessaire de prouver la mauvaise foi de l'annonceur pour établir le délit de publicité mensongère<sup>297</sup>. Le législateur français en exigeant la preuve de la mauvaise foi de l'annonceur, a voulu éviter qu'une simple maladresse ou exagération de la part de l'annonceur ne le mette sous le coup de la loi. Cependant, une telle condition restreint énormément le champ de l'infraction et permet à l'annonceur d'échapper à une condamnation en invoquant sa bonne foi<sup>298</sup>. Sous l'empire de cette loi, la jurisprudence s'était trouvée en grande difficulté pour prouver la mauvaise foi de l'annonceur, surtout, lorsque ce dernier est une personne morale.

La preuve de la mauvaise foi du représentant légal d'une personne morale est très difficile à montrer. Le représentant légal ne participe pas à l'organisation matérielle de la publicité. Cette situation a nécessité une intervention de la part du législateur français pour modifier cette loi. La modification est apportée par l'article 44 de la loi du 27 Décembre 1973 qui interdit " toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur". Cet article qui a supprimé le terme "mauvaise foi" de la loi, ne fait aucune mention de l'intention requise de la part de l'auteur du délit.

---

<sup>296</sup>- Y. Picod et H. Davo, op. cit. pp. 70-71.

<sup>297</sup>- Art. 05 de la loi du 2 juillet 1963 interdisait : "toute publicité de mauvaise foi comportant des allégations fausses ou induisant en erreur".

<sup>298</sup>- R. Chendeb, op. cit., p. 83.

Sur la base de la loi 1973, la Cour de Cassation avait admis que la mauvaise foi n'était pas un élément du délit de la publicité trompeuse et que celui-ci pouvait donc être commis par imprudence ou négligence<sup>299</sup>.

« Certes, l'article 121-3 du code pénal français de 1993 pose le principe qu'il n'y a ni crime ni délit sans intention de le commettre et n'admet d'exception que dans le cas où la loi le prévoit expressément ; mais la loi d'adaptation admet une autre exception pour les délits non intentionnels réprimés par les textes antérieurs à 1993, même si la loi ne le prévoit pas, ce qui était le cas de la publicité trompeuse. D'où la jurisprudence qui vient d'être évoqué »<sup>300</sup>. Cette jurisprudence pourrait être remise en question par la réforme de 2008, puisque le texte sur les pratiques trompeuses est postérieur à 1993 et qu'il ne dit rien sur l'élément moral de l'infraction<sup>301</sup>.

Le délit de l'article L 121-1 du code de la consommation peut être constitué sans mauvaise foi, sans intention de tromper, mais c'est un délit d'imprudence. Cela signifie, d'une part, que l'annonceur doit vérifier la publicité avant sa diffusion : il doit savoir, en effet, que ses négligences ou ses imprudences seraient traitées avec la même sévérité que ses mensonges. Mais cela signifie, d'autre part, que l'annonceur doit échapper à la sanction s'il établit avoir procédé à toutes les vérifications possibles<sup>302</sup>.

## **B/ Répression de la publicité trompeuse :**

La répression de la publicité trompeuse se réalise par : tout d'abord, la recherche et constatation de l'infraction (1) ensuite par les sanctions de cette infraction (2).

### **1- Recherche et constatation de l'infraction :**

Selon l'article 49 de la loi 04-02, la recherche et la constatation des pratiques trompeuses sont confiées aux agents et fonctionnaires désignés ci-dessous<sup>303</sup>:

---

<sup>299</sup> - Crim. 4 dec. 1978, D. 1979, IR. 180, obs. Roujou de boubée, Crim. 13 mars 1979.JCP.cl. 1979, I. 13104, chron.Guinchard.

<sup>300</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit. pp. 152-153.

<sup>301</sup> - Ibid.p.153.

<sup>302</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit. p.72.

<sup>303</sup> - Art. 49 de la loi 04-02.

- les officiers et agents de police judiciaire prévus par le code de procédure pénale.
- Les personnels appartenant aux corps spécifiques du contrôle relevant de l'administration chargée du commerce.
- Les agents concernés relevant des services de l'administration fiscale.
- Les agents de l'administration du commerce classés au moins dans la catégorie 14, désignés à cet effet.

Dans l'accomplissement de leurs missions, les fonctionnaires suscités peuvent demander l'intervention du procureur de la République territorialement compétent dans le respect des règles édictées par le code de procédure pénale<sup>304</sup>.

Les fonctionnaires suscités peuvent, « sans se voir opposer le secret professionnel, consulter tout document administratif, commercial, financier ou comptable, ainsi que tout support magnétique ou informatique, ils peuvent exiger leur communication en quelque main ou ils se trouvent et procéder à leur saisie<sup>305</sup> ».

Les documents et supports saisis sont joints au procès-verbal de saisie ou restitués à l'issue de l'enquête<sup>306</sup>.

Selon le cas, les procès-verbaux d'inventaire et/ou de restitution des documents et supports saisis sont dressés et des copies sont remises au contrevenant<sup>307</sup>.

Les fonctionnaires habilités peuvent procéder à des saisies de marchandises.

Conformément aux dispositions prévues par la loi 04-02, ces derniers ont libre accès dans les locaux commerciaux, bureaux, annexes, locaux d'expédition ou de stockage et d'une manière générale en quelque lieu que ce soit, à l'exception de l'accès aux locaux à usage d'habitation, qui doit se faire conformément aux dispositions du code de procédure pénale<sup>308</sup>.

Leur action s'exerce également durant le transport des marchandises et ils peuvent pour l'accomplissement de leurs missions, procéder à l'ouverture de tous colis et bagages en présence de l'expéditeur ou destinataire ou du transporteur<sup>309</sup>.

En droit français, la recherche et constatation des pratiques trompeuses sont confiées aux agents de trois administrations<sup>310</sup>: ceux de la direction générale de la concurrence, de la

---

<sup>304</sup> - Art. 49 al. 04 de la même loi.

<sup>305</sup> - Art. 50 al. 01 de la loi 04-02.

<sup>306</sup> - Art. 50 al. 02 de la même loi.

<sup>307</sup> - Art. 50 al. 03 de la même loi.

<sup>308</sup> - Art. 52 al. 01 de la loi 04-02.

<sup>309</sup> - Art. 52 al. 02 de la même loi.

<sup>310</sup> - Art. L 121-2, c. consom. Fr.



consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), ceux de la direction générale de l'alimentation et ceux du service de métrologie.

Les agents de ces administrations peuvent exiger du responsable d'une pratique commerciale de la mise à leur disposition ou de communication de tous les éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations inhérentes à cette pratique. Le refus de communication est pénalement sanctionné<sup>311</sup>.

Ainsi, la charge de la preuve est inversée : « c'est l'annonceur qui doit établir l'exactitude de son message. Le législateur, dans le but de faciliter le contrôle, a mis la preuve à la charge de celui qui est le mieux à même de l'apporter »<sup>312</sup>.

Lorsqu'ils constatent une pratique trompeuse, les agents dressent un procès-verbal et transmettent celui-ci au procureur de la république, en vue d'une action éventuelle devant le tribunal répressif<sup>313</sup>. La DGCCRF peut même agir en cessation de toute pratique trompeuse devant la juridiction civile<sup>314</sup> ou transiger avec le contrevenant<sup>315</sup>.

En donnant compétence à certaines administrations pour constater les pratiques trompeuses, la loi n'a pas eu pour objet d'exclure les preuves et procédures de droit commun. Une action en justice peut être exercée par une victime individuelle de la tromperie, ou encore par une association de consommateurs faisant état du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, ou même par un syndicat demandant réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession<sup>316</sup>. En partie cas, c'est au demandeur conformément au droit commun, d'apporter la preuve de la tromperie<sup>317</sup>.

Si l'annonceur est l'auteur principal de l'infraction, toutes les personnes qui sont intervenues dans l'acte de publicité – qu'ils s'agissent des agences de publicité, des conseils en publicité, des supports publicitaires – peuvent être poursuivies comme coauteurs ou complices<sup>318</sup>.

Lorsque la personne ainsi poursuivie comme auteur ou complice est une personne morale, elle peut elle-même être déclarée responsable<sup>319</sup>, mais la responsabilité pénale pèse également sur son dirigeant<sup>320</sup>. Ce dirigeant peut cependant s'exonérer de sa responsabilité en faisant état

---

<sup>311</sup>- Art. L 121-7, c. consom. Fr.

<sup>312</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, *op.cit.*, p. 150.

<sup>313</sup>- Art. L 121-2, al. 2, c. consom. Fr.

<sup>314</sup>- Art. L 141-1, c. consom. Fr.

<sup>315</sup>- Art. L 141-2, c. consom. Fr.

<sup>316</sup>- *Crim.*, 23 janvier et 13 mars 1979, *RTD civ.* 1979, 803, obs. Durry.

<sup>317</sup>- *Crim.*, 28 octobre 2008 (*Crim.* n° 351, *CCC.* 1993 – 96, obs. Raymond).

<sup>318</sup>- Y. Picod et H. Davo, *op.cit.*, p. 73.

<sup>319</sup>- Art. L 121-6, c. consom. Fr.

<sup>320</sup>- Art. L 121-5, c. consom. Fr.

d'une délégation de pouvoir, à la double condition toutefois que cette délégation de pouvoir l'ait mis dans l'impossibilité totale d'assurer personnellement le contrôle des campagnes de publicité et que les pouvoirs aient été confiés à un préposé pourvu de la compétence et investi de l'autorité nécessaire<sup>321</sup>.

## **2- Sanction de l'infraction :**

Différentes sanctions sont possibles : La publicité trompeuse peut constituer une fraude et être sanctionnée comme telle<sup>322</sup>, elle peut également être une escroquerie et à ce titre permettre l'application des dispositions prévues par le code pénal<sup>323</sup>. Mais le législateur que ce soit algérien ou français a prévu des sanctions spécifiques : une peine principale ainsi que des peines accessoires.

Pour notre législateur, la publicité trompeuse est sanctionnée par l'article 38 de la loi 04-02 et la sanction est une amende de cinquante mille dinars (50000 DA) à Cinq millions de dinars (5000,000 DA), cette sanction est qualifiée comme peine principale, sans préjudice des sanctions prévues par la législation fiscale.

D'autres peines qualifiées d'accessoires sont prévues par l'article 39 de la loi 04-02 : il s'agit de saisie des marchandises objet de l'infraction ainsi que les matériels et équipements ayant servi à la commettre, sous réserve des droits des tiers de bonne foi.

Les biens saisis doivent faire l'objet d'un procès-verbal d'inventaire selon des procédures définies par voie réglementaire.

En droit français une peine principale est prévue par l'article L 213-1 du code de la consommation qui punit la publicité trompeuse d'un empoisonnement de 2ans et/ou d'une amende de 37500 euros. Le maximum de l'amende peut être porté à 50% de dépenses de la publicité constituant le délit, cette disposition permet de proportionner le montant de l'amende à l'importance économique de la campagne<sup>324</sup>.

Concernant les peines accessoires ; trois peines sont possibles :

---

<sup>321</sup>- Y. Picod et H Davo, op. cit., p. 73.

<sup>322</sup>- Art. 38 de la loi 04-02 et art. 213-1, c. consom. Fr.

<sup>323</sup>- Art. 373 du Code Pénal Alg., et art. 313-1 du Code Pénal Fr.

<sup>324</sup>- Y. Picod et H. Davo, op. cit., p. 74.

- La publicité du jugement : selon l'article 48 de la loi 04-02, le juge peut, en cas de condamnation, ordonner la publication du jugement<sup>325</sup>. La même peine est prévue par l'article L 121-4 du code de la consommation français.

- La diffusion d'annonces rectificatives : le même article L.121-4 du code de la consommation français permet ensuite au juge d'ordonner la diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives. Cette sanction facultative contrairement à la précédente, a été rarement prononcée<sup>326</sup>.

- La cessation de la publicité : la cessation de la publicité peut tout d'abord être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, dès le début de la procédure, sans attendre la décision définitive. Si la procédure aboutit à une décision de non lieu ou de relaxe, la mesure de cessation de la publicité cessera d'avoir effet<sup>327</sup>. La cessation de la publicité peut également être ordonnée par une juridiction civile sur demande d'une association de consommateurs<sup>328</sup>.

## **Section 02: les offres incitatives:**

Les professionnels incitent quelquefois leurs clients à accepter leurs offres en mettant l'accent sur les avantages qui accompagnent le contrat<sup>329</sup>. Le prix est sans doute un facteur important dans la décision du consommateur d'acheter un produit ou de commander un service. Aussi pour attirer les clients, les professionnels lancent leurs discours commercial sur les prix particulièrement bas qu'ils consentent à leurs cocontractants. Mais ces procédés sont mal tolérés par les concurrents, ils risquent aussi de léser les consommateurs s'ils sont trompeurs, ou même s'ils poussent à des achats inconsidérés<sup>330</sup>. Ainsi ont été prises en droit Algérien et droit français, des règles qui, sans interdire la concurrence par les prix, visent à protéger à la fois les concurrents et les consommateurs contre les dangers des promotions abusives. Ainsi, certaines pratiques jugées contraires à la loyauté de la concurrence sont interdites (paragraphe02) d'autres offres suggérant en elles-mêmes des réductions de prix qui risquent d'être illusoires sont réglementées (paragraphe01).

---

<sup>325</sup>- Art. 48 de la loi 04-02.

<sup>326</sup>- CA., Dijon, 7 janvier 1976, cah.dr.ent. 1978, n° 4, p. 19.

<sup>327</sup>- Art. L 121-3, c. consom. Fr.

<sup>328</sup>- Art. L 421-2, c. consom.Fr.

<sup>329</sup>-Y. Picod et H. Davo, op, cit., p. 79.

<sup>330</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, op, cit., p. 178.

## **Paragraphe 01: Offres réglementées**

Les offres réglementées peuvent être regroupées en deux sortes : des offres consistant à suggérer des réductions de prix (A) et des offres consistant à offrir des biens ou des services gratuits(B).

### **A/ Offres consistant à suggérer des réductions de prix :**

Il existe des procédés de vente, notamment les soldes, qui s'accompagnent généralement de réductions de prix et qui attirent donc les consommateurs par l'espoir d'affaires avantageuses dont il faut profiter, pendant un temps limité. Ces procédés présentent sans aucun doute des avantages pour les consommateurs, puisqu'ils permettent souvent de faire des achats à pris réduit.

Mais ils présentent aussi certains dangers : « ils risquent d'entraîner les consommateurs à acheter, sans réfléchir, des objets inutiles ou défectueux. Parfois même, la réduction de prix est purement illusoire »<sup>331</sup>.

Les commerçants de leur côté ne sont pas favorables au développement des soldes et des méthodes analogues, « ils ne sont pas loin d'y voir des procédés de concurrence déloyale, permettant à certains cas de détourner la clientèle des commerçants sérieux »<sup>332</sup>.

C'est principalement sur la demande des commerçants que le législateur est intervenu en cette matière ; les textes qui ont été pris peuvent aussi protéger les consommateurs, mais cette protection est accessoire par rapport à celle des commerçants, cela sera constaté l'ors de l'examen de ses textes concernant les ventes en solde (1) en liquidation (2) et au déballage (3).

#### **1- Les ventes en solde :**

Les annonces de soldes font naître chez les consommateurs l'espoir, réel ou illusoire, d'un prix dont il faut rapidement profiter. « Les foules qu'attirent les soldes démontrent l'efficacité du

---

<sup>331</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit., p. 182.

<sup>332</sup> - Ibid.

procédé, et aussi son danger, à la fois pour les concurrents, dont la clientèle est détournée, et pour les consommateurs, qui procèdent à des achats inconsidérés »<sup>333</sup>.

C'est pourquoi ce type de vente n'est pas interdit, mais il est réglementé.

L'article 02 du décret exécutif n°06-215 du 18 juin 2006<sup>334</sup>, définit les soldes ainsi : « Constituent des ventes en soldes les ventes au détail précédées ou accompagnées de publicité et visant, par une réduction de prix, l'écoulement accéléré de biens détenus en stock ».

La réunion de quatre éléments est donc nécessaire pour que la vente puisse être qualifiée de vente en soldes.

- Une publicité : les soldes doivent être accompagnés ou précédés de publicité, cette publicité doit mentionner la date de début de l'opération et la nature de marchandises sur lesquelles porte l'opération, si celle-ci ne concerne pas la totalité des produits de l'établissement.
- Une réduction de prix : les remises sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock. Ainsi, une vente au déballage, autorisée, a été qualifiée de soldes déguisés par les juges, aux motifs que les remises annoncées de 30 à 50% étaient celles habituellement pratiquées lors des soldes et que la volonté des dirigeants était d'épuiser les stocks<sup>335</sup>.
- Un écoulement accéléré : dès lors que les ventes sont accompagnées de publicité sur lesquelles l'objectif d'écoulement accéléré n'est pas mentionné de manière explicite, la qualification de solde ne peut être retenue<sup>336</sup>.
- Des marchandises en stock : la vente doit porter sur un lot de marchandises préexistant et non renouvelable, la possession des marchandises depuis trois mois (un mois en droit français) est exigée par l'article 02 alinéa 02 du décret n°06-215.

Le stock des biens vendus en soldes ne saurait en aucun cas être renouvelé au cours de l'opération.

---

<sup>333</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 183.

<sup>334</sup> - Décret exécutif n°06-215 du 18/06/2006 fixant les conditions et les modalités de réalisation des ventes en soldes, des ventes promotionnelles, des ventes en liquidations, des stocks des ventes en magasin d'usines et des ventes au déballage, v., Aussi art. L.310-3 du code de commerce français.

<sup>335</sup> - CA. Bourges, 24 juillet 2001, RJDA. 2002, n°30.

<sup>336</sup> - CA. Paris, 27 fév. 2002, contrats.conc.consom., 2002, n°169.

Lors d'une vente en soldes, un commerçant ne peut effectuer des ventes en soldes qu'au cours de deux périodes par année civile<sup>337</sup>, d'une durée maximale de six semaines chacune, dont les dates sont fixées dans chaque territoire concerné, au début de chaque année, par arrêté du wali, sur proposition du directeur de wilaya du commerce territorialement compétent après consultation des associations professionnelles concernées et des associations de protection des consommateurs<sup>338</sup>. Hors cette réglementation, l'emploi du mot " soldes" et de ses dérivés est interdit.

Les ventes en soldes réalisées sans avoir fait l'objet au préalable d'une déclaration et/ou d'un affichage et/ou portant sur des biens non déclarés et/ou en dehors de la période prévue entraînent leur arrêt immédiat jusqu'à régularisation par le contrevenant de sa situation<sup>339</sup>. Outre les sanctions administratives prévues par le présent décret n°06-215, des mesures de saisie et de confiscation des biens sur lesquels ont porté les infractions prévues aux articles 23 à 28 du décret sus-cité ainsi que les matériels et équipements ayant servi à les commettre, peuvent être prises conformément à la législation en vigueur<sup>340</sup>.

## **2- Les ventes en liquidation :**

L'article 10 du décret exécutif n°06-215 donne une définition aux ventes en liquidation : « sont considérées comme des ventes en liquidation de stocks effectuées par un agent économique, les ventes précédées ou accompagnées de publicité visant, par une réduction de prix, l'écoulement rapide de la totalité ou d'une partie des biens détenus.

Ces ventes interviennent à la suite de la cessation provisoire ou définitive de l'activité, de son changement ou de la modification substantielle de ses conditions d'exploitation »<sup>341</sup>.

La réduction du prix est aujourd'hui un élément constitutif de la définition des ventes en liquidation, ce qui permet au consommateur d'en profiter et d'acquiescer le maximum de ses besoins.

Le législateur, afin de protéger non seulement les consommateurs attirés par l'annonce de la réduction de prix et risquant de faire des achats irréfléchis mais surtout les concurrents,

---

<sup>337</sup> - Art. 3 al. 3 du décret exécutif n°06-215.

<sup>338</sup> - Art. 04 du décret exécutif n°06-215, v., Aussi, art. L.310-3, c. com., fr.

<sup>339</sup> - Art. 23 du même décret.

<sup>340</sup> - Art. 29 du même décret.

<sup>341</sup> - Art. L.310-1 du c. com. fr.

soumet ces ventes en liquidation à une déclaration préalable auprès de l'autorité dont relève le lieu en liquidation<sup>342</sup>. Cette déclaration doit mentionner le début et la fin des ventes en liquidation de stocks<sup>343</sup>.

La déclaration est accompagnée d'un inventaire détaillé, pendant la durée de la liquidation, il est interdit au commerçant de proposer à la vente d'autres marchandises que celles répertoriées dans cet inventaire<sup>344</sup>.

L'agent économiques peut entamer les ventes en liquidation de stocks durant la période fixée par suite d'une autorisation qui lui à été délivrée après le dépôt d'un dossier conforme qui comporte la déclaration de l'opération de vente<sup>345</sup>.

En droit français, les ventes en liquidation n'ont plus à être autorisées depuis 2004 elles sont seulement soumises à une déclaration préalable auprès du préfet.

La déclaration comporte la cause et la durée de la liquidation, qui ne peut excéder deux mois. Elle est accompagnée d'un inventaire des marchandises à liquider<sup>346</sup>.

Les ventes en liquidation de stocks réalisées sans avoir fait l'objet au préalable d'une déclaration et/ou d'un affichage et/ou portant sur des biens non déclarés, entraînent leur arrêt immédiat jusqu'à régularisation par le contrevenant de sa situation<sup>347</sup>. D'autres sanctions sont prévues par l'article 29 du décret n°06-215, tels que : des mesures de saisie et de confiscation des biens sont appliquées en cas de pratiques non conformes aux dispositions du présent de décret<sup>348</sup>.

La loi française sanctionne les ventes en liquidation effectuées sans déclaration préalable d'une amende de 15 000 euros<sup>349</sup>. La peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision peut également être prononcée<sup>350</sup>.

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables<sup>351</sup>.

Enfin l'article L.121-15 du code de la consommation punit d'une amende de 37500 euros toute publicité faite pour une vente en liquidation non autorisée.

---

<sup>342</sup> - Y. Picod et H. Davo, op, cit, p. 81.

<sup>343</sup> - Art. 12 du décret n°06-215.

<sup>344</sup> - Y. Picod et H. Davo, préc.p. 81.

<sup>345</sup> - Art. 12 al. 05 du décret n°06-215.

<sup>346</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op., cit., p. 185.

<sup>347</sup> - Art. 25 al. 05 du décret n°06-215.

<sup>348</sup> - Art. 29 du même décret.

<sup>349</sup> - Art. L 310-5 C. Com. fr.

<sup>350</sup> - Art. L 131-35 C. Pénal. fr.

<sup>351</sup> - Art. L 310-6 C. Com. fr.

### 3- Les ventes au déballage.

Selon l'article 17 du décret n°06-215: « Constituent des ventes au déballage les ventes de biens effectuées par un agent économique dans des locaux, emplacements, espaces et/ou à partir de véhicules spécialement aménagés à cet effet ». Ces ventes consistent en l'étalage de l'ensemble des biens ou de certains spécimens<sup>352</sup>, ces ventes attirent bon nombre de consommateurs espérant acheter des produits peu onéreux.

Dans un souci de protection des concurrents, la loi cherche donc à limiter les ventes au déballage, celles-ci ne peuvent excéder une période de deux mois, renouvelable par année civile<sup>353</sup>. Les ventes au déballage sont soumises à l'autorisation du wali comptent, sur la base d'un dossier présenté par l'agent économique<sup>354</sup>. Le wali compétent fixe, au début de chaque année, par arrêté, les emplacements et espaces réservés à cet effet ainsi que les périodes des ventes au déballage, sur proposition du directeur de wilaya du commerce, après consultation des associations professionnelles concernées et associations de protection des consommateurs<sup>355</sup>. Cet arrêté est rendu public par tous moyens appropriés.

Tout agent économique concerné doit rendre publics, par tous moyens appropriés, le début et la fin des ventes au déballage, les biens concernés et les prix pratiqués<sup>356</sup>.

En droit français, les dispositions concernant les ventes au déballage sont contenues dans l'article 310-2 du code de commerce<sup>357</sup>. Cet article prévoit quelques dérogations.

Ne sont pas soumis au régime d'autorisation des ventes au déballage :

- Les ventes de produits de consommation courante faites par des professionnels au cours de tournées fréquentes ou périodiques.
- Les ventes aux enchères publiques mentionnées à l'article L320-2 du code de commerce.
- Les ventes réalisées sur la voie publique dès lors qu'elles justifient d'une permission de stationnement et que la surface de vente n'est pas supérieure à 300 m<sup>2</sup>.

---

<sup>352</sup> - Art. 17 al.02 du décret n°06-215.

<sup>353</sup> - Art. 18 al. 01 du même décret.

<sup>354</sup> - Art. 19 du même décret.

<sup>355</sup> - Art. 18 al. 02 du décret sus-cité.

<sup>356</sup> - Art. 20 du même décret.

<sup>357</sup> - Les ventes au déballage sont des ventes de marchandises neuves ou d'occasion effectuées dans des locaux sur des emplacements non destinés à la vente au public, ainsi qu'à partir de véhicules spécialement aménagés à cet effet.



En droit français, les ventes au déballage effectuées sans autorisation sont punies d'une amende de 15000 euros<sup>358</sup>, ce qui correspond à une contravention de 5<sup>ème</sup> classe, la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision peut également être prononcée<sup>359</sup>, les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables<sup>360</sup>.

En outre, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de 5<sup>ème</sup> classes (1500 euros) le fait de ne pas mentionner dans toute publicité relative à une vente au déballage, la période pour laquelle l'autorisation a été délivrée ainsi que l'identité et la qualité de bénéficiaire<sup>361</sup>.

Enfin l'article L 121-15 du code de la consommation français punit d'une amende de 37 500 euros toute publicité faite pour une vente au déballage non autorisé.

### **B/ Offres de biens ou de services gratuits :**

Afin d'attirer les clients à l'achat, certains commerçants offrent, en sus des biens ou des services qu'ils fournissent à titre onéreux, des biens ou services à titre gratuit, ou du moins à des conditions avantageuses. Cette pratique trouve sa base légale en droit algérien dans l'article 16 de la loi 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales.

Ce texte pose le principe de l'interdiction des ventes avec primes, certaines sont cependant autorisées.

Cette méthode de promotion présente plusieurs inconvénients<sup>362</sup>:

- Elle conduit certains consommateurs à fonder leurs choix sur des raisons futiles et à oublier les critères de qualité et de prix.
- Elle trompe les consommateurs, puisque la gratuité n'est qu'apparente.
- Elle entraîne une hausse des prix, car la valeur des avantages octroyés est nécessairement récupérée par ailleurs.

« Pourtant si ces offres gratuites ont été réglementées, c'est moins sous la pression des consommateurs que sous celle des petits commerçants incapables d'accorder de pareils

---

<sup>358</sup> - Art. L310-5 c.com.fr.

<sup>359</sup> - Art.131-35 c. pénal. fr.

<sup>360</sup> - Art. L310-6 c. consom. fr.

<sup>361</sup> - Y. Picod et H. Davo, op. cit., p. 83.

<sup>362</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 187.

avantages, ils ont demandé que la concurrence reste sur son terrain naturel, celui de la qualité du prix »<sup>363</sup>.

Sera examinée la réglementation en vigueur concernant ces offres, en distinguant trois catégories d'offres gratuites : les ventes avec prime (1), les loteries publicitaires (2), et en fin les concours publicitaires (3).

### **1- Les ventes avec primes :**

L'article 16 de la loi 04-02 interdit : « toute vente ou offre de vente de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en biens ou services, sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation »

La réglementation s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.

Les ventes avec primes ne sont, en revanche, interdites qu'à l'égard des consommateurs.

L'article L 121-35 du code de la consommation français prévoit le même contenu que l'article 16 de la loi algérienne et précise la notion de prime interdite.

La vente avec prime suppose donc, l'existence d'un contrat à titre onéreux par lequel le consommateur obtient un bien ou un service à titre principale : la prime est l'accessoire, elle est le bien ou le service qui vient s'ajouter<sup>364</sup>.

La nécessité de ce contrat, de cette opération support, permet de distinguer la prime du cadeau. La prime est attribuée à l'occasion de cette opération support.

« En l'absence d'opération support, il ne s'agit pas d'une prime mais d'un cadeau »<sup>365</sup>.

Le cadeau est en effet un produit ou un service accordé à toute personne sans obligation de contracter.

Cette distinction est importante puisque, si les primes sont en principe interdites, aucune réglementation ne concerne les cadeaux qui peuvent en conséquence être librement offerts.

Il est vrai que les cadeaux ne présentent pas le même danger que les primes, puisqu'ils n'incitent pas directement à l'achat. Il n'en demeure pas moins que certains cadeaux,

---

<sup>363</sup> - Ibid.

<sup>364</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit., p. 84.

<sup>365</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit, p. 188.

théoriquement attribués « sans obligation d'achat », sont en pratique réservés aux acheteurs ou du moins incitent à l'achat.

Il faudrait donc, assimiler ces cadeaux à des primes, mais « il n'est pas sur que les termes de l'article L 121-35, permettent de la faire »<sup>366</sup>. Ces primes sont en effet de faux cadeaux dans la mesure où leur gratuité n'est qu'apparente, leur cout était systématiquement incorporé au prix de vente<sup>367</sup>.

L'interdiction s'applique aux primes de toute nature dès lors qu'il s'agit de produits, de biens ou de prestations de services. Seules sont interdites en principe, les primes en nature. « L'octroi d'une somme d'argent, la remise en espèces sont autorisées, elles ne constituent pas une prime au sens de l'article L 121-35 du code de la consommation »<sup>368</sup>.

Un commerçant a parfaitement le droit de faire à ses clients des remises en espèces, la concurrence reste alors sur son terrain normal: le prix. Pour qu'il s'agisse d'une prime interdite, il faut aussi que le bien ou le service ne soit pas identique à celui faisant l'objet de l'opération support.

La pratique d'une valeur de prime ne dépassant pas 10% du montant total des biens ou services concernés est autorisée, car elle équivaut à une réduction de prix<sup>369</sup>.

Enfin, l'interdiction s'applique uniquement lorsque la prime est attribuée à titre gratuit, la réduction de prix sur une prime n'est pas incriminée, seule la prime totalement gratuite est visée<sup>370</sup>.

La loi 04-02 admet quelques dérogations au principe: certaines ventes avec primes quoiqu'entrant dans la définition donnée par l'article 16 de ladite loi, sont autorisées, de même le code de consommation français admet- il les mêmes dérogations, qui s'inspirent de deux idées<sup>371</sup>:

D'une part, certains objets ou services sont de si faible valeur qu'ils ne peuvent inciter à des achats inutiles, c'est par exemple le cas des porte-clés, ou encore celui des échantillons, ces menues primes sont donc autorisées.

---

<sup>366</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit., p. 188.

<sup>367</sup> - P. Puig, contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 235.

<sup>368</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit, p. 85.

<sup>369</sup> - Sous réserve ici, encore que le prix de vente de l'ensemble ne descende pas en dessous de son prix d'achat.

<sup>370</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit., p. 85.

<sup>371</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit., p. 189.

Les objets donnés en prime doivent être marqués du nom de l'entreprise ou de la mention « échantillon gratuit, ne peut être vendu »<sup>372</sup>.

D'autre part, certains objets ou services présentent, pour les consommateurs des avantages réels qui sont supérieures aux risques qu'entraîne leur attribution gratuite.

Donc c'est autorisé, le conditionnement habituel du produit vendu, les biens ou primes indispensables à l'utilisation normale du bien ou du service vendu, le service après-vente, les facilités de stationnement, les prestations de services dépourvues de valeur marchande<sup>373</sup>.

## **2- Les loteries publicitaires:**

Selon l'article 612 du code civil « les jeux de hasard et paris sont interdits ». Cet article pose le principe général d'interdiction de tout jeu qui entraîne l'espérance d'un gain du totalement ou partiellement à l'interdiction du hasard, sauf exception concernant les paris sur les courses et le pari sportif algérien<sup>374</sup>.

Le législateur algérien n'a pas donné une définition précise concernant les loteries publicitaires, mais il peut être extraite une définition en cette matière, d'après le contenu de l'article 167 du code pénal, qui dispose : « sont réputées loteries, toutes opérations proposées au public sous quelque dénomination que ce soit et destinées à faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort<sup>375</sup> ».

L'exploitation des maisons de jeux et des loteries sans aucune autorisation constitue une infraction punie par les dispositions du code pénal.

Donc : ceux qui, sans autorisation, tiennent une maison de jeux de hasard et y admettent le public, soit librement, soit sur la présentation d'affiliés, de rabatteurs ou de personnes intéressés à l'exploitation, sont punis d'un emprisonnement de 03 mois à 1 ans et d'une amende de cinq cent (500) à vingt mille ( 20,000) DA, il en est de même des banquiers, administrateurs, préposés ou agent de maison<sup>376</sup>, doit obligatoirement être prononcé la confiscation des fonds et effets exposés comme enjeux de ceux saisis dans les caisses de l'établissement ou trouvé sur la personne des tenanciers et de leurs agents<sup>377</sup>, ainsi que tous

---

<sup>372</sup> - Art. R 121-10 c. consom. fr.

<sup>373</sup> - Art. R 121-09 c. consom. fr.

<sup>374</sup> - Art. 612 al. 02 c. civ.

<sup>375</sup> - Art. 167 du c.p.

<sup>376</sup> - Art. 165 du c.p.

<sup>377</sup> - Art. 165 al. 2 du c.p.

meubles ou objets mobiliers dont les lieux sont garnies ou décorés et du matériel destiné ou employé aux services des jeux.

L'article 166 du code pénal prononce aussi des peines tels que :« les pénalités et mesures de sûreté édictées à l'article 165 du même code sont applicables aux auteurs, organisateurs, administrateurs, préposes ou agents de loteries non autorisées, la confiscation d'un immeuble mis en loterie est remplacée par une amende qui peut s'élever jusque à la valeur estimative de cet immeuble »<sup>378</sup>.

En droit français, les loteries publicitaires sont réglementées par deux séries de textes : les articles L. 121-36 à L 121-41 du code de la consommation d'une part, et la loi du 21 mai 1836 qui est toujours en vigueur d'autre part.

L'article L .121-36 du code de la consommation vise « les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire maitre l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort »<sup>379</sup>.

La loi du 21 mai 1836 répute loteries et interdit comme telles « les ventes... de marchandises effectuées par la voie du sort, ou auxquelles auraient été réunies des primes ou autres bénéfiques dus, même particulièrement, au hasard et généralement toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire maitre l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie de sort »<sup>380</sup>.

Les loteries exigeant une contrepartie sont en principe prohibées, l'interdiction résulte de la loi du 21 mai 1836, qui est restée en vigueur. Elle à été reprise par la loi du 23 juin 1989 et figure à l'article L 121-36 du code de la consommation<sup>381</sup>.

La contrepartie, c'est l'obligation faite aux participants d'acheter un billet, un produit ou un service. L'interdiction se fonde sur le même motif que celles des ventes avec prime : les consommateurs pourraient être poussés à acheter par le seul désir de participer à la loterie. Le danger est accru par la grande valeur des lots décrits dans la publicité et par le fait que les participants surestiment leurs chances de gagner<sup>382</sup>.

L'organisation des loteries prohibées est punie par la loi de 1836, modifiée en 2004 et en 2007, de deux ans d'emprisonnement et de 60,000 euros d'amende<sup>383</sup>. Elle est punie par

---

<sup>378</sup> - Art. 166 du c. p.

<sup>379</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit, p. 86.

<sup>380</sup> - Ibid, p. 86.

<sup>381</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit, p. 190.

<sup>382</sup> - Ibid, p. 190.

<sup>383</sup> - Sanction disposée par la loi du 21 mai 1836, modifiée en 2004 et en 2007.

l'article L.121-41 du code de la consommation d'une amende de 37500 euros. Le tribunal peut, en outre, ordonner la publication du jugement et en cas d'infraction particulièrement grave, ordonner l'envoi de la décision à toutes les personnes sollicitées par l'opération publicitaire<sup>384</sup>.

La coexistence de deux textes réglementant- explicitement ou implicitement- les loteries publicitaires peut soulever un problème, puisque les sanctions applicables, en cas d'infraction, ne sont pas les mêmes. Il semble que les tribunaux privilégient l'application des articles L. 121-36 et suivants du code de la consommation « qui visent expressément les loteries publicitaires » aux dispositions de la loi du 21 mai 1836 concernant plus généralement toutes les loteries<sup>385</sup>.

Les loteries qui n'exigent pas de contre partie, sont licites, c'est la raison pour laquelle, les annonces de loterie publicitaire mentionnent « sans obligation d'achats », sont admises.

Les loteries licites sont soumises par le code de la consommation à des règles impératives, destinées à éviter les abus qui avaient pu être constatés, outre l'exigence d'un bon de participation distinct, la loi pose deux catégories de règles :

- D'une part, les documents présentant l'opération publicitaire sont soumis à des exigences de forme, de façon à fournir aux participants une information aussi complète et objective que possible<sup>386</sup>.

- D'autre part, le règlement des opérations, ainsi qu'un exemplaire des documents adressés au public doivent être déposés auprès d'un officier public qui s'assure de leur régularité. Le règlement est adressé gratuitement à toute personne qui en fait la demande<sup>387</sup>.

L'inobservation des règles précédentes est punie d'une amende de 3 700 euros.

Le tribunal peut en outre ordonner la publication de sa décision et, dans les cas graves, en ordonner l'envoi à toutes les personnes sollicitées.

Les consommateurs reçoivent parfois des documents publicitaires leur laissant croire faussement, qu'ils ont gagné un lot ou une somme de grande valeur.

---

<sup>384</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit., p. 87.

<sup>385</sup> - Y. Picod et H. Davo, préc. p. 87.

<sup>386</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op, cit, p. 191, art. L.121-37. c. consom.

<sup>387</sup> - Ibid., art. L 121-38, c. consom.

Cette pratique constitue tout d'abord une publicité trompeuse punissable comme telle sur le fondement des articles L.121-1 et suivants du code de la consommation<sup>388</sup>. Les juges ont aussi retenu la responsabilité délictuelle des organisateurs de loteries<sup>389</sup> ou leur engagement unilatéral de volonté<sup>390</sup> ou encore leur responsabilité contractuelle<sup>391</sup>, or, depuis, une décision du 06 septembre 2002, la chambre mixte de la cour de cassation a estimé, sous le visa de l'article 1371 du code civil, que l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain d'une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait volontairement, à le délivrer<sup>392</sup>.

### **3- Les concours publicitaires:**

Ce type de pratiques représente généralement les jeux qui font appel aux connaissances et à l'intelligence des participants et dans lesquels le hasard ne joue aucun rôle. « Ces concours eux aussi sont parfois utilisés dans un but publicitaire pour promouvoir une entreprise ou ses produits »<sup>393</sup>.

Il n'existe pas une réglementation précise en droit algérien concernant les concours publicitaires, d'ailleurs, il peut être fait référence à l'article 612 du code civil dans son alinéa 02 qui exclut les courses et le pari sportif algérien des dispositions de l'alinéa 01 du même article interdisant, comme principe les jeux de hasard et paris.

Comme, il peut être fait appel aux articles, 123 bis, 123 ter du code civil, afin d'organiser des concours de jeux, de loteries, de tombola, ou tirages au sort sous n'importe quelle dénomination.

Afin d'accroître rapidement leur notoriété, les entreprises commerciales peuvent offrir aux consommateurs la possibilité de participer à un concours pour gagner des prix et des gains de valeur considérable.

En droit français, la réglementation des concours publicitaires n'est elle aussi pas tellement précise, à tel point que la doctrine pose la question : les textes concernant les primes et les loteries peuvent-ils leur être appliqués ?

---

<sup>388</sup> - Crim., 8 mars 1990, JCP., éd. E., 1990, I-11, obs. Arpin Gonnet.

<sup>389</sup> - Civ., 1<sup>e</sup>, 3 mars 1988, D.1988, Somm. 405, obs. J. Luc Aubert.

<sup>390</sup> - Civ., 1<sup>e</sup>, 28 mars 1995, D.1995, Somm., 227, obs. Ph. Delebecque, RTD civ, 1995, 886, obs. J. Mestre.

<sup>391</sup> - Civ., 1<sup>e</sup>, 12 juin 2001, JCP. 2002, D. aff, 2002, II, 10104, note Houtcieff; D., 2002, Somm., 1316, obs. D. Mazeaud.

<sup>392</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit., p. 88.

<sup>393</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 193.

D'après une analyse de monsieur Calais-Auloy, pour la loi du 21 mai 1836, la réponse est négative, la loterie suppose l'intervention, même partielle du hasard, du moment que celui-ci n'intervient pas du tout, la loi de 1836 ne saurait s'appliquer<sup>394</sup>.

La réponse est moins sûre pour les articles L.121-36 et suivants, du code de la consommation. Ces textes n'emploient pas le mot loterie et visent toutes les opérations publicitaires « qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants », la formule pourrait englober les concours, mais l'article L.121-36 fait aussi allusion aux modalités du tirage au sort, ce qui ne peut s'appliquer qu'à des opérations fondées sur le hasard. « Il semble donc que les concours, ne sont pas soumis aux dispositions, concernant les loteries ; mais le débat reste ouvert »<sup>395</sup>.

Donc, reste l'article L.121-35 du code de la consommation français, prohibant les ventes avec primes. Si, pour participer au concours, il faut procéder à un achat l'opération ne doit-elle pas être considérée comme une vente avec prime ?

Ici, encore, l'hésitation est permise, d'un côté l'article L.121-35 vise les ventes donnant droit à une prime, or les participants au concours n'ont pas stricto sensu, le droit à un bien ou à un service, ils doivent le gagner.

Mais, d'un autre côté, il peut être considéré que le droit de participer au concours est en lui-même une prime. « Cette seconde interprétation paraît la meilleure ; la perspective de participer à un concours atténue le libre arbitre des consommateurs de la même façon que celle d'obtenir directement un objet »<sup>396</sup>.

« Il convient donc, d'appliquer l'art L.121-35, ce qui conduit à interdire les concours comportant une obligation d'achat »<sup>397</sup>.

Echappent, donc à l'interdiction de l'article L.121-36 du code de la consommation, les concours publicitaires qui font intervenir les connaissances et l'intelligence des participants sans que le hasard ne joue aucun rôle, encore faut-il que ces concours ne dissimulent pas des loteries prohibées en départageant les « gagnants du prétendu concours par un tirage au sort »<sup>398</sup>.

Enfin, si le concours n'est l'objet d'aucune réglementation, parce qu'il fait appel aux connaissances ou à la sagacité des candidats et ne présente pas de ce fait, un caractère

---

<sup>394</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 193.

<sup>395</sup> - Ibid, p. 193.

<sup>396</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op.cit., p. 193.

<sup>397</sup> - Ibid.

<sup>398</sup> - P. Puig, Contrats Spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz 2011, p. 237.



aléatoire. En revanche, la loterie définie comme toute opération offerte au public sous quel que dénomination que ce soit peut faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort, est sévèrement prohibée<sup>399</sup>, (loi 21 mai 1836, art.2).

## **Paragraphe 02 : Pratiques interdites**

Les professionnels présentent leurs produits et services à un prix très bas qui est en principe autorisé. Il est certain cependant que le but poursuivi par les professionnels est d'attirer les clients en espérant qu'une fois sur place, ceux-ci achèteront d'autres biens<sup>400</sup>.

Les gains ainsi réalisées permettent aux professionnels de compenser les pertes subies par l'application de cette stratégie<sup>401</sup>.

Ces pratiques comportent néanmoins une dangerosité importante puisqu' en appliquant les pratiques de prix d'appel<sup>402</sup>, « les professionnels portent atteinte à la fois aux consommateurs, mais également aux concurrents et aux fabricants des produits vendus à bas prix »<sup>403</sup>.

Le consommateur est la victime la plus évidente de cette méthode; attiré sur les lieux de vente, le consommateur fait d'autres achats à un cout élevé, alors même qu'il n'avait pas l'intention de se procurer d'autres biens. « D'ailleurs, à terme ces pratiques portent atteinte au consommateur même s'il ne fait pas d'autres achats que celui du produit à vil prix En effet si le consommateur peut à court terme profiter des prix bas et il finira par être victime du manque de concurrence sur le marché »<sup>404</sup>.

Les concurrents sont eux aussi touchés par cette technique d'appel. En effet l'application de la méthode de prix d'appel rend la concurrence entre les grands et les petits commerçants inégale. « Ainsi, en pratiquant la méthode des prix d'appel, la moyenne et la grande distribution détournent la clientèle des petits commerçants »<sup>405</sup>.

---

<sup>399</sup> - D. Ferrier, La protection des consommateurs, éd. Dalloz 1996, p. 46.

<sup>400</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit.,p. 79.

<sup>401</sup> - R. Chendeb, op. cit.,p. 350.

<sup>402</sup> - La pratique dite: " prix d'appel consiste pour un commerçant, à attirer les consommateurs en magasin par l'annonce de prix très bas sur un produit ou quelques produits, généralement choisis en raison de la notoriété de leur marque, les clients, venus en magasin sont alors incités à acheter d'autres produits, dont les prix, eux ne sont pas particulièrement bas, voire ont été augmentés à cette occasion", J. calais Auloy et H. Temple, op.cit.,p.180.

<sup>403</sup> - R. Chendeb, op. cit. p. 351.

<sup>404</sup> - R. Chendeb, préc., p. 351

<sup>405</sup> - R. Chendeb, op. cit, p. 351.

Enfin une troisième victime peut être identifiée, en la personne du fabricant puisqu'en vendant le produit à un prix faible, le vendeur nuit à l'image de marque du fabricant<sup>406</sup>. De plus, cette pratique appliquée par un distributeur va laisser ses concurrents croire que le fabricant privilégie ce distributeur en lui faisant des offres exceptionnelles, ils se serviront alors, de cet argument pour négocier, un meilleur prix en menaçant de se retourner vers un autre fabricant. « Il peut alors en résulter un préjudice notable, moral ou pécuniaire, lequel se traduira in fine par une baisse du chiffre d'affaires et une désorganisation du marché intermédiaire »<sup>407</sup>.

Soucieux de respecter les intérêts de toutes les pratiques, le législateur est donc intervenu pour interdire les abus manifestes. Cette interdiction vise notamment la vente à perte (A) et la vente à pris abusivement bas(B).

### **A/ La vente à perte:**

Selon l'article 19 de la loi 04-02, il est interdit de revendre un bien à un prix inférieur à son prix de revient effectif<sup>408</sup>.

Ensuite l'article 19, donne une définition du prix de revient effectif : Le prix de revient effectif s'entend du prix d'achat unitaire figurant sur la facture, majoré des droits et taxes et, le cas échéant, des frais de transport<sup>409</sup>, donc le prix de revient effectif est déterminé par des éléments et indices qui figurent sur la facture, y compris tous droits et taxes concernant le bien et ses frais de transport.

Alors le prix global indiqué sur la facture, représente le prix de revient effectif, et tous prix de vente inférieur au prix facturé, qui peut être pratiqué par un vendeur professionnel est considéré comme prix à perte non autorisé.

La vente à perte constitue une infraction punie d'une amende de cent mille dinars (100.000 DA) à trois millions de dinars (3.000.000 DA)<sup>410</sup>.

La revente à perte est cependant licite en certains cas exceptionnels, limitativement énumérés par l'article 19 alinéa 03 de la loi précédente. Il en est ainsi de la :

- Vente des biens périssables menacés d'une altération rapide.

---

<sup>406</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, op. cit., p. 180.

<sup>407</sup> - R. Chendeb, op. cit, p. 351.

<sup>408</sup> - Art.19 al. 01 de la loi 04-02.

<sup>409</sup> - Art.19 al. 02 de la même loi.

<sup>410</sup> - Art. 35 de la loi 04-02.

- Vente des biens provenant d'une vente volontaire ou forcée par suite d'un changement ou d'une cessation d'activité ou effectuée en exécution d'une décision de justice.
- Vente des biens dont la vente est saisonnière, ainsi qu'aux biens démodés ou techniquement dépassés.
- Vente des biens d'approvisionnement ou de réapprovisionnement qui s'est effectué ou pourrait s'effectuer à un prix inférieur, dans ce cas, le prix effectif minimum de revente pourrait être celui du nouveau réapprovisionnement.
- Vente des biens dont le prix de revente s'aligne sur celui pratiqué par les autres agents économiques, à condition qu'ils ne revendent pas en-dessous du seuil de revente à perte.

L'interdiction des ventes à pertes a été formulée pour la première fois en droit français dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi de finance n° 63-628 du 02 juillet 1963: « est puni d'une amende de 5000 à 100.000 francs, le commerçant qui revend un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif ». Cette loi a été modifiée et élargie par la loi Galland relative à « la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales », du 1<sup>er</sup> juillet 1996.

Cette loi, a reformulé de façon plus précise l'interdiction de la revente à perte et édicté des règles de transparence tarifaire. Ces textes d'interdiction de la revente à perte et des prix abusivement bas édictés par la loi Galland ont été incorporés dans le code de commerce français<sup>411</sup>.

Selon l'article L 422-2 du code de commerce français, « est interdit le fait pour un commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état, à un prix inférieur à son prix d'achat effectif »

Le prix d'achat effectif est définie par l'article L 442-2 du code de commerce comme: « le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes a cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par les vendeurs, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20% à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006. Ce seuil est de 15% à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>412</sup> ».

Ainsi définie, la vente à perte est punie d'une amende de 75000 euros. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas ou une annonce publicitaire quelqu'en

---

<sup>411</sup>- R. Chendeb, op. cit., p. 352.

<sup>412</sup>- Art. L442-2 du code de commerce français.

soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif<sup>413</sup>. Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables<sup>414</sup>.

Seuls les remises et ristournes mentionnées sur la facture peuvent être prises en le prix d'achat effectif, à noter que le prix du transport ne peut être affecté que s'il fait l'objet d'une facture spécifique du fournisseur ou d'un transporteur, cependant si l'annonce porte sur deux ou plusieurs produits et même si le produit est exclu de l'application de l'article L442-2 du code de commerce, il convient de prendre en considération l'économie globale de l'opération de revente pour apprécier l'existence d'une vente à perte<sup>415</sup>.

L'interdiction de la vente à perte tend essentiellement à protéger la loyauté de la concurrence, elle cesse donc lorsque la vente à perte est justifiée par des nécessités économiques<sup>416</sup>.

L'article L442-2 du code de commerce français autorise ainsi:

- Les ventes volontaires ou forcées, motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale.

- Les ventes de produits saisonnières, en fin de saison ou hors saison.

- Les ventes de produits dont le réapprovisionnement s'est effectué à la baisse.

- Les ventes de produits alimentaires dont le prix résulte d'un alignement sur la concurrence.

- Les ventes de produits périssables, menacés d'une altération rapide, à condition que l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente.

- Les ventes des produits démodés ou dépassés.

## **B/ La vente à prix abusivement bas :**

Selon l'article 12 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence<sup>417</sup>, « sont prohibés les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou

---

<sup>413</sup>- Y. Picod, H. Davo, op.cit, p. 80.

<sup>414</sup>- Art. L442-3 c.com. et aussi Art.121-2,c.p.fr.

<sup>415</sup>- R. Chendeb, op.cit., p. 353 ;" attendu qu'en l'état de ces énonciation procédant de son appréciation souveraine et des qu'il ya lieu de prendre en considération l'économie globale de l'opération de revente pour apprécier l'existence des délits incriminés, la cour d'appel a justifié sa décision", Cass. Crim., 7 mai 2002, Bull. Crim., 2002, n° 109, p. 368, cité par R. Chendeb.

<sup>416</sup>- Y. Picod, H. Davo, op. cit., p. 80.

<sup>417</sup>- Art.12 de l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, J.O n° 40 du 20/07/2003, modifiée et complétée par la loi n°08-12 du 25 juin 2008, J.O, n°36 du 02/07/2008.

pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché, une entreprise ou un de ses produits »

Ce n'est pas mal, pour les consommateurs profitant de cette pratique dans un moment donné, mais, il est certain que cette pratique qui se répète dans un but anti concurrentiel, désavantage la concurrence, cependant les intérêts des consommateurs et des professionnels sont tout à la fois menacés, c'est pourquoi la législation est intervenue pour interdire les pratiques de ventes à prix abusivement bas.

Lorsque le prix de vente est inférieur aux coûts de production cette pratique est dénommée « dumping ». Elle peut provenir d'opération de commerce interne ou international<sup>418</sup>.

« Le dumping » international est souvent dénoncé par les opérateurs nationaux mais sans qu'ils rapportent la preuve d'un prix de vente inférieur aux coûts de production. Les consommateurs optent alors pour ces produits « made in » qui sont à des prix plus abordables<sup>419</sup>, ceci a des effets négatifs sur les producteurs nationaux dont certains disparaissent, d'où les récentes mesures de défense à l'importation mises en œuvre par le gouvernement en application de l'article 09 de l'ordonnance 03-04<sup>420</sup>:

Des mesures de décences commerciales peuvent être instaurées par voie réglementaire sous la forme de mesures de sauvegarde, compensatoires ou antidumping.

Les articles 14 et 15 prévoient des droits anti- dumping.

« Un droit anti- dumping peut être instauré sur tout produit dont le prix à l'exportation vers l'Algérie est inférieur à sa valeur normale ou à celle d'un produit similaire, constatée au cours d'opérations commerciales normales dans le pays d'origine ou d'exportation et dont l'importation cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale »<sup>421</sup>.

L'article 14 de l'ordonnance 03-03 qualifie les pratiques de prix de vente abusivement bas, comme pratiques restrictives de concurrence.

Les pratiques de prix abusivement bas relèvent de la compétence du conseil de la concurrence. Ce conseil peut, en cas d'infraction, ordonner la cessation de la pratique et il peut aussi décider des sanctions pécuniaires.

Des dispositions de l'ordonnance 03-03 prévoient des sanctions contre les pratiques de vente à prix abusivement bas.

---

<sup>418</sup>- M. Menouer, Droit de la concurrence, éd., Berti, Alger, 2013, p. 130.

<sup>419</sup>- M. Menouer, op.cit., p.130.

<sup>420</sup>- M. Menouer, préc.

<sup>421</sup>- Ibid.

Elles peuvent être soit civiles soit pénales<sup>422</sup>:

**- Les sanctions civiles:**

L'article 13 de l'ordonnance 03-03 prévoit que tout engagement, convention ou clause contractuelle, se rapportant à des pratiques restrictives de la concurrence est nul<sup>423</sup>.

**- Les sanctions pénales:**

Elles n'excèdent pas l'amende. En effet selon l'article 56 de l'ordonnance 03-03 « les pratiques « restrictives » visées à l'article 14 de la présente ordonnance, sont sanctionnées par une amende ne dépassent pas 12% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie au cours du dernier exercice clos, ou par une amende égale au moins à deux fois le profit illicite réalisé à travers ces pratiques, sans que celle-ci ne soit supérieure à quatre fois ce profit illicite, et si le contrevenant n'a pas de chiffre d'affaires défini, l'amende n'excédera pas six millions de dinars ( 6000,000 DA)<sup>424</sup>. »

L'article 57 de l'ordonnance 03-03 prévoit aussi une amende de 2000,000 DA pour toute personne qui aura pris part personnellement et frauduleusement à l'organisation de la mise en œuvre de pratiques " restrictives"<sup>425</sup>.

En droit français l'article L-420-5 du code de commerce dispose:« sont prohibés les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ».

Bien que le texte ne le précise pas, l'interdiction concerne les prestations de services comme les ventes de produits. En revanche, elle n'est pas applicable "en cas de revente en

---

<sup>422</sup>- M. Menouer, op.cit, p.131.

<sup>423</sup>- Art. 13 de l'ordonnance 03-03.

<sup>424</sup>- Art. 56 de l'ordonnance 03-03.

<sup>425</sup>- Art. 57 de l'ordonnance 03-03.

l'état"(art.420-5, al.3 c.com). Ces précisions permettent de distinguer les notions de " prix abusivement bas" et de " la revente à perte"<sup>426</sup>.

Le texte sur la revente à perte ne concerne que les produits revendus en l'état, celui sur les prix abusivement bas s'applique aux produits revendus après transformation, ainsi qu'aux services.

« Les prix abusivement bas, à la différence de la revente à perte, ne sont pas pénalement sanctionnés, ils font partie des pratiques anticoncurrentielles, dont la connaissance appartient à l'autorité de la concurrence, laquelle peut ordonner la cessation de la pratique et infliger des sanctions pécuniaires »<sup>427</sup>.

---

<sup>426</sup>- Y. Picod, et H. Davo, op. cit., p.80.

<sup>427</sup>- J. Calais Auloy et H. Temple, préc. p.181.

## **Titre deuxième: la complexité de la phase précontractuelle.**

Cette étude est axée sur deux chapitres : le premier concerne la frontière entre la période précontractuelle et la conclusion du contrat, le deuxième concerne la valeur juridique des documents précontractuels.

### **Chapitre 01: la frontière entre la période précontractuelle et la conclusion du contrat.**

Avant la conclusion du contrat, il existe souvent une phase précontractuelle qui sert à donner une offre mure et complète, et aussi d'ouvrir une large voie devant toute possibilité de négociation éventuelle. Donc avant d'abordé les effets de l'offre et de l'appel à la négociation (section2), il faut tout d'abord analyser la distinction entre l'offre et l'appel à la négociation (section1).

#### **Section 1: la distinction entre l'offre et l'appel à la négociation.**

Il convient tout d'abord, d'identifier l'offre dans la séquence des pourparlers et de la distinguer d'une proposition quelconque.

La différence de nature existant entre ces deux opérations conduira à des solutions différentes lors de l'appréciation de leur régime juridique.<sup>428</sup>

- Si le destinataire ne répond pas ou rejette une simple proposition, son comportement n'aura, en principe, pas de conséquence de droit, il en va différent parfois, du rejet d'une offre.
- Si le destinataire répond et acquiesce à la proposition, cette réponse positive ne formera pas le contrat, mais constituera, souvent l'entretien de pourparlers pouvant plus tard, aboutir à la conclusion d'un accord. L'agrément d'une offre vaut, au contraire après acceptation contrat. Notre étude se penchera donc sur l'offre dans un premier paragraphe, ensuite, la négociation sera examinée dans un deuxième paragraphe.

---

<sup>428</sup> - J. M. Mousseron, Technique contractuelle, éd., J. Lefebvre, p. 90.



## **Paragraphe 1:L'offre.**

L'offre exprime une volonté de conclure un contrat, elle se présente, comme une manifestation unilatérale de volonté qui se destine, par le seul fait de son acceptation à la conclusion d'un contrat, après l'examen de la notion d'offre(A), il convient donc d'envisager sa manifestation(B).

### **A/ La notion d'offre:**

L'offre, ou pollicitation est donc une proposition de contracter à certaines conditions, adressées à une personne déterminée ou à des personnes indéterminées<sup>429</sup>. L'offre ne s'entend pas de n'importe quelle proposition de contracter. Elle est la proposition ferme de conclure un contrat déterminé à des conditions également déterminées<sup>430</sup>, il convient donc de la distinguer d'autres propositions dont la finalité ultime est bien sans doute de conclure un contrat, mais qui n'ont pas un caractère aussi achevé. L'offre de contracter au sens juridique doit être bien définie et caractérisé par des éléments constitutifs bien précis.

### **1- Définition de l'offre:**

Le législateur n'a pas donné une définition précise à l'offre mais il a laissé l'invitation à la doctrine et la jurisprudence.

L'offre est une proposition de contracter adressée par une personne à un interlocuteur déterminé ou au public. Néanmoins, il ne s'agit pas de n'importe quelle proposition de contracter, l'offre est destinée à donner naissance au contrat à la seule condition d'être acceptée.<sup>431</sup>

Selon Ghestin l'offre peut être définie comme « une manifestation de volonté unilatérale par la quelle une personne fait connaitre son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat, l'acceptation de ces conditions par le destinataire de l'offre formera le contrat ».<sup>432</sup>

---

<sup>429</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op. cit, p. 102.

<sup>430</sup>- J. Luc Aubert et Eric Savaux, Les obligations, 1- L'acte juridique, le contrat-formation-effets, 2e, éd. Delta, 2002, p. 90.

<sup>431</sup>- R. Chendeb, op. cit., p. 113.

<sup>432</sup>- J. Ghestin, Traité de Droit civil, La formation du contrat, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, p. 260, Ch. Larroumet, op, cit, p. 211, n°238, G. legier, op, cit, p. 28, L. Gariel-sutter, jurisclesseur commercial 1, contrat- distribution, période précontractuelle, fasc: 20, 2005, n°115. p. 24.

Ainsi, l'offre à été définie, dans le projet de réforme du droit des contrats en France, comme « manifestation de volonté, faite à personne déterminée ou indéterminée, qui comprend les éléments essentiels du contrat et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »<sup>433</sup>. Cette définition reprend en substance les éléments traditionnellement dégagés pour qu'une proposition de contracter puisse être qualifiée d'offre et, en particulier, les caractères qui l'elle doit pour cela présenter. S'ils font défaut, il n'y a pas d'offre mais seulement une invitation à entrer en négociation.

Pour que la qualification d'offre soit retenue, il est ordinairement convenu que la proposition de contracter doit présenter certaines qualités tenant à sa précision et à sa fermeté, et parce qu'elle est une déclaration de volonté, il faut encore qu'elle soit dépourvue d'équivoque pour exprimer un véritable engagement.<sup>434</sup>

## **2- Conditions de l'offre:**

L'offre ne peut contribuer à la formation du contrat et engager éventuellement, en tant que telle, la responsabilité de son auteur, qu'à la condition d'être précise(a), ferme(b) et dépourvue d'équivoque(c).

### **a) L'offre doit être précise:**

Cette condition signifie que l'offre doit contenir tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat<sup>435</sup>, cela ne veut pas dire qu'elle doit nécessairement se présenter sous la forme d'un projet complet de contrat, il suffit, mais il est indispensable, qu'elle fixe les éléments essentiels du contrat proposé<sup>436</sup>, c'est-à-dire les éléments centraux, spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser<sup>437</sup>, par exemple la désignation précise du produit proposé ainsi que le prix dans les contrats de ventes.

Ce sont donc les éléments essentiels de l'acte qui doivent être ainsi déterminés.

---

<sup>433</sup> - J. Ghestin, La formation du contrat, 4<sup>e</sup> éd., op. cit, p. 617.

<sup>434</sup> - J. Ghestin, op. cit., p. 619.

<sup>435</sup> - R. Chendeb, op. cit, p. 113; Ali Fillali, Les obligations, Théorie générale du contrat, éd. ENAG, 2010, p. 105.

<sup>436</sup> - J. Ghestin, Traité de Droit civil, op. cit, p. 261, J.L.Aubert, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, th. Paris, LGDJ, 1970, n°52 et s. cité par J. Ghestin.

<sup>437</sup> - R. Chendeb, op, cit, p. 113.

Il peut bien sur y en avoir d'autres qui, bien qu'accessoires, sont soumis à l'accord du destinataire dans la perspective de les faire intégrer dans le contenu obligatoire de l'acte<sup>438</sup>. Il faut pour cela, que l'offrant ait nettement décrit le contrat éventuel, en indiquant, au minimum, les éléments essentiels ; c'est à dire ceux à défaut des quels, il resterait impossible de savoir quelle sorte de convention est envisagée<sup>439</sup>. Il ne s'agit pas seulement de la détermination du type de contrat (vente, louage, donation, mandat, prêt...) mais aussi des conditions économiques aux quelles l'offrant souhaite le conclure.<sup>440</sup>

La distinction entre les éléments essentiels et accessoires du contrat n'est pas toujours aisée. Certes certains éléments sont objectivement considérés comme essentiels en raison de la nature du contrat<sup>441</sup> ou des usages.<sup>442</sup>

Cependant si la découverte des éléments essentiels en considération de la nature du contrat est relativement facile dans les contrats nommés, elle est plus difficile dans les autres figures contractuelles.<sup>443</sup>

En outre, la volonté des parties peut elle-même conférer aux autres, revêtant normalement un aspect accessoire, un caractère essentiel en les intégrant à part entière dans le champ des prévisions contractuelles.<sup>444</sup>

En effet tous les éléments qui ne sont pas essentiels, en considération de la nature du contrat, sont présumés accessoires.<sup>445</sup>

Les parties peuvent ainsi conférer un caractère essentiel à la date de paiement du prix et à celle de l'entrée en jouissance du bien<sup>446</sup>, à la garantie<sup>447</sup> ou aux modalités de paiement<sup>448</sup>, de même les parties peuvent convenir que la solennité d'un acte notarié est nécessaire pour engager vendeur et acquéreur dans les liens du contrat définitif.<sup>449</sup>

La distinction entre les éléments essentiels et éléments accessoires du contrat conditionne également les pouvoirs du juge relativement à la consolidation d'un contrat imparfait ou lacunaire. En effet si le juge peut compléter l'offre sur un point considéré comme accessoire,

---

<sup>438</sup>- J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit, p. 619.

<sup>439</sup>- Sur les éléments du contrat dont l'indication dans l'offre exigée, J.L. Aubert, op. cit., n°52 et s.

<sup>440</sup>- J. L. Aubert et Eric Savaux, op. cit, p. 91.

<sup>441</sup>- Ali Fillali, op.cit., p. 104.

<sup>442</sup>- L. Gareil-Sutter, op. cit., n°169, p. 26.

<sup>443</sup>- Ibid.

<sup>444</sup>- Cass. 3eme, civ. 14 janvier 1987, D. 1988 jurispr. p. 80, note, J. Schmidt.

<sup>445</sup>- L.Gareil- Sutter, op.cit., n°172, p. 26.

<sup>446</sup>- Cass 3<sup>e</sup>, Civ. 2 mai 1978, D. 1979, jurispr., p. 317, note, J.Schmidt.

<sup>447</sup>- Cass 1<sup>re</sup>, Civ. 21 février, 1979, JCP.G. 1980, II. 19482, note, Fieschi-vivet.

<sup>448</sup>- Cass. Com. 16 avril, 1991, Bull. civ. 1991, IV, n°148, RTD civ.1992, p. 79, obs. J. Mestre.

<sup>449</sup>- Cass 3<sup>e</sup>, Civ. 5 janvier 1983, Bull. civ. 1983, III, n° 07, RTD civ., 1983, p. 550, obs. Ph. Remy.

il ne peut, en revanche substituer sa propre volonté à celle des parties dans la formation du consentement en déterminant lui-même les éléments que les parties auraient oublié de préciser<sup>450</sup>, c'est seulement à titre exceptionnel que le juge a la possibilité de compléter l'offre relativement à ses éléments essentiels, un tel pouvoir peut être d'origine légale.<sup>451</sup>

La loi élève parfois le degré de précision de l'offre et impose, dans l'intérêt de son destinataire, des indications qui s'ajoutent aux éléments essentiels de l'acte. Plus généralement, les dispositions du droit de la consommation font obligation à tout professionnel, vendeur de biens ou prestation de services, de mettre le consommateur en mesure de connaître, avant la conclusion du contrat, les caractéristiques essentielles du bien ou du service, exigences qui trouvent concrètement à s'appliquer dans l'offre faite au public de conclure le contrat considéré.<sup>452</sup>

#### **b) L'offre doit être ferme:**

Pour constituer une offre au sens juridique du terme, la proposition de contracter doit traduire la volonté de l'offrant d'être lié en cas d'acceptation de l'offre par son bénéficiaire.<sup>453</sup>

En principe, une proposition de contracter ne peut être qualifiée d'offre que si elle manifeste, de la part de son auteur, la volonté ferme de conclure le contrat qu'il propose.<sup>454</sup>

L'exigence de la fermeté signifie que l'offre doit reposer sur la volonté d'être engagé dans le contrat proposé par le seul fait de l'acceptation par autrui du projet contractuel qu'elle décrit. Cela signifie que l'offrant donne au destinataire de sa proposition le pouvoir de former le contrat par son acceptation, à défaut si l'auteur de l'offre se réserve la faculté d'agréer ou de récuser la personne qui manifesterait sa volonté de conclure le contrat proposé, la proposition aussi faite ne peut être qualifiée « d'offre de contracter ».<sup>455</sup>

---

<sup>450</sup>- Cass. Civ. 24 janvier 1922, S. 1922, I. p. 268.

<sup>451</sup>- Art. 110 du c. c. iv. , L. Gabriel- Sutter, préc.

<sup>452</sup>- Loi 09-03 relative à la protection du consommateur et à la repression des fraudes arts. 17et 18, art. 05 du décret exécutif n°15-114 du 12/05/2015 relatif aux conditions et aux modalités d'offres en matière de crédit à la consommation.

<sup>453</sup>- F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac, H. Lecuyer, Droit des obligations- Droit français -Droit libanais perspectives européennes et internationales, éd. LGDJ, 2006, p. 60. , Cass. Com, 6 mars 1990, Bull. civ, IV, n°74.

<sup>454</sup>- J. L. Aubert et Eric Savaux, op. cit., p. 92.

<sup>455</sup>- J. L. Aubert, Le contrat-Droit des obligations, 3eme éd., Dalloz, 2005, p. 32.

La question de fermeté de l'offre fait tout particulièrement débat lorsque celle-ci est assortie d'une réserve, cette réserve se présente comme une restriction apportée par l'auteur de l'offre à l'effectivité de son engagement, qui peut le cas échéant justifier que le contrat ne soit pas conclu.<sup>456</sup>

Ainsi, si l'offrant se réserve la faculté de modifier le prix proposé, il n'est pas lié par l'indication de celui-ci, à moins qu'il ne le modifie de manière excessive et injustifiée.<sup>457</sup>

De même la réserve d'agrément du cocontractant dans une offre faite au public, prive la proposition d'un caractère essentiel de l'offre; en réalité il ne s'agit que d'une offre de pourparlers et c'est seulement celui qui y répond en faisant des propositions qui formule une offre de contracter<sup>458</sup>, la réserve d'agrément provoque ainsi un « véritable renversement de situation »: le destinataire de la proposition de contracter devient le pollicitant, alors même qu'il n'a fait qu' adhérer aux conditions fixées par l'auteur de celle-ci.<sup>459</sup>

Dans les contrats « intuitu personae », la jurisprudence estime que l'offrant se réserve toujours implicitement la possibilité de ne pas accepter toute personne qui se présentera<sup>460</sup>, il en est ainsi dans le contrat de bail à loyer<sup>461</sup>, contrat de prêt<sup>462</sup>...etc.

### **c) L'offre ne doit pas être équivoque :**

Pour lier le pollicitant et permettre la formation du contrat, l'offre ne doit pas être équivoque, c'est à dire qu'elle doit être « dépourvue de proposition contradictoires ou inconciliables ».<sup>463</sup>

Encore qu'elle puisse être exceptionnellement tacite, comme toute manifestation de volonté. Or certaines attitudes peuvent être douteuses, ainsi il ne paraît pas que le simple fait d'exercer une profession, notamment une profession commerciale, puisse-être nécessairement considéré comme une offre de vente de marchandise, dont le prix serait indiqué, au premier client qui se présentera et qui n'aurait pas reçus d'offres personnelles.<sup>464</sup>

---

<sup>456</sup> - J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit, p. 621.

<sup>457</sup> - G. Marty et Rynaude, op.cit, p. 103.

<sup>458</sup> - Ibid. p. 103.

<sup>459</sup> - F.Terre, Ph.Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 118.

<sup>460</sup> - L.Gareil- Sutter, op, cit, n°161, pp., 24-25.

<sup>461</sup> - CA. Lyon, 16 mai 1928: DP. 1928, 2, 197, note voirin, cité par Gareil- Sutter.

<sup>462</sup> - Cass. Com, 31 janvier 1966, Bull.civ.1966, II. n°64; D. 1966, jurispr. , p. 537, note M. Cabrillar et J. L. Rives-lange.

<sup>463</sup> - R. Chendeb, op. cit, p. 114.

<sup>464</sup> - G. Marty et P. Raynaud, op. cit., p. 103.

En revanche l'exposition d'objets à vendre dans un étalage avec l'affichage de leur prix est une offre non équivoque et il est évident qu'elle s'adresse, en principe à des personnes indéterminées.<sup>465</sup>

Cependant il peut y avoir, même dans de telles offres, un élément d'équivoque, peut-être l'objet exposé est-il seulement un modèle et le commerçant entend-il n'offrir qu'un objet identique pour ne pas détruire son étalage : il y a place dans de telles circonstances pour une interprétation de la portée exacte de l'offre.<sup>466</sup>

Ajoutons qu'au cas où coexisteraient plusieurs offres inconciliables émanant de la même personne, leur destinataire ne saurait choisir entre telle qui lui est la plus favorable<sup>467</sup>, les intentions du pollicitant étant équivoques, l'offre n'est ni suffisamment précise, ni suffisamment ferme.<sup>468</sup>

Finalement si la proposition ne réunit pas ces conditions, ce n'est pas une offre véritable, c'est une simple invitation à entrer en pourparlers.

## **B/ La manifestation de l'offre :**

L'offre se manifeste par sa déclaration (1) à son destinataire (2) avec ou sans délai (3).

### **1- La déclaration de l'offre :**

Cherchant la formation d'un contrat avec, même l'adhésion d'autrui, l'auteur de l'offre doit nécessairement déclarer son intention<sup>469</sup>, c'est à dire l'offre doit être extériorisée, sinon aucun contractant éventuel ne pourrait l'accepter faute d'avoir pu la connaître.<sup>470</sup>

Les modes d'extériorisation de la volonté sont libres. Du principe du consensualisme, il résulte que, en principe l'expression de la volonté peut être effectuée sous une forme quelconque à condition qu'elle soit certaine.

L'extériorisation de l'offre peut ainsi être expresse (a) ou effectuée par une manifestation tacite de volonté (b).

---

<sup>465</sup>- Civ. 2 décembre 1969, D. 1970-104, note G. Marty. Rev. Trim. de Droit civil 1970, p. 589, obs., Cornu.

<sup>466</sup>- La Cour de Cassation a jugé équivoque les offres contradictoires reçues en même temps d'organes différents d'une même compagnie d'assurances: civ.18 juillet 1967, Bull. civ. I. n°206, p. 199, Rev. Trim. de Droit civil 1968, p. 355, obs., J. Chevallier.

<sup>467</sup>- Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 18 juillet 1967, Bull.Civ., I. n° 268, p. 199.

<sup>468</sup>- F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, op.cit., p. 119.

<sup>469</sup>- J. Luc Aubert et Eric Savaux, op.cit., p. 93.

<sup>470</sup>- F. Terre, Ph.Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 119.

**a) Offre expresse :**

La manifestation de l'offre peut d'abord être expresse,<sup>471</sup> c'est à dire si évidente qu'elle ne suppose aucune interprétation de la part de son destinataire<sup>472</sup>. Au sens plus large, « l'offre expresse désigne toute action spécialement accomplie en vue de porter la proposition de contracter à la connaissance d'autrui »<sup>473</sup>. Il peut s'agir d'un écrit<sup>474</sup>: une lettre, un catalogue, un affiche, une annonce, une facture pro- forma, un document publicitaire, un télégramme, un télex<sup>475</sup> ...; elle peut également s'exprimer oralement (parole): conversation, annonce télévisée<sup>476</sup>, de même peut- elle se traduire par un geste ; tel l'exposition d'objets dans une vitrine avec leur prix, le fait de se rendre dans un cabinet médicale pour y recevoir une consultation ou le fait, pour un chauffeur de taxi, de stationner à l'emplacement réservé à cet effet<sup>477</sup>, certains auteurs ont même souligné qu'un distributeur automatique en état de marche constituait une véritable offre de contracter.<sup>478</sup>

Le législateur fait de l'offre un acte juridique receptrice c'est-à-dire qu'elle doit, pour produire ses effets, avoir été reçue par son destinataire. Ainsi l'article 61 du code civil dispose « une déclaration de volonté produit son effet dès qu'elle parvient à la connaissance de son destinataire ».

« En faisant de l'extériorisation de l'offre un acte juridique unilatéral, le législateur précise les limites de l'efficacité juridique des actes unilatéraux »<sup>479</sup>.

Le législateur français parfois, afin d'éviter des difficultés de preuve exige que l'offre soit expresse, c'est le cas par exemple en matière d'offre de crédit<sup>480</sup>, ou de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.<sup>481</sup>

---

<sup>471</sup> - Art. 60, al. 1, c. civ.

<sup>472</sup> - L.Gareil- Sutter, op. cit, n°190, p. 28.

<sup>473</sup> - J. Luc Aubert et Eric Savaux, préc., p. 93.

<sup>474</sup> - Art. 60 du c. civ.

<sup>475</sup> - L.Gareil- Sutter, op. cit., n°190, p. 28.

<sup>476</sup> - Ibid., n°190, p. 28.

<sup>477</sup> - J. Luc Aubert et Eric Savaux, op, cit, p. 93, F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p.119, Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 2 decembre 1969: Bull.civ. I., n°381, p. 303, RTD civ, 1970.589, obs. G. Cornu.

<sup>478</sup> - F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, préc., n° 113.

<sup>479</sup> - D. Allag- Zennaki, contrats, op. cit. p. 152.

<sup>480</sup> - Art. L 311-8 et L 312-17, c.consom.fr.

<sup>481</sup> - Art. L 121- 61.c. consom. fr.

Généralement, par dérogation au principe de consensualisme, certaines dispositions légales fixent parfois la forme que doit revêtir une offre dans un souci, la plupart du temps, de protection du contractant le plus faible.<sup>482</sup>

Par exemple, en vertu de l'article 20 de la loi 09-03, les offres de crédits à la consommation doivent répondre à l'attente légitime du consommateur en ce qui concerne la transparence de l'offre préalable, la nature, la portée et la durée de l'engagement ainsi que les échéances de remboursement de l'offre un contrat en est établi.

Le législateur français, en ce qui concerne le contrat de prêt ou de crédit à la consommation, celui-ci doit être précédé d'une offre, comportant un certain nombre de mentions obligatoires, adressées par l'établissement financier à l'emprunteur, qui fait obligation à l'organisme de crédit de fournir, dans le corps même de l'offre, un bordereau de rétractation détachable.<sup>483</sup>

#### **b) Manifestation tacite de la volonté :**

La manifestation tacite de la volonté désigne toute action ou attitude qui n'est pas spécialement accomplie ou observée en vue de faire connaître une volonté de contracter, mais qui présuppose cette volonté: « celle-ci s'induit de la manière d'agir »<sup>484</sup>.

Si elle est théoriquement concevable, l'offre ne peut être qu'exceptionnellement retenue. Elle suppose en effet que soient déjà connus de son destinataire les éléments essentiels de la relation contractuelle pour que l'offre puisse être d'une situation passive ou d'un comportement qui ne se destine pas à faire connaître la proposition de contracter<sup>485</sup>.

La déclaration tacite de la volonté est admise par l'article 60 alinéa 02 du code civil qui dispose : « la déclaration de volonté peut être tacite lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse ». « La déclaration tacite implique l'existence de la volonté »<sup>486</sup>.

Cependant, il est admis que le locataire qui se maintient dans les lieux loués après l'expiration du bail, offre tacitement de renouveler celui-ci de sorte que, s'il n'y a pas d'opposition du bailleur, le bail se trouve tacitement reconduit<sup>487</sup>, en revanche, il paraît exclu, en toute

---

<sup>482</sup> - Art. 20 de la loi 09-03., L.Gareil- Sutter, op.cit., n° 192.

<sup>483</sup> - Art. L 311-15, c. consom.fr.

<sup>484</sup> - J. L. Aubert et Eric Sauvaux, op. cit., p. 94.

<sup>485</sup> - J. Ghestin, la formation du contrat, op. cit., p. 623.

<sup>486</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 108.

<sup>487</sup> - V. Art. 509, c. civ. et art. 1738, c. civ. fr.



hypothèse que l'offre puisse être extraite d'un silence, quelques soient les circonstances qui l'entourent.<sup>488</sup>

## **2- Le destinataire de l'offre:**

L'offre peut concerner une ou plusieurs personnes précisément déterminées(a) mais peut également s'adresser au public(b), c'est à dire des personnes indéterminées.

### **a) Offre à personne déterminée:**

L'offre faite à personne déterminée peut s'adresser à un seul destinataire ou a plusieurs, par exemple par l'envoi d'une lettre à des destinataires nom même nt désignés<sup>489</sup>. En pareil cas seul un destinataire de l'offre ainsi désigné peut conclure le contrat en l'acceptant et l'acceptation est possible par tous, mais s'il apparaissait que l'acceptant ne présentait pas les qualités qui avaient conduit l'offrant à le choisir, l'offre pourrait être rétractée pour cause d'erreur dans l'offre<sup>490</sup>. Même en l'absence d'une telle erreur, si l'intuitu personnae qui anime une telle offre était de nature à justifier une résiliation unilatérale du contrat formé, il pourrait à fortiori justifier la rétractation de l'offre avant sou acceptation<sup>491</sup>.

Dans certains cas, le législateur impose le caractère exclusif d'une offre en exigeant qu'elle soit faite à une ou plusieurs personnes déterminées comme par exemple : le cas du droit de préemption, tel que l'offre doit être notifiée en premier au titulaire d'un droit de préemption institué par la loi au profit de certaines personnes<sup>492</sup>.

### **b) Offre au public :**

Il s'agit d'une offre faite à des personnes indéterminées qui peuvent être elles aussi, soit particulières soit collectives. Les moyens d'adresser une offre au public sont très déversifiés : il peut s'agir d'une petite annonce, de la présentation sur un étalage de marchandises dont le

---

<sup>488</sup> - J. Ghestin, préc, p. 623.

<sup>489</sup> - On a proposé de réserver le terme de pollicitation pour désigné l'offre à personne déterminée du moins quand elle est assortie d'un délai; la pollicitation ainsi comprise serait seule un acte juridique: remarque cité en bas de page par Raynaud Pierre, p. 105.

<sup>490</sup> - G. Marty et P. Raynaud, op. cit, p. 1054.

<sup>491</sup> - Ibid., p. 105.

<sup>492</sup> - V. Art. 795, c .civ. et art.815-14, c. civ. Fr.

prix est indiqué, de la distribution de formulaires d'adhésion pour la participation à une foire d'exposition<sup>493</sup>, ou encore de l'envoi au public de bons de commande pour l'achat d'un bien<sup>494</sup>. L'offre au public peut également résulter d'une attitude tel le stationnement d'un taxi à la tête de station ou l'ouverture de la porte du cabinet d'un médecin aux heures de consultation.<sup>495</sup> Parfois l'offre ainsi adressée au public ne pourra être acceptée que par une seule personne, c'est le cas de l'offre d'un emploi ne comportant qu'un seul poste, de l'offre de vente ou de location d'un seul appartement, de toute façon le nombre de ceux qui pourront utilement accepter une telle offre n'est pas illimitée mais elle peut être acceptée par tous et une acceptation quelconque de l'offre à personne indéterminée forme le contrat.<sup>496</sup>

Toutefois, ce principe de validité des offres au public n'est pas absolu. Si le contrat proposé est un contrat conclu "intuitu personae" ou la considération de la personne du cocontractant est déterminante, la formation du contrat ne peut pas résulter de la seule réponse positive donnée par un membre de la collectivité des destinataires de la proposition contractuelle: l'auteur de cette dernière conserve sa faculté de choisir son partenaire contractuel, alors que cette faculté est immédiatement épuisée par le choix de destinataires déterminés de l'offre, et reste libre, sauf à ne pas commettre une discrimination prohibée<sup>497</sup>, de s'opposer à la conclusion du contrat avec la personne qui se révèle à lui.<sup>498</sup>

En effet, si l'offrant avait assorti son offre de la réserve de choisir son cocontractant, il est évident d'observer qu'il ne s'agirait plus d'une offre véritable, mais d'une simple offre de pourparlers laissant entièrement libre la volonté de celui qui l'a émise.<sup>499</sup>

### **3- La durée de l'offre:**

L'offre peut être assortie d'un délai, parfois le délai sera d'origine légale, tel est le cas de certaines dispositions protectrices des consommateurs qui prévoient non seulement que l'offre

---

<sup>493</sup>- C. A. Paris, 3 décembre 1959: JCP.G.1961, II., 12308, note Ch. Gavalda.

<sup>494</sup>- Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 février 1984: Bull. civ., I., n°57.

<sup>495</sup>- L. Gareil- Sutter, op, cit, n°184, p. 28.

<sup>496</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op, cit., p. 106.

<sup>497</sup>- D. Zennaki, la discrimination entre agents économiques en droit algérien. , in les contrats de distribution, PUB, 2011, p. 17et s.

<sup>498</sup>- J. Luc Aubert, op, cit, p. 34.

<sup>499</sup>- G. Marty et P. Raynaud, préc.

doit nécessairement émaner du professionnel mais encore qu'elle doit être maintenue pendant un certain délai afin que le consommateur puisse l'examiner en toute quiétude.<sup>500</sup>

Si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement si son auteur s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine date.<sup>501</sup>

Pour que l'offre réponde à sa finalité sociale, il est indispensable qu'elle ne soit pas rétractée avant que le consommateur ait eu le temps de l'examiner et d'y répondre. Ainsi, en matière de crédit à la consommation notre législateur n'a donné aucune disposition concernant de délai de l'offre (art.20 de la loi 09-03).

Par contre, le législateur français, a invoqué plusieurs dispositions bien déterminées, tel qu'il à combiné une obligation d'information complète et objective à la charge de l'organisme de crédit, avec une obligation de maintenir l'offre quinze jours au moins à compter de son émission<sup>502</sup>. Toutefois, « la finalité de temporisation est parfois mise en échec par une acceptation immédiate de la part du consommateur sous la pression fréquente des organismes de crédit ».<sup>503</sup>

En effet, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'emprunteur<sup>504</sup>, aucune disposition n'interdisant que l'offre soit faite et acceptée le même jour.

Dans le même esprit, en matière de crédit immobilier, l'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions indiquées pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur<sup>505</sup>, « le délai est ici plus long, compte tenu des enjeux et de la complexité de l'opération ».<sup>506</sup>

Plus souvent, le délai est stipulé par l'auteur de l'offre lui-même, il pourra être numériquement fixé ou résulter de manière certaine du libellé même de l'offre<sup>507</sup>, les raisons qui guident le pollicitant peuvent être variables :« accorder au destinataire un temps de réflexion suffisant, mais aussi éviter qu'une offre formulée pour des raisons publicitaires en termes particulièrement favorables (par exemple prix serré, rabais important, crédit gratuit, frais de

---

<sup>500</sup>- Art. 63, c. civ., Art. 04 du D.E n°06-306 du 10/09/2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives.

<sup>501</sup>- A. Fillali, Les obligations, Théorie générale du contrat, éd. ENAG, 2010, p. 108.

<sup>502</sup>- Art. L 311-8 c. consom.fr.

<sup>503</sup>- Y. Picod et H. Davo, op, cit, p. 116.

<sup>504</sup>- Art. L 311-15,c.consom.fr.

<sup>505</sup>- Art. L 312-10, al. 1, c. consom. fr.

<sup>506</sup>-Y. Picod et H. Davo, op, cit., p. 116.

<sup>507</sup>- Art. 63 du c. civ., Cass. Civ., 17 décembre 1958, D. 1959-33, RTD civ. 1959-336, obs. J.Carbonnier.

notaire à la charge du vendeur...etc.) ne se prolonge trop long- temps et n'obère à l'excès les finances de son auteur »<sup>508</sup>. Une fois le délai écoulé, l'offre est caduque.

Alors même que l'auteur d'offre ne l'a assortie d'aucun délai, elle ne vaut que dans la limite d'un délai raisonnable<sup>509</sup>. Appréciée souverainement par les juges du fond<sup>510</sup>, la durée d'un tel délai varie suivant les circonstances : nature du contrat projeté, usages, distances séparant les parties,.....etc.

## **Paragraphe 2 : la négociation.**

La négociation est la pratique consistante, pour les personnes intéressées à s'engager contractuellement, à discuter le contenu d'un éventuel contrat en restant libres de ne pas le conclure<sup>511</sup>. Défini comme " la discussion du traitement d'un problème commun menée entre titulaire d'intérêts différents", la négociation « consiste en un ensemble d'échanges précédant la formation du contrat, en vue d'identifier puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat ».<sup>512</sup>

Connue aussi sous le nom de pourparlers, la négociation débute par le premier contact entre les parties, et s'achève lors de la conclusion de l'accord définitif, tout en passant par la formation éventuelle des accords préparatoires.

### **A/ La liberté des négociations :**

Le déroulement des négociations est placé sous le signe de la liberté contractuelle et n'est enserré dans aucune forme impérative, il consiste généralement dans un échange de propositions et contre- propositions à propos des éléments du contrat projeté.

Ces propositions peuvent êtres plus ou moins précises et fermes, la progression vers l'accord peut se faire à partir d'une proposition d'entrer en pourparlers, pour s'achever par une proposition ferme et précise de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées<sup>513</sup>.

---

<sup>508</sup> - F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 121.

<sup>509</sup> - Cass.3<sup>e</sup>, Civ, 20 mai 1992, Bull.civ., III, n°164, p. 100, D. 1992, Som.com, 397, obs. J.L Aubert.

<sup>510</sup> - Cass.3<sup>e</sup>, Civ. 10 mai 1972, Bull.civ, III. n° 297, p. 214, RTD civ, 1972-1973, obs. Louss Ouarn.

<sup>511</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op, cit, p. 495.

<sup>512</sup> - R. Monzer, La négociation des contrats internationaux, 1<sup>re</sup>éd., L.G.D.J, 2008, p. 02.

<sup>513</sup> - D. Schmidt, Revue Internationale de Droit comparé (R.I.D.C) n°2, 1990, p. 546.

Mais les partenaires sont en principe libres de ne pas mener les négociations à leur terme, ainsi le veut la conception traditionnelle du contrat: la liberté contractuelle<sup>514</sup> suppose que chaque partie a en principe, le droit de rompre les négociations tant que le contrat n'est pas définitivement formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.<sup>515</sup>

Si les pourparlers sont libres, le seul impératif qui domine la conduite de la négociation est le respect par chacune des parties d'un principe général de bonne foi. Donc la liberté de négocier est fondé sur deux principes directeurs ; principe de liberté (1), d'une part et principe de loyauté (2), d'autre part.

### **1- Principe de liberté :**

La liberté vient au premier rang, car il est fondamental, en droit des contrats que chacune des parties reste libre de ne pas s'engager.

Appliquée à la négociation précontractuelle, « elle implique la liberté de ne pas aboutir à la conclusion du contrat projeté, il n'ya jamais d'obligation de conclure le contrat, même si on a entamé des négociations à cette fin ». <sup>516</sup>

La liberté de négocier à d'autres orientations, en particulier, elle l'emporte sur celle de mener des négociations parallèles avec d'autres personnes intéressées dans la perspective de conclure le contrat avec celui qui proposera les conditions les plus intéressantes<sup>517</sup>. A moins qu'il n'ait été convenu d'une exclusivité dans la conduite des pourparlers, les partenaires peuvent ainsi conduire de frond plusieurs négociations sans même avoir à en informer leurs interlocuteurs respectifs<sup>518</sup>. Dans le même esprit, il a été jugé que, « réciproquement, le simple fait de contracter, même en connaissance de cause avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas en soi une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur, sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manoeuvres frauduleuses ». <sup>519</sup>

---

<sup>514</sup>- Qui n'est pas un principe à valeur constitutionnelle, Cons. Const. 3 aout 1994, n° 94-348, DC. JCP. G. 1995, II, 22404, note Y. Broussolle, F. Terre, Ph.Simler et Y. Lequette, op, cit, p. 182.

<sup>515</sup>- L. Gareil-Sutter, Période précontractuelle, jurisclassseur, commercial1, contrat, distribution: fasc. 20, p. 03.

<sup>516</sup>- Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op, cit, p. 513.

<sup>517</sup>- D. Allag-Zennaki, Contrats, op. cit. p. 54.

<sup>518</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, et Y. M. Serinet, op, cit, p. 514, Cass.Com, 15 décembre 1992, RTD Civ., 1993, p. 77, obs., J. Mestre.

<sup>519</sup>- Cass. Com., 26 novembre 2003, Bull. Civ. IV, n°186, D 2004, p. 869, note A S Dupre- Dalle Magne, RDC 2004, p. 257, note D. Mazeaud, RTD Civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages.

Autrement dit, « la liberté est de l'essence de la négociation et porte en elle une libre compétition dans la perspective de la conclusion du contrat ». <sup>520</sup>

La doctrine préfère tempérer le principe de la liberté contractuelle absolue en exigeant un certain niveau de sécurité juridique permettant de préserver les intérêts des négociateurs durant la phase précontractuelle <sup>521</sup>.

Beaucoup d'auteurs se sont interrogés sur les causes d'un tel silence du code civil français d'avant la réforme de 2016, ils l'expliquaient par la conviction des rédacteurs du code civil que « la période précontractuelle est une période de non- droit, ou chacun doit avoir le pouvoir et est à même de défendre librement ses intérêts » <sup>522</sup>.

Déduit du concept de l'autonomie de la volonté, le principe de la liberté contractuelle confère une triple faculté : « contracter ou non, choisir la personne du contractant, déterminer librement les clauses du contrat » <sup>523</sup>; chaque négociateur est donc « libre de ne pas contracter, nul contrat ne saurait se former sans que l'autre des parties l'ait voulu, et encore moins contre le gré de l'une d'elles ». <sup>524</sup>

Selon ce principe, les parties sont donc totalement libres jusqu'à la formation du contrat. Les négociateurs peuvent donc « librement négocier l'éventuel contrat en faisant prévaloir leurs intérêts personnels, leur permettant de se retirer, de rompre la négociation même avant sa conclusion ». <sup>525</sup>

Il avait ainsi été affirmé que : « le principe en la matière repose en effet sur l'absence de toute obligation ou devoir de négociation, il repose donc sur l'entière liberté d'entretenir ou pas les pourparlers de les conclure ou non, de façon positive ou non ». <sup>526</sup> Les pourparlers ont donc pour premier objet de permettre à chaque partie de définir son projet de contrat et de le faire connaître à l'autre.

Cette phase de négociation n'est ni nécessairement ni principalement une phase d'oppositions ; elle est souvent, la recherche commune d'une solution à donner à de multiples problèmes <sup>527</sup>.

---

<sup>520</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op, cit, p. 514..

<sup>521</sup>- D. Allag- Zennaki, Contrats, négociation, construction, rédaction, op. cit. p. 48.

<sup>522</sup>- J. Mestre, La période précontractuelle et la formation du contrat, petites affiches, 5 mai 2000, n° 90, p.07.

<sup>523</sup>- J. Ghestin, Traité de Droit civil, La formation du contrat, op, cit, n°47.

<sup>524</sup>- J. C.Serna" Le refus de contracter... ou quarante ans après", études offertes à Jacques Dupichot, Buyland éd. 2004, p. 465 et s, cité par R. Monzer, op, cit, p. 102.

<sup>525</sup>- Y. Guyon, Droit des affaires, T 1, Economica, 10<sup>e</sup>, éd., n° 140.

<sup>526</sup>- J. M. Mousseron, D. Mainguy et M. Guibal, L'avant contrat, Lefebvre, 2001, n° 29.

<sup>527</sup>- J. M. Mousseron, Technique contractuelle, op, cit, p. 33.

Les parties veulent arriver à conclure un contrat avantageux pour les deux, puisque, à défaut pour l'une ou l'autre d'y trouver intérêt, il ne sera pas conclu.<sup>528</sup>

Suite au phénomène de la mondialisation, la croissance des valeurs des contrats a suivi celle du commerce international. Les contrats d'une importance économique sont, en effet, loin d'être conclus instantanément, surtout avec la forte concurrence existant entre les sociétés, ce qui donne aux contractants un choix plus large, et une grande possibilité de manœuvre.

Ce phénomène octroie à la période de négociation, une importance primordiale dans les relations contractuelles et commerciales, et exige de plus en plus de temps pour que les négociations arrivent à maturité, ce qui engage les négociateurs à faire d'importantes dépenses.

Dans cette atmosphère, la réforme du droit civil français<sup>529</sup> vient de donner un cadre juridique solide aux négociations précontractuelles en rappelant les principes de liberté de négocier et de rompre les négociations sous réserve du principe d'ordre public et de bonne foi, elle instaure également une obligation générale d'information précontractuelle dont un éventuel manquement peut constituer un vice du consentement et engager la responsabilité du détenteur de l'information.

Dès lors, la négociation du contrat ne peut plus être abandonnée à l'emprise absolue des futurs contractants. Ceux-ci ne peuvent pas, entre leur première rencontre et la mise au point définitive du contrat, s'accommoder d'un régime de liberté absolue qui peut être synonyme de légèreté et de déloyauté.<sup>530</sup> Cette liberté ne paraît pas adaptée aux exigences économiques. Elle peut être source d'insécurité nuisante. Dans ce contexte M. Mazeaud a affirmé « il est manifeste que cette liberté est source d'insécurité, voire d'une certaine irresponsabilité, et que, dans cette mesure, elle cadre mal non seulement avec l'impératif de bonne foi qui imprègne le droit contemporain des contrats, mais encore avec les exigences auxquelles la pratique est confrontée ».<sup>531</sup>

---

<sup>528</sup> - J. M. Mousseron, *Technique contractuelle*, op. cit., p. 33.

<sup>529</sup> - Ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, préc.

<sup>530</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 103.

<sup>531</sup> - D. Mazeaud, *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *le contrat au début de XXI e siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 637.

Le besoin de sécurité durant cette phase exige une plus grande intervention du droit pour atténuer les injustices, les déloyautés, et la mauvaise foi qui peuvent avoir des conséquences économiques considérables.<sup>532</sup>

Cette exigence de sécurité précontractuelle a instauré une certaine déontologie durant la négociation. « L'intensité des obligations déontologiques des parties s'accroît en fonction de la progression de la négociation, proportionnellement au besoin de sécurité qui s'accroît afin de préserver la confiance légitime des parties à la formation du contrat définitif ».<sup>533</sup> Ainsi l'exercice de la liberté de ne pas conclure le contrat après l'avoir négocié, peut parfois exprimer une déloyauté, une inconsistance et donc engager une responsabilité précontractuelle, si le refus de contracter s'est fait d'une manière brusque durant une période avancée de la négociation.

Donc, l'obligation générale de se comporter de bonne foi « vient tout de même tempérer les excès auxquels pourrait conduire la liberté dans la conduite de la négociation ».<sup>534</sup> Cependant, la loyauté est une limite à la liberté d'initier des négociations.

En l'absence de toute formalisation contractuelle des négociations en droit algérien, la loyauté oblige les parties de ne pas entamer des négociations sans avoir l'intention réelle de conclure le contrat.<sup>535</sup>

## **2- Principe de la loyauté:**

Le principe de la bonne foi joue un rôle important dans le domaine des contrats, que ce soit en période d'exécution du contrat ou bien même en période qui précède sa conclusion, et ce ci d'après la version implicite de l'article 107 du code civil.<sup>536</sup>

---

<sup>532</sup> - J. Schmidt " Sanction de la faute précontractuelle", RTD civ., 1974, p.46.

<sup>533</sup> - R. Monzer, op, cit, p p., 105-106.

<sup>534</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op, cit, p. 514.

<sup>535</sup> - S. Radu " L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle" thèse de doctorat en droit privé, Université de Strasbourg, 2015, p. 92.

<sup>536</sup> - L'article 107 du code civil dispose : « le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, et de bonne foi ..... ».



En droit français, la bonne foi est devenue un principe général de droit. Cela est d'autant remarquable en droit des contrats tant dans la phase précontractuelle et post-contractuelle ou dans les relations entre professionnels et entre professionnels et consommateurs.<sup>537</sup>

Le nouvel article 1104 du code civil français prévoit que la bonne foi doit irriguer tout le contrat, de sa négociation, à sa formation et à son exécution.

En effet la bonne foi s'est transformée en un principe général de droit des contrats, c'est ce que la majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises ont expressément admis.<sup>538</sup> En suite, adopté par la nouvelle réforme du droit des contrats (la bonne foi dans la négociation).

Mme Schmidt a ainsi souligné « l'obligation générale de bonne foi préside en effet non seulement à l'exécution des conventions mais aussi à leur formation ».<sup>539</sup>

Mme Cathiard a de même souligné dans son commentaire de l'arrêt du 15 mars 2005 de la première chambre de la Cour de Cassation<sup>540</sup>, que « l'exigence de bonne foi ne naît pas du contrat, mais continue seulement à peuser sur le comportement des particuliers, dans les phases de préparation, d'exécution et d'extinction du contrat. La bonne foi sanctionne avant tout un comportement fautif, peu importe à quel moment de relation contractuelle il intervient<sup>541</sup> ».

Les négociations ont pour rôle de créer le cadre dans lequel les parties portent des discussions sur les conditions du contrat envisagé.

Ainsi, les partenaires font des échanges, ils portent des discussions, afin d'arriver à un accord des volontés sur le contenu du futur contrat.

Si l'un des parties commence les pourparlers en ayant un autre objectif que la conclusion du contrat, par exemple l'espoir d'obtenir des informations sur l'activité de l'autre partie, sur ses secrets de fabrications ou de son savoir-faire, ou tout simplement d'empêcher des négociations avec d'autre cocontractants potentiels, il trompe la croyance de l'autre partie.<sup>542</sup>

Donc, c'est de l'absence d'intention de parvenir à un accord qui prouve la déloyauté.

En suite, la loyauté est une limite à la liberté de poursuivre et de porter des pourparlers parallèles, ainsi, la loyauté oblige également les parties à tout mettre en œuvre pour parvenir à

---

<sup>537</sup> - R. Monzer, op, cit, p. 112.

<sup>538</sup> - Ibid, p. 113.

<sup>539</sup> - J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrat, Dalloz, 1982, p. 107.

<sup>540</sup> - Cass. 1<sup>re</sup>, civ. 15 mars 2005, D. 2005, n° 22, p. 1462.

<sup>541</sup> - A. Cathiard " Quand la bonne foi trouve un second souffle", D. 2005, n° 22, p. 1462.

<sup>542</sup> - S. Radu, op. cit., p. 92.

la conclusion du contrat. « Elle devient donc avoir une attitude active et constructive dans les négociations ».<sup>543</sup>

L'obligation de négocier de bonne foi conduit aussi faire peser sur chacun des partenaires des obligations particulières. « D'une part, ces derniers doivent s'informer mutuellement de tous les éléments de nature à influencer sur leurs consentements respectifs, d'autre part, la loyauté leur commende une certaine confidentialité sur le contenu de la négociation et, spécialement, leur interdit d'utiliser sans autorisation une information confidentielle que l'un aurait obtenue de l'autre à l'occasion de celle-ci ».<sup>544</sup>

En fin, la loyauté représente une limite à la liberté d'interrompre les pourparlers à tout moment. La liberté de négociations donne aux parties un véritable pouvoir de rompre les pourparlers même s'ils sont avancés<sup>545</sup>. Ainsi, « l'échec de la négociation, n'est pas en lui-même, critiquable; il n'est que la manifestation de la liberté contractuelle, qui permet à chacun de décider s'il désire ou non contracter ».<sup>546</sup>

Toutefois, le principe de bonne foi limite la liberté contractuelle par le contrôle sur la rupture des pourparlers. Le principe fait obstacle à tout comportement contraire à la bonne foi, donc à tout comportement de mauvaise foi.<sup>547</sup>

Par conséquent, les parties ont la possibilité de renoncer à la négociation en vertu de l'autonomie de la volonté, mais à la condition que le retrait soit en conformité avec le principe de la bonne foi<sup>548</sup>, c'est-à-dire la mauvaise foi qui est le critère de la faute précontractuelle.<sup>549</sup>

Il est à envisager que l'articulation de la liberté de négocier et de la loyauté précontractuelle dépendait pour l'essentiel du degré d'avancement de la négociation ce qui ne doit pas être confondu avec sa durée.<sup>550</sup>

Lorsque les discussions ne sont qu'à l'état de discussion, il apparaît que les partenaires ont toute liberté d'y mettre fin, sans avoir à en donner le motif.<sup>551</sup>

En ce sens, il a été jugé, le 12 janvier 1999, par la chambre commerciale de la Cour de Cassation que la rupture n'est pas fautive lorsqu'elle intervient « à un moment où les parties en étaient encore à évaluer les risques et les chances du contrat envisagé sans d'ailleurs disposer

---

<sup>543</sup> - Ibid, p. 92.

<sup>544</sup> - Ghestin, G. Loiseau, et Y. M. Serinet, op.cit., p. 514.

<sup>545</sup> - J. J. Fraimont " Le Droit de rompre des pourparlers avancés" Gaz. Pal. 2000, Doct., p. 943.

<sup>546</sup> - J. Schmid-Szalewski, " La période précontractuelle en Droit français", RTD Com. 2/1990 vol. 42, p. 547.

<sup>547</sup> - Ph. LeTouneau, " La rupture des négociations", RTD Com., 11/1998, p. 483.

<sup>548</sup> - S. Radu, op.cit., p. 94.

<sup>549</sup> - J. Schmid-Szalewski, Négociation et Conclusion de Contrats, Dalloz, Paris, 1982, p. 107.

<sup>550</sup> - Ghestin, G. Loiseau, et Y. M. Serinet, op.cit., p. 515.

<sup>551</sup> - Ibid.

de tous éléments nécessaires à la décision et qu'elles étaient donc libres de tout remettre en cause sans avoir à fournir de justification légitime ». <sup>552</sup>

En revanche, lorsque la négociation est plus avancée, « il est attendu de l'auteur de la rupture qu'il fournisse, une raison légitime pour exercer sa liberté de rompre avec loyauté ». <sup>553</sup>

Le motif légitime doit donc ainsi être compris comme celui qui se rapporte, objectivement, à un élément de contrat projeté sur lequel les partenaires ne parviennent pas à se mettre d'accord. Un motif légitime est dès lors retenu lorsque la rupture est motivée par un désaccord sur le prix ou sur le montant de l'enveloppe budgétaire <sup>554</sup>, par l'incapacité du partenaire à satisfaire des exigences techniques légitimes <sup>555</sup>, ou des demandes de garanties <sup>556</sup> ou encore par les résultats défavorables d'un audit sur la société dans la quelle l'un des partenaires envisageait une prise de participation <sup>557</sup>. Le motif est au contraire illégitime s'il tient, subjectivement, à une donnée extérieure à l'objet de la négociation. <sup>558</sup>

En fin, il apparaît que, « plus les pourparlers sont avancés plus l'exigence de loyauté s'affermir alors que la liberté est contrôlée. Du moins la liberté de rompre, si' elle reste le principe, doit compter dans son exercice sur une intensité plus grande de la bonne foi » <sup>559</sup>. La raison en est que la confiance légitime suscitée par le degré d'avancement de la négociation conduit à protéger les intérêts du partenaire contre le risque de rupture en infléchissant à cet effet la liberté de rompre, tout en préservant tout de même les intérêts de l'autre partie en maintenant une faculté de rupture dont l'exercice est contrôlé.

Le droit de rompre demeure alors, « mais sous réserve de l'abus lorsque ce droit n'est pas objectivement exercé pour un motif légitime ». <sup>560</sup>

La bonne foi est donc, « incontestablement, le principal instrument juridique, dans les régimes contemporains, romano-germaniques, imposant des limites au principe de la liberté contractuelle totale » <sup>561</sup>.

Cette application a été prévue par de multiples législations modernes de même inspiration. <sup>562</sup>

---

<sup>552</sup> - Cass. Com., 12 janvier 1999, n°96-14604.

<sup>553</sup> - Cass. Com, 11 juillet 2000, Contrats Conc, Consom. Décembre 2000, p. 10, obs. L. Leveneur.

<sup>554</sup> - Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 1996, n° 94-13745.

<sup>555</sup> - Cass. Com. 7 mars 2006, n° 04-14177.

<sup>556</sup> - Cass. Com. 4 Avril 1995, n°93-13832.

<sup>557</sup> - Cass. Com. 20 novembre 2007, n°06-20332, RTD civ., 2008, p. 101, obs. J.Hauser.

<sup>558</sup> - Cass. Com, 13 octobre 2009, Contrats. Conc. Consom. février, 2010, p. 17, obs. L. Leveneur.

<sup>559</sup> - Ghestin, G. Loiseau, et Y. M. Serinet, op.cit., p. 516.

<sup>560</sup> - Ibid. p. 516

<sup>561</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 120.

<sup>562</sup> - Ibid.

Comme, par exemple le code civil italien qui a prévu l'article 1335 que « les parties, dans la conduite des négociations et la formation du contrat, doivent se comporter selon la bonne foi ». Le législateur français lui aussi a introduit dans le code civil une nouvelle règle concernant la bonne foi et ceci d'après l'ordonnance n° 2016/131 du 20 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, tel qu'annonce l'article 1112 « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

## **B/ Organisation conventionnelle de la négociation :**

Vue l'importance du contrat projeté, et qui nécessite, parfois une durée assez longue de négociations, les parties sont amenées, en conduisant des négociations à former des accords qui peuvent porter plus particulièrement sur les modalités de la négociation (1), tandis que d'autres intéressent davantage le contenu de celle-ci (2).

### **1- Les accords relatifs aux modalités de la négociation :**

La durée de la négociation, sa complexité prévisible, la perspective d'études, tous ces paramètres peuvent inciter les partenaires à s'entendre préalablement pour encadrer le déroulement des discussions.<sup>563</sup>

A cet effet; « les intéressés peuvent conclure des accords -diversement dénommés accords préparatoires, contrats temporaires ou contrats de négociation- qui ont pour objet d'organiser le déroulement de la négociation. Ils peuvent ainsi préciser le délai dans lequel les discussions doivent intervenir, déterminer celui des partenaires qui doit en prendre l'initiative, arrêter les formes et le lieu de la négociation »<sup>564</sup> .....etc.

Les accords de négociation peuvent également être le support d'obligations destinées à préserver les intérêts de chacun des protagonistes pendant le cours de la négociation et l'issue de celle-ci.

« Il s'agit de tout contrat ou clause contractuelle qui a pour effet de créer une obligation de négocier un contrat futur par les partenaires à la négociation ou à la négociation d'un contrat déjà conclu en vue de sa modification ».<sup>565</sup>

---

<sup>563</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 516.

<sup>564</sup> - Ibid.

<sup>565</sup> - D.Allag-Zennaki, Contrats, op. cit., p. 74.

C'est un instrument de précaution qui peut comporter différentes clauses, comme une clause d'exclusivité par laquelle les partenaires s'interdisent d'ouvrir des négociations parallèles avec un concurrent pendant une certaine durée<sup>566</sup>. L'accord d'exclusivité peut aussi être formulé d'une manière positive en obligeant le partenaire à négocier le contrat uniquement avec l'autre partie<sup>567</sup>, cette obligation d'exclusivité peut plus simplement prendre la forme d'une clause insérée dans un contrat de négociation.

La stipulation d'exclusivité peut ne valoir que pour une durée brève à l'expiration du délai prévu, la négociation peut se poursuivre mais le partenaire a alors le droit d'engager des pourparlers avec d'autres cocontractants potentiels.<sup>568</sup>

Evidemment, le manquement à la clause d'exclusivité ne pourrait être sanctionné que par la responsabilité du négociateur infidèle, sans que cela remette en cause la validité du contrat conclu avec le concurrent.

Une autre obligation que les partenaires peuvent avoir intérêt à instaurer pendant leurs relations précontractuelles est l'obligation de confidentialité ou de non-divulgateur par laquelle chacun s'engage à ne pas dévoiler et a fortiori à ne pas exploiter des informations obtenues de l'autre dans le cadre de la négociation.<sup>569</sup>

« Les clauses de négociation sont surtout relatives à la négociation du prix quand son paiement est différé, tel le loyer payable à échéances périodiques ou à la vente lorsque le prix n'est pas payé comptant. Elles obligent les parties à négocier à nouveau le contrat, si en cours d'exécution des éléments essentiels à son équilibre sont modifiés ». <sup>570</sup>

Selon les situations, c'est aussi une clause relative à la charge du coût des études qui doivent être réalisées pour évaluer l'intérêt ou la fiabilité du contrat ou en déterminer certaines modalités qui peuvent être stipulées. « En principe ce coût doit être supporté par celui qui a commandé l'étude, mais les partenaires peuvent parfaitement convenir d'en partager la charge entre eux ; dans des propositions à définir, ou d'en faire supporter le poids définitif par celui d'entre eux qui est à l'origine de l'échec de la négociation, même s'il ne s'agit pas pour autant d'une rupture fautive »<sup>571</sup>. Il est néanmoins des décisions qui estiment qu'en cas d'échec du " projet commun" de conclure un contrat, les frais exposés incombent pour moitié aux deux

---

<sup>566</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 517.

<sup>567</sup> - B. Beignier, La conduite des négociations, RTD Com., 1998, p. 463.

<sup>568</sup> - L. Gareil- Sutter, Période précontractuelle, juriscasseur, commercial 01, contrat, distribution: fasc 20, 2005, n°51, p. 10.

<sup>569</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 53et54 ; Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op.cit., p. 518.

<sup>570</sup> - D. Allag-Zennaki, prec., p. 74.

<sup>571</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 518.

parties<sup>572</sup>. Les parties peuvent lever tout doute à ce sujet en convenant de la répartition des frais : partage entre elles dans des propositions variables, charge totale supporté par celui qui à commandé l'étude<sup>573</sup> ...etc.

Enfin des clauses peuvent être prévus dans l'hypothèse ou la négociation n'aboutirait pas à la conclusion du contrat. Il s'agit alors d'organiser les conséquences de la rupture de la relation précontractuelle qui ne s'est pas concrétisée par la formalisation du contrat envisagé. « On retrouve ici l'intérêt de la clause de confidentialité, peut être par ailleurs pertinente la stipulation d'une clause de non- sollicitation par laquelle l'entreprise qui ne bénéficiera pas de la prestation, qu'elle avait en vue en négociant le contrat s'interdit d'embaucher les salariés de l'autre, ce qu'elle pourrait être tentée de faire pour réaliser directement elle-même la prestation en cause ». <sup>574</sup> Ces clauses de négociation peuvent être tacites ou expresses. <sup>575</sup>

Une clause de négociation tacite peut exister l'orsque le contrat énonce: « les parties exécuteront le contrat de bonne foi », ce ci peut reveler une obligation de négocier lorsque des difficultés surviennent au cours de l'exécution du contrat. « L'article 107 alinéa 3 du code civil établit implicitement une clause de négociation tacite tout en limitant sa portée, ce qui s'explique aisément, en effet, il ya lieu de veiller à ne pas permettre à une partie de mauvaise foi de remettre en cause les clauses du contrat pour ne pas l'exécuter ». <sup>576</sup>

Lorsque la clause de négociation est expresse, il ya lieu de distinguer selon que cette clause porte sur un élément essentiel ou nom du contrat.

« Si la négociation porte sur un élément essentiel et qu'elle réussit, le contrat négocié sera exécuté conformément aux conditions nouvelles fixées dans l'avenant.

Si la négociation obligatoire échoue, l'élément sur lequel porte la clause de négociation ne sera pas modifié dans la mesure où ce qui est obligatoire ce n'est pas la modification mais seulement la négociation ». <sup>577</sup>

Les parties peuvent ainsi fixer librement les modalités de la résiliation du contrat en cas d'un éventuel échec de la négociation.

---

<sup>572</sup>- CA. Paris, 24 septembre 1991, RTD civ. 1992-754, obs. J.Mestre.

<sup>573</sup>- CA. Paris., 9 octobre 1995, D.1995, inf. rap., p. 267.

<sup>574</sup>- V.S. Benilsi, La clause de non- sollicitation, JCP. S. 2007, 1976, V. aussi Ph. Stoffel- Munck, La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non- concurrence, note sous CA. Lyon, 12 juillet 2005, Comm. Com. Electr., février 2006, p. 32, cité par J.Ghestin.

<sup>575</sup>- D.Zennaki, op. cit., p. 74.

<sup>576</sup>- Ibid.

<sup>577</sup>- D. Zennaki, op. cit., p. 75.

« Mais le cas le plus fréquent est celui où la clause de négociation porte sur un élément non essentiel. Elle se manifeste notamment sous la forme de clauses de perfectionnement dans les contrats de transfert de technologie, ou de clauses d'adaptation lorsque la relation contractuelle s'étend sur une longue durée, ou de clauses d'arrangement amiable qui obligent les parties, en cas de différend, à négocier avant de s'adresser au juge ». <sup>578</sup> Les parties peuvent eux même procéder à un arrangement amiable, comme, elles peuvent convenir de l'intervention d'un tiers médiateur (clause de médiation). « La clause de négociation peut également se manifester sous forme d'une clause d'avenir, comme la clause de reprise de contrat qui prévoit, qu'avant l'expiration des obligations principales du contrat, les parties se rencontrent ou pour négocier sa reconduction ou pour négocier un autre contrat ». <sup>579</sup>

## **2- Les accords relatifs au contenu de la négociation:**

Outre l'environnement matériel et juridique de la négociation, les intéressés peuvent conclure des accords relativement au contenu de celle-ci.

Par l'hypothèse, « il ne peut s'agir que d'accords fixant à son commencement des grandes lignes de la négociation à conduire ou d'accords intermédiaires sorte d'accords d'étape, avant la formation du contrat que les parties ont en vue » <sup>580</sup>. La doctrine et la jurisprudence ont qualifié deux instruments juridiques engendrant des obligations contractuelles implicites de négocier de bonne foi <sup>581</sup>: les accords de principes (a) et les accords partiels (b).

### **a) Les accords de principe:**

#### **-Définition:**

Pour la Cour de Cassation, l'accord de principe peut se définir: « comme un contrat préliminaire par lequel les parties s'obligent à engager ou poursuivre de bonne foi la négociation des conditions d'un contrat futur » <sup>582</sup>.

Une célèbre définition de l'accord de principe a été donnée par M.Ghestin qui le considère comme : « l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en

---

<sup>578</sup> - Ibid.

<sup>579</sup> - Ibidem.

<sup>580</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 519.

<sup>581</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 184.

<sup>582</sup> - Cass. Civ, 3<sup>e</sup>, 7 octobre 1997, D. n°96-10380.

cours, afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminée que de façon partielle ou, et en tout cas insuffisant pour que le contrat soit formé ».<sup>583</sup>

Il en ressort que l'intérêt de l'accord de principe est, soit de commencer, soit de poursuivre la négociation d'un contrat dont les éléments essentiels ou du moins certaines d'entre eux, restent à déterminer.

L'accord de principe fait donc naître une obligation de négocier, laquelle comprend d'une part l'engagement et la poursuite des négociations et d'autre part leur conduite de bonne foi.

« Il s'agit d'engager des discussions en formulant des propositions et ensuite de poursuivre les pourparlers pendant le temps nécessaire à cet effet ».<sup>584</sup>

« Il ya lieu également pour les partenaires de négocier de bonne foi conformément à l'article 107 alinéa 1 du code civil qui oblige à exécuter le contrat de bonne foi, c'est à dire de mener à bien les négociations en formulant des propositions sérieuses dans le but de trouver un accord, sauf à invoquer des motifs sérieux pour ne pas poursuivre les pourparlers ».<sup>585</sup>

Parfois la situation résultant d'un accord de principe, se distingue difficilement de simples pourparlers en cours. La Cour de Cassation française ne fait pas toujours clairement la différence selon que la rupture des pourparlers a été précédée ou non d'un accord de principe, se bornant à relever qu'il n'ya pas de faute dans cette rupture alors qu'un certain accord a été cependant conclu<sup>586</sup>. Toute fois, un accord même imprécis peut constituer un accord de principe<sup>587</sup>. C'est d'ailleurs souvent parce que les conditions de l'acte ne sont pas déterminées de façon suffisamment précise que celui-ci n'est qu'un simple accord de principe.<sup>588</sup>

« Si les parties ne peuvent pas parvenir à la conclusion du contrat définitif, l'une d'elles peut rompre les négociations sans avoir à être condamnée à réparation lorsque l'obligation de négocier de bonne foi a été respectée ».<sup>589</sup>

Par contre le refus de négocier ou la rupture de mauvaise foi des négociations constitue une violation contractuelle engageant la responsabilité de leur auteur.<sup>590</sup>

---

<sup>583</sup> - J. Ghestin, *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, n° 344, p. 316.

<sup>584</sup> - D. Zennaki, *op. cit.*, p. 76.

<sup>585</sup> - *Ibid.*

<sup>586</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, *op. cit.*, p. 521.

<sup>587</sup> - *Ibid.*

<sup>588</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, *op. cit.*, p. 521.

<sup>589</sup> - D. Zennaki, *op. cit.*, p. 76.

<sup>590</sup> - *Ibid.*



### **- Les utilités de l'accord de principe:**

La première utilité de l'accord de principe est « de faire naître une obligation contractuelle de négocier, qui doit s'exécutée de bonne foi »<sup>591</sup>, plus précisément, l'accord de principe fait naître deux obligations contractuelles: « une obligation d'engager la négociation sur l'objet de l'accord qui est une obligation de résultat, et une obligation de mener cette négociation loyalement qui est une obligation de moyen »<sup>592</sup>.

- La seconde utilité de l'accord de principe, lorsqu'il ponctue une négociation en cours, est « de permettre aux protagonistes de faire le point sur les acquis de la négociation, les éléments d'entente, pour n'avoir plus à y revenir et poursuivre sur ces bases la discussion »<sup>593</sup>, en fixant les éléments de leur accord, les intéressés s'obligent alors à continuer loyalement de négocier en vue de parvenir à la conclusion du contrat projeté.

Cela ne veut pas dire qu'ils devront aboutir à la conclusion du contrat; « ils s'engagent simplement à ne pas remettre en cause certains acquis de la discussion et à faire de leur mieux pour la mener à bien ».<sup>594</sup>

### **b) Les accords partiels:**

#### **Définition:**

L'accord partiel est un contrat qui fixe les ententes sur les points négociés, sur les éléments considérés comme acquis sans qu'ils recouvrent la totalité des éléments qui devront constituer le contrat définitif.<sup>595</sup>

« La négociation d'un contrat peut nécessiter de nombreux accords partiels, des fragments de contrat couvrant certains éléments des contrats soumis à négociation. Au delà d'un contrat

---

<sup>591</sup> - Cass. Com. 2 juillet 2002, RTD civ. p. 76, obs. J.Mestre et B. Fages.

<sup>592</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op, cit, p. 522.

<sup>593</sup> - Ibid.

<sup>594</sup> - Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op, cit, p. 523.

<sup>595</sup> - B. Deconinck, " Le Droit commun de la rupture des négociations précontractuelle, in le processus de formation du contrat, sous la direction de M. Fontaine, LGDJ, 2002, p. 17, cité par R. Monzer, p. 187.

déterminé, l'accord partiel peut également porter sur une opération nécessitant un ensemble contractuel plus étendu ». <sup>596</sup>

Ces accords peuvent être discutés entre les mêmes parties ou entre des parties différentes.

« Ces contrats se rencontrent lors des négociations d'un projet d'accords complexes négocié fragment par fragment ». <sup>597</sup>

La négociation se fait par thèmes envisagés séparément les uns des autres, qui peuvent être confiés à différents groupes de négociateurs.

« Quand l'existence de chaque fragment est subordonnée à l'existence des autres, il ne s'agit pas de contrats partiels mais de parties de contrat. Il en va ainsi quand les parties dissocient la préparation des différents éléments de leur contrat, chaque fragment ne peut constituer à lui seul un contrat, il lui faut tous les autres fragments pour valoir contrat ». <sup>598</sup>

La force obligatoire de l'accord partiel dépend de la volonté des parties. Même si l'accord partiel porte sur les éléments objectivement essentiels du contrat, tels que la chose et le prix dans la vente par exemple, peut être insuffisant si les parties ont entendu subordonner la formation du contrat définitif à une condition que l'une d'elles tenait pour essentielle. <sup>599</sup>

#### **- La valeur juridique de l'accord partiel:**

Si l'accord partiel détermine tous les éléments du contrat définitif, et seuls des éléments accessoires restent en discussion, « ce contrat définitif sera réputé conclu en l'absence d'une volonté contraire des parties ». <sup>600</sup>

Il faut donc, ne pas tenir compte de la différence qui peut exister entre la phase précontractuelle et la phase contractuelle.

Il est, en effet, possible que l'accord, qui apparaît partiel au premier abord, s'avère suffisant pour la conclusion du contrat définitif négocié. <sup>601</sup>

Dans ce sens M.Mazeaud a souligné que « la frontière entre le contrat de négociation et le contrat négocié est encore plus difficile à tracer lorsque les négociations ont conclu un accord

---

<sup>596</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 85.

<sup>597</sup> - Ibid.

<sup>598</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 85.

<sup>599</sup> - J. Ghestin, La formation du contrat, op.cit., p. 318.

<sup>600</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 187.

<sup>601</sup> - A. Laude, "Le constat judiciaire des pourparlers", RTD com., 1998, p. 553.

partiel dans lequel certains éléments du contrat futur sont déjà déterminés, mais qui demeurent à négocier en ce qui concerne d'autres éléments de ce contrat ».<sup>602</sup>

Lorsque les relations entre un accord partiel et le contrat définitif qu'il prépare n'ont pas été envisagés par les parties; leur détermination pose des problèmes différents selon que l'accord partiel est un fragment d'un contrat unique, ou d'un ensemble plus vaste.<sup>603</sup>

L'accord partiel fragment d'un contrat définitif unique vaut conclusion de celui-ci, s'il porte sur tous les éléments pouvant être qualifiés d'essentiels. Pareil accord est nécessaire et suffisant à la perfection du contrat : peu importe que les points accessoires demeurent encore en discussion.

Cette solution est induite de l'article 65 du code civil qui dispose : « lorsque les parties ont exprimé leur accord sur tous les points essentiels du contrat et ont réservé de s'entendre par la suite sur des points de détails, sans stipuler que faute d'un tel accord, le contrat serait sans effet, ce contrat est réputé conclu, ..... » . Aux éléments essentiels en fonction de la nature du contrat, peuvent s'ajouter des éléments que les parties ont volontairement qualifiés d'essentiels.<sup>604</sup>

« Lorsque la réalisation d'une opération commerciale nécessite plusieurs contrats différents, chacun d'eux peut être considéré comme un accord partiel au regard de l'ensemble contractuel. Or, la conclusion de l'un des contrats de l'ensemble ne peut jamais valoir conclusion des autres ».<sup>605</sup>

Le seul problème est de savoir si un accord partiel peut produire ses effets spécifiques immédiatement, ou si son efficacité est subordonnée à la conclusion des autres contrats de l'ensemble. Lorsque la loi n'établit pas de relations spécifiques entre deux contrats<sup>606</sup>, il convient de rechercher sur ce point, la volonté des parties.<sup>607</sup>

---

<sup>602</sup>- D. Mazeaud, La genèse des contrats: un régime de liberté surveillée, Droit et Patrimoine, juillet-Aout 1996, p. 44 et s.

<sup>603</sup>- J. Schmid-Szalewski, " La période précontractuelle en droit français", R.I.D.C n°2, 1999, p. 562.

<sup>604</sup>- Cass. Civ., 3<sup>ème</sup>, 14 janvier 1987, JCP. 1987, IV. 96, à propos de l'obligation d'entretien technique, considérée comme essentielle dans une vente d'ordinateur.

<sup>605</sup>- J. Schmid-Szalewski, op. cit., p. 562.

<sup>606</sup>- Selon la loi française du 13 juillet 1979 sur la protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier: « l'efficacité du prêt est subordonnée à la conclusion de la vente, à l'inverse, les ventes d'immeubles à crédit sont conclues sous la condition suspensive d'obtenir le prêt qui en assure le financement ».

<sup>607</sup>- J. Schmid-Szalewski, préc.

## **Section 02: les effets de l'offre et de la négociation.**

Notre étude tend à préciser en premier lieu, les effets produits par l'offre de contracter (paragraphe1) et en deuxième lieu de chercher les effets propres à la négociation (paragraphe2).

### **Paragraphe 01: les effets de l'offre.**

L'effet principale de l'offre est de permettre la formation du contrat par l'acceptation de son destinataire, l'auteur de l'offre confère à son destinataire le pouvoir de faire naître le contrat.

« Dans la mesure où l'acceptation de l'offre entraîne la conclusion du contrat le pollicitant perd à ce moment toute possibilité de rétracter son offre ».<sup>608</sup>

Lorsque l'offre n'est pas immédiatement suivie d'acceptation, doit elle être maintenue par le pollicitant ou peut-il la révoquer ? Et en dehors même d'une révocation, l'offre est-elle exposée à certaines causes de caducité qui en rendraient impossible l'acceptation ultérieure ? Il s'agit des effets juridiques de l'offre.

#### **A/ La révocation de l'offre :**

Le principe de la libre révocation de l'offre trouve son fondement dans la liberté contractuelle, et le rejet de la formation forcée du contrat contrairement à la volonté du pollicitant.

« Même si la nature juridique de l'offre est une question très délicate en droit français et suscite un débat doctrinal qui n'a jamais été définitivement tranché, il est pourtant unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence que le principe est la liberté de révocation de l'offre ».<sup>609</sup>

Ainsi, une proposition de conclure un contrat n'est pas un engagement contractuel, l'engagement contractuel n'existera que lorsque l'offre aura été acceptée.<sup>610</sup>

La conséquence en est que tant que l'offre n'est pas acceptée, elle est susceptible d'être révoquée par celui qui l'a faite.

---

<sup>608</sup>- D. Allg-Zennaki, contrats, op. cit., p. 153.

<sup>609</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 296.

<sup>610</sup>- Ch. Larroumet, op. cit., p. 211.

Même lorsque le destinataire a eu reconnaissance de l'offre, la jurisprudence française décide qu'en principe le pollicitant n'est pas lié et peut se retracter jusqu'à ce qu'une acceptation soit intervenue. Mais elle apporte des tempéraments à cette règle, elle semble admettre tout d'abord que si l'offre a été faite avec un délai d'acceptation, elle ne peut pas être retirée pendant ce délai.<sup>611</sup>

Soucieux de protéger les intérêts du destinataire, le droit positif fait en réalité de l'obligation du maintien de l'offre le principe, reconnaissant ainsi une force obligatoire à celle-ci. Il en résulte que la révocation intempestive de l'offre peut être sanctionnée, et le droit admet que la rétractation engage la responsabilité de son auteur.

### **1- L'obligation de maintien de l'offre :**

Tout en tenant compte du droit musulman dans le domaine du maintien de l'offre, la législation algérienne distingue deux catégories d'offres : l'offre faite dans le cadre d'une séance contractuelle et l'offre assortie d'un délai pour son acceptation.

#### **a) L'offre faite en séance contractuelle :**

« Le concept de séance contractuelle vient du droit musulman »<sup>612</sup>, il s'agit de tout le temps que dure la rencontre des deux contractants aux fins de la conclusion du contrat.<sup>613</sup>

« Il s'agit de rapprocher le plus possible, dans le temps et dans l'espace, l'acceptation de l'offre afin de s'assurer qu'il n'y ait pas de changement dans les volontés de contracter entre le moment où les contractants expriment leur volonté et celui où le contrat se forme ; l'acceptation de l'offre devant intervenir au même moment et au même lieu où l'offre a été émise ». <sup>614</sup>

« Quand une offre est faite en séance contractuelle, c'est-à-dire lors de la négociation en vue la conclusion du contrat, elle doit être immédiatement acceptée sur le champ »<sup>615</sup>, ce principe est énoncé par l'article 64 du code civil dans son alinéa 1 qui applique la même règle au

---

<sup>611</sup>- F. Chabas, op. cit., p. 126.

<sup>612</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 153.

<sup>613</sup>- Ibid.

<sup>614</sup>- Ibidem, p. 154.

<sup>615</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 154.

contrat conclu par téléphone ou de tout autre moyen similaire. L'efficacité juridique de cette institution est limitée au temps nécessaire à son acceptation.

« L'article 64 du code civil dans son alinéa 2 apporte un tempérament au principe de la séance contractuelle lorsque l'offre n'est pas retractée avant la fin de la séance contractuelle. ceci se justifie aussi bien par la nécessité de laisser au destinataire de l'offre le temps nécessaire à la réflexion que par la prise en compte de la volonté de l'offrant de maintenir son offre pendant le temps nécessaire à cette réflexion »<sup>616</sup>, il s'agit du maintien implicite de l'offre pendant la séance contractuelle qui obéit à deux conditions : « il faut d'une part que la séance contractuelle n'ait pas pris fin et d'autre part que l'offrant n'ait pas rétracté son offre avant l'acceptation »<sup>617</sup>.

En droit français, l'application rigoureuse du principe de la libre révocation de l'offre est apparue pratiquement nuisible pour la sécurité des transactions<sup>618</sup>. En effets, la solution évoquée lors de la révocation de l'offre doit s'efforcer de concilier les intérêts légitimes de l'offrant et du destinataire de l'offre<sup>619</sup>. Si en principe l'offrant doit avoir une liberté semblable à celle du destinataire de l'offre pour ne pas faire prévaloir une partie sur une autre, ce dernier doit pouvoir compter sur un maintien de cette offre pendant un temps nécessaire à l'étude et à la réflexion.<sup>620</sup>

La jurisprudence française s'est donc sentie contrainte à apporter certains tempéraments à la théorie de la libre révocation de l'offre afin de préserver la sécurité et la confiance légitime des parties. L'offre définie comme une « proposition ferme de conclure un contrat déterminé à des conditions également déterminées »<sup>621</sup>, constitue une phase avancée de la négociation et permet au destinataire de croire légitimement à la conclusion du contrat.

Ainsi, une révocation prématurée de cette offre peut décevoir les attentes de destinataire et sa confiance quant à son pouvoir de conclure le contrat par sa propre acceptation<sup>622</sup>. Pour préserver cette confiance du destinataire, la jurisprudence française, a octroyé au destinataire

---

<sup>616</sup> - Ibid.

<sup>617</sup> - D. Allag-Zennaki, *contrats*, op. cit. p. 154.

<sup>618</sup> - J. L. Aubert, E.Savaux, *Les obligations - L'acte juridique*, 10<sup>ème</sup> éd. Delta, 2002, p. 95.

<sup>619</sup> - R. Monzer, op, cit, p. 300.

<sup>620</sup> - A. Benabent, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2005, p. 46.

<sup>621</sup> - J. Flour et J. L. Aubert, *Les obligations - L'acte juridique*, 11<sup>e</sup>, éd. Colin, 2004, p. 132.

<sup>622</sup> - R. Monzer, préc.

de l'offre un délai raisonnable afin d'étudier la proposition reçue, un délai qui peut être fixé explicitement par l'offrant ou déduit implicitement des circonstances de la négociation.<sup>623</sup>

#### **b) L'offre assortie d'un délai d'acceptation :**

« En droit musulman, la déclaration de l'offre ne lie pas, à elle seul, l'offrant ». <sup>624</sup>

En droit positif, lorsqu'un délai est fixé pour l'acceptation, que ce délai soit accordé par le pollicitant<sup>625</sup> ou qu'il résulte implicitement des circonstances ou de la nature de l'affaire<sup>626</sup>, l'auteur de l'offre est lié jusqu'à l'expiration de ce délai.

L'article 63 du code civil, dans son alinéa 2 laisse un large pouvoir d'appréciation au juge en matière d'octroi du délai au bénéficiaire de l'offre en fonction des circonstances ou de la nature de l'affaire. « Cette obligation au maintien de l'offre est une obligation légale ». <sup>627</sup>

On peut justifier cette obligation par le principe de l'engagement unilatéral de volonté.

Lorsque l'auteur de l'offre a fixé un délai pour son acceptation, on considère qu'il s'est ainsi engagé, de façon unilatérale, à la maintenir durant toute cette période.

C'est dans ce sens que se range le législateur Algérien quand il dispose dans l'alinéa 1 de l'article 63 du code civil : « lorsqu'un délai est fixé pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est lié jusqu'à l'expiration de ce délai ».

« Concernant le fondement de cette obligation de maintien de l'offre assortie d'un délai pour son acceptation, différentes théories ont été avancées, dont la plus répandue est celle de l'engagement unilatéral de volonté, théorie consacrée depuis 2005 par l'article 123 bis du code civil ». <sup>628</sup>

Une partie de la doctrine se veut aujourd'hui plus réaliste en défendant l'idée que l'offre constitue en soi un acte juridique unilatérale et se présente plus précisément, lorsque 'elle est assortie d'un délai, comme un engagement unilatéral de volonté<sup>629</sup>. En donnant effet à l'engagement unilatéral souscrit de maintenir l'offre, il s'agit tout à la fois d'assurer le respect des attentes légitimes que la stipulation d'un délai pour le maintien de l'offre a pu faire naître

---

<sup>623</sup> - Cass. 17 decembre 1958, RTD civ. 1959, p. 336, cité par R. Monzer, p. 300.

<sup>624</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op, cit, p. 155.

<sup>625</sup> - Art.63, al.1, c. civ.

<sup>626</sup> - Art. 63, al. 2, c. civ.

<sup>627</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op, cit, p. 155.

<sup>628</sup> - D. Allag-Zennaki, op, cit, p. 156.

<sup>629</sup> - Worms, De la volonté unilatérale comme source d'obligation, Th., Paris, 1981, p. 175.

chez son destinataire, et d'éviter une instabilité du processus de formation du contrat, ce qui participe à la sécurité des transactions.<sup>630</sup>

M. Jean Luc Aubert soutient que l'offre effectuée à une ou à plusieurs personnes déterminées avec un délai pour son acceptation, constitue un acte juridique et plus précisément un engagement unilatéral, et par là l'offrant s'oblige directement à maintenir sa proposition pendant tout le temps qu'il a fixé, si donc il la révoque et qu'une acceptation intervenue ultérieurement, mais alors que le délai n'est pas encore expiré, le contrat se forme malgré cette volonté de révocation juridiquement inefficace.<sup>631</sup>

L'article 63 du code civil va dans le même sens quand il énonce : « lorsqu'un délai est fixé pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est lié par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai ». « Pourtant le recours à la théorie de l'engagement unilatéral de la volonté est dangereux dans cette hypothèse et ceci aussi bien pour le débiteur qui peut s'engager à la légère, d'où un risque d'insécurité dans le commerce juridique que pour les tiers qui doivent distinguer une déclaration unilatérale irrévocable valant engagement, d'une déclaration qui dans l'esprit de son auteur est révocable et ne vaut aucun engagement de sa part, d'où l'exposition à des difficultés de preuves inextricables »<sup>632</sup>, c'est pourquoi il faut s'en servir avec beaucoup de précaution, comme le fait d'ailleurs le législateur algérien dans l'article 62 du code civil, « surtout que le résultat obtenu par le biais de cette théorie peut être obtenu par des mécanismes moins dangereux comme la responsabilité civile ou les mécanismes contractuels ».<sup>633</sup>

D'autres théories ont été avancées pour fonder l'offre assortie d'un délai pour son acceptation dont celle de l'avant contrat, selon lequel il y aurait un avant contrat tacite indépendant du contrat principal obligeant l'offrant au maintien de son offre pendant le délai stipulé.

Le bénéficiaire de l'offre, sans avoir encore accepté l'offre principale aurait quand même tacitement accepté le maintien de l'offre pendant le délai indiqué par l'offrant.

La théorie de l'avant contrat est l'explication classique proposée notamment par Demolombe<sup>634</sup>, cet auteur préconisait de justifier le maintien de l'offre par l'existence d'un avant contrat, selon lui, lorsque un délai a été fixé par l'auteur de l'offre, il faudrait considérer qu'un avant contrat

---

<sup>630</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, et Y. Serinet, op. cit., p. 626.

<sup>631</sup> - J. L. Aubert, E. Savaux, op. cit., p. 97.

<sup>632</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 156.

<sup>633</sup> - Ibid.

<sup>634</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op. cit, p. 109, Demolombe XXIV, n°64 et s, Traité des contrats, t.1 n°65, Demogue, contrats provisoires, études H. Capitant, p. 159.



s'est former par l'acceptation tacite du destinataire dans l'intérêt duquel le délai a été stipulé<sup>635</sup>. Et, même lorsqu'aucun délai n'a été stipulé dans l'offre, Demolombe estimait qu'il fallait quand même admettre qu'il avait été tacitement proposé pour laisser au destinataire le temps de la réflexion, l'offre tacite de délai étant alors à son tour tacitement acceptée.<sup>636</sup>

Il a été reproché à cette théorie son caractère artificiel. De fait, si le silence du destinataire de l'offre peut valoir acceptation de celle-ci, lorsqu'elle est faite à l'avantage exclusif de celui-ci, encore faut-il que le contrat qui en résulte ne soit pas une fiction.<sup>637</sup>

« Il ya également le fondement de la responsabilité civile qui permet de sanctionner l'offrant qui retire son offre avant le délai proposé, soit parce qu'il commet une faute, soit parce qu'il a créé une apparence dommageable par son offre indiquant un délai, et qui est retirée sans respecter ce délai ». <sup>638</sup>

« Mais ce fondement fut également critiqué au motif que le retrait de l'offre avant l'expiration du délai indiqué, constitue une faute, c'est parcequ'il existait déjà une obligation pesant sur l'offrant de la maintenir, ce qui ne résout pas le problème du fondement de cette obligation au maintien de l'offre ». <sup>639</sup>

En tout cas, si l'offre, assortie d'un délai pour son acceptation, devait être qualifiée d'engagement unilatéral, elle ne pourrait pas être retirée par son auteur sans tenir compte de sa réception par son destinataire.

« Donc, seul l'engagement unilatérale permet de justifier qu'il y'ait une obligation de maintien de l'offre pendant la durée du délai convenu » <sup>640</sup>.

## **2- Les tempéraments à la libre revocation de l'offre :**

Dans le domaine de la protection de la partie faible au contrat, c'est la loi qui pose l'exigence d'un maintien de l'offre pendant un délai qu'elle détermine et ceci dans le but de protéger le destinataire de l'offre qualifié de consommateur.

---

<sup>635</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Serinet, op. cit., p. 625.

<sup>636</sup> - Ibid.

<sup>637</sup> - F. Terre, Ph.Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 126.

<sup>638</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit, p. 157.

<sup>639</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 157.

<sup>640</sup> - Ibid.

L'obligation pour le professionnel de maintenir l'offre pendant un délai déterminé, est destinée à éviter la précipitation du consommateur.<sup>641</sup>

« Le législateur freine le processus contractuel de façon à perturber l'éventuelle séduction de l'instant qui se transforme parfois en d'insoutenables migraines ». <sup>642</sup>

Dans le but d'offrir une protection optimale aux consommateurs, les lois contemporaines ont imposé d'autres conditions que celle du maintien de l'offre, au quelles doit répondre la proposition du professionnel pour constituer une offre de consommation<sup>643</sup>, telles que, toutes les informations concernant le bien ou le service proposé et aussi le temps nécessaire pour que le consommateur examine la proposition et y répondre.

« Ainsi, en matière de crédit à la consommation, le législateur français combine une obligation d'information complète et objective à la charge de l'organisme de crédit-tenant le rôle de pollicitant quelles que soient les circonstances- avec une obligation de maintenir l'offre quinze jours au moins à compter de son émission ». <sup>644</sup>

Dans le même esprit, en matière de crédit immobilier en droit français, l'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions indiquées pendant une durée minimale de trente (30) jours à compter de sa réception par l'emprunteur.<sup>645</sup>

Mais l'obligation de maintien de l'offre ne concerne pas seulement le crédit, ainsi, en matière de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, la loi n°98-566 du 8 juillet 1998 combine -information et temporisation-, l'article L -121-63 du code de la consommation français oblige le professionnel à maintenir l'offre pendant un délai de sept (07) jours à compter de la réception de celle-ci par le consommateur.

L'obligation de maintien de l'offre étant souvent insuffisante à ralentir le processus de formation du contrat, le législateur a voulu agir sur la date d'acceptation qui ne pourra pas intervenir avant un délai déterminé. Le temps de la réflexion est ainsi aménagé pour le plus grand bien du consommateur, ce délai de réflexion peut s'ajouter à l'obligation de maintien de l'offre.

Ainsi par exemple en droit français en matière de crédit immobilier, l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après l'avoir reçue.<sup>646</sup>

---

<sup>641</sup> - Y.Picod et H, Davo, Droit de la consommation, éd., Dalloz, 2005, n° 199, p. 116.

<sup>642</sup> - Ibid.

<sup>643</sup> - R. Chendeb, op. cit., p. 116.

<sup>644</sup> - Y. Picod et H, Davo, op. cit., p 116.

<sup>645</sup> - Art. L312-10, al. 1, C. Consom. fr.

<sup>646</sup> - Art. L 312-10, al. 10, C. Consom.fr.

Le délai de réflexion pourrait être rallongé par la volatilité du pollicitant, mais jamais raccourcis.<sup>647</sup>

« Parfois, ce délai de réflexion incompressible a été considéré comme suffisant à assurer la protection du consommateur. Le législateur français l'a consacré pour la première fois dans la loi n°71-566 du 12 juillet 1971, modifiée, relative au contrat d'enseignement par correspondance. L'élève ne pourra signer le contrat qu'au terme d'un délai de sept jours à compter de la réception, Selon l'article L.444-8 du code de l'éducation, afin de pouvoir apprécier l'utilité et les conditions de l'enseignement proposé par l'établissement privé ».<sup>648</sup>

Il a été suggéré qu'une disposition générale du code de la consommation français énonce que le non- respect des délais de réflexion soit sanctionné, d'une façon générale, par la nullité du contrat.<sup>649</sup>

## **B/ La caducité de l'offre:**

L'offre devient caduque à l'expiration du délai prévu si aucune acceptation n'est formulée.

« De même en cas de refus dans le délai imparti, l'offre devient aussi caduque même si le destinataire revient sur son refus avant l'expiration du délai convenu ».<sup>650</sup>

Au regard de l'expiration du temps, la jurisprudence paraît faire une distinction. Lorsque l'offrant n'a pas stipulé de délai, l'offre subsiste tant qu'elle n'est pas révoquée<sup>651</sup>, aussi tardive soit-elle, une acceptation déclenchera donc la formation du contrat. Lorsque l'offrant a fixé un délai, sa proposition est caduque à l'expiration de ce laps de temps.<sup>652</sup> En conséquence, une acceptation ultérieure demeura sans effet.

Cette distinction, qui serait impossible à justifier si toutes les offres avaient la même nature, s'accorde bien avec la conception dualiste de cette notion qui a été ci-dessus présentée.

« Il semble toute fois que la jurisprudence y apporte un assouplissement destiné à empêcher que l'offrant reste trop longtemps exposé à l'acceptation- surprise d'une offre qu'il a omis de révoquer »<sup>653</sup>: des arrêts ont admis qu'une offre non assortie de délai pouvait néanmoins

---

<sup>647</sup>- Civ. 1<sup>re</sup> 9 déc. 1997, Contrats, Conc. Consom.1998, comm. n° 53, obs. G.Raymond.

<sup>648</sup>-Y. Picod et H, Davo, op, cit, p. 118.

<sup>649</sup>- D. Mezeaud, faut- il recodifier le Droit de la consommation? Economica, 2002 sous la direction de D. Fenouillet et F. Labarthe, p. 87 et s.

<sup>650</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 158.

<sup>651</sup>- Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>re</sup> juin 1953, Bull. Civ., I. n° 175, Civ., 1<sup>re</sup> 15 octobre 1958, Bull. civ. I. n° 435.

<sup>652</sup>- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 février 1962, Bull. Civ., I. n°80, Civ., 3<sup>e</sup>, 10 mai 1972, Bull. civ. III. n° 297.

<sup>653</sup>- J. L. Aubert, E. Savaux, op. cit., p. 98.

compter un délai raisonnable d'acceptation interdisant une acceptation exagérément tardive<sup>654</sup>. La solution qui peut être rapproché de celle que consacre la convention des nations unies du 19 juin 1980 et qui prive d'efficacité l'acceptation qui ne parvient pas à l'auteur de l'offre « dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances de la transaction et de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre », mérite d'être approuvée dans tous les cas où, par sa formulation ou par les circonstances dans lesquelles elle est exprimée, l'offre apparaît entachée d'une précarité de principe.<sup>655</sup>

#### **- Incidence du décès ou de l'incapacité de l'offrant:**

« Il est peu discutable que l'offre devient caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue du délai raisonnable laissé à son destinataire pour l'accepter »<sup>656</sup>, s'agissant d'une personne physique, le sort de l'offre est en revanche moins évident en cas de décès de son auteur ou de survenue d'une situation d'incapacité, lorsque l'offrant est une personne morale, la question se pose dans les mêmes termes en cas d'opération de fusion ou de scission.<sup>657</sup>

« Le décès de l'offrant doit avoir un effet différent selon que l'offre a été faite avec ou sans stipulation de délai »<sup>658</sup>. Dans le premier cas, l'offre, soutenue par l'obligation de maintien souscrite par son auteur conserve sa validité et passe aux héritiers de l'offrant<sup>659</sup>, dans le second cas au contraire, elle se trouve frappée de caducité.

En effet, une telle offre- qui peut toujours être révoquée- demeure directement liée à la volonté de son auteur et doit donc disparaître en même temps que celui-ci<sup>660</sup>. Cette issue, qui était admise traditionnellement par la jurisprudence française<sup>661</sup> et aussi par la doctrine<sup>662</sup>, a été remise en cause par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de Cassation du 9 novembre 1983 selon lequel : « une offre de contracter n'est pas frappée de caducité du seul

---

<sup>654</sup>- Civ. 3e, 21 oct. 1975, Bull. Civ. III. n° 302, défrenois, 1976, art. 31069, n°2, obs. Aubert, civ. 3<sup>e</sup>, 20 mai 1992, Bull. civ. III. n°164, D. 1992, somm. 397, obs. Aubert, Civ. 3<sup>e</sup>, 27 nov. 1990, Bull. civ. III. n°255.

<sup>655</sup>- J. L. Aubert, E. Savaux, op. cit., p. 98.

<sup>656</sup>- J.Ghestin, G. Loiseau, et Y. Serinet, op. cit., p. 632.

<sup>657</sup>- Ibid.

<sup>658</sup>- J. L. Aubert, E. Savaux, préc.

<sup>659</sup>- Civ. 3e, 10 Dec. 1997, Bull. Civ. n°223, défrenois, art. 36753, n°20, obs. D. Mazeaud.

<sup>660</sup>- J. L. Aubert, E. Savaux, op. cit., p. 99.

<sup>661</sup>- Soc. 14 avril 1961, D. 1961-535, JCP. 1961, II. 12260, RTD Civ. 1962, p. 349, obs. Cornu.

<sup>662</sup>- Ch. Larroumet, op. cit, p. 214.

fait du décès de l'offrant »<sup>663</sup>. Cette nouvelle solution ne s'inscrivait dans aucune des théories de l'offre<sup>664</sup>. « Elle était d'autant plus regrettable qu'elle méconnaissait la sécurité juridique : si les héritiers se trouvent, sans doute, investis du droit de révoquer l'offre- comme l'était leur auteur- cette prérogative risque fort, en raison des circonstances, d'être plus théorique que pratique ». <sup>665</sup>

Un nouvel arrêt, de la même chambre, du 10 mai 1989, est très opportunément revenu à la solution antérieure : « l'offre devient caduque par le décès de son auteur ». <sup>666</sup>

Un autre cas de caducité apparaît comme l'homologue de la règle du délai raisonnable à respecter avant de révoquer l'offre<sup>667</sup> : selon la Cour de Cassation, « lorsque 'une offre implique en l'espèce une réponse à bref délai, elle est caduque si elle n'est pas acceptée dans un délai raisonnable ». <sup>668</sup>

Cet arrêt devrait nous conduire à forcié à considérer que l'offre avec délai exprès caduque à l'expiration de celui-ci.

#### **- Responsabilité du pollicitant :**

La théorie de la responsabilité civile peut- elle se justifier en cas de décès ou d'incapacité du pollicitant avant l'acceptation de l'offre ?

La réponse est non, car il n'y a ni abus ni faute à devenir incapable ou à décéder. La théorie de l'engagement unilatéral de volonté, considère que l'offre a une existence autonome et qu'elle subsiste malgré l'anéantissement de volonté de son auteur<sup>669</sup>, cette théorie peut justifier la solution retenue par l'article 62 du code civil. « L'offre apparaît ici comme détachée de la personnalité du pollicitant ». <sup>670</sup>

Mais s'agit-il réellement d'un engagement unilatéral de volonté créateur d'obligation à la charge de son auteur ou d'une simple déclaration de volonté à laquelle la loi confère une valeur juridique. <sup>671</sup>

---

<sup>663</sup>- Civ. 3<sup>e</sup>, 9 novembre 1983, Bull. civ. 1983, III. n°222, RTD civ. 1985, p. 154, obs. Mestre.

<sup>664</sup>- J. L. Aubert, E. Savaux, préc.

<sup>665</sup>- Ibid.

<sup>666</sup>- Civ 3<sup>e</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ. III. n°109, somm. 37, obs. Martine.

<sup>667</sup>- F. Chabas, op. cit., p. 128.

<sup>668</sup>- Civ. 3<sup>e</sup>, 03 mai 1992, D. 1993, 493, note Virassamy, RTD civ.1993.435, obs. Mestre.

<sup>669</sup>- F. Terré, Ph.Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 127.

<sup>670</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op., cit, p.159.

<sup>671</sup>- Ibid.

« Ici l'irrévocabilité de l'offre ne résulte pas de la volonté de l'offrant mais de la loi »<sup>672</sup>,  
« pourtant cette loi figurant dans l'article 62 du code civil est critiquable dans la mesure où il ne fait pas la distinction entre les offres de contrat conclu intuitus personae ou non ».<sup>673</sup>

En effet, il est évident que les offres de contrat conclu intuitus personae ne peuvent pas subsister après décès ou survenance d'une incapacité de leur auteur, même lorsqu'elles sont assorties d'un délai pour leur acceptation.

## **Paragraphe 02: les effets de la négociation.**

La négociation peut relever de différentes qualifications et valoir simple proposition ou véritable offre<sup>674</sup>. Des effets différents s'attachent, alors à cette initiative, si les pourparlers aboutissent à leur fin, il s'agit donc d'une véritable offre, permettant à la conclusion du contrat projeté, mais se peut que l'issue des négociations soient négative et que les pourparlers échouent, dans ce cas la rupture des négociations est exprimé par le principe de liberté de ne pas contracter.

### **A/ L'aboutissement des pourparlers:**

Plusieurs facteurs peuvent intervenir pour que les négociations arrivent à leur fin avec succès : notamment, la bonne foi, l'information nécessaire et déterminante pour le consentement et le respect de certaines obligations précontractuelles.

#### **1- Négociation de bonne foi:**

Lorsque les parties négocient préalablement à la conclusion du contrat, elles doivent agir avec précaution, de manière loyale et de bonne foi. Ce dont dispose le nouveau code civil français à l'article 1112 : que les différentes phases de négociation « doivent satisfaire aux exigences de bonne foi ».<sup>675</sup>

---

<sup>672</sup>- Art. 62 c. civ.

<sup>673</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit. , préc.

<sup>674</sup>- J. M. Mousseron, op. cit., p. 77.

<sup>675</sup>- [http:// www. Druzzo du bucq-avocats.com/reforme-droit-contrat-négociation](http://www.Druzzo.com/bucq-avocats.com/reforme-droit-contrat-negociation).

Les parties doivent tout d'abord avoir réellement intention de conclure un contrat et ne peuvent dès lors commencer des négociations si elles savent qu'elles ne concluront pas en définitive un contrat.<sup>676</sup>

Les parties ne peuvent pas non plus poursuivre inutilement des négociations si elles savent que ces dernières ne peuvent pas aboutir à la conclusion d'un contrat.<sup>677</sup>

Néanmoins chaque partie est tenue d'adopter un comportement correct et loyal, c'est ce que recouvre l'obligation de négocier de bonne foi, cette exigence interdit d'entamer des négociations sans intention sérieuse de conclure un contrat, de prolonger inutilement des négociations dont on sait qu'elles ne pourront pas aboutir et enfin de rompre brutalement des négociations avancées sans raison légitime.

Donc, les parties sont obligées de conclure le contrat négocié, vu leur effort et leur loyauté manifeste durant négociation, elles sont tenues d'arriver à une issue heureuse de la négociation. Elles peuvent constater qu'elles ont les bases et les visions suffisamment communes pour travailler ensemble et conclure le contrat.

L'intensité de l'obligation de négocier de bonne foi change durant la phase précontractuelle en fonction de l'avancement des négociations.

Si cette obligation, lors des pourparlers exige l'abstention de certains comportements répréhensibles, elle prend, en présence d'accords préliminaires, une forme plus intense<sup>678</sup>. Elle s'intensifie davantage à l'approche du contrat définitif, il s'agit, à travers ces différentes facettes de l'obligation de négocier de bonne foi assumée contractuellement, de collaborer à la recherche d'une issue heureuse des pourparlers.<sup>679</sup>

« L'obligation de négocier, créée par un accord de négociation, est donc plus intense que celle générée par des pourparlers non contractuels. Elle comporte des devoirs de coopération plus forte, obligeant même à prendre des irritatives et à mettre tout en œuvre pour guider la négociation vers une heureuse fin ».<sup>680</sup>

L'intensité de l'obligation de négocier s'accroît en présence des accords de négociations de même que la responsabilité engagée en cas de son inexécution qui sera désormais de nature contractuelle et non délictuelle. A la différence des simples pourparlers de caractère informel,

---

<sup>676</sup> - <http://www.place-2-business.fr/fiches/juridiques>.

<sup>677</sup> - Ibid.

<sup>678</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 196.

<sup>679</sup> - M. Fantaine et F. de Ly " Les lettres d'intention", in Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses. Forum Européen de la communication et Bruylant, 2<sup>e</sup>, éd. 2003 p. 05 et s.

<sup>680</sup> - Cass. Com. 7 avril 1998, JCP.E., n°13, 1 avril 1999, note J. Schmidt.

ces accords sont de véritables contrats générant une obligation sanctionnée ici par la responsabilité contractuelle.<sup>681</sup>

« Compte tenu, de ce que de tels accords s'inscrivent dans la perspective d'un accord définitif et organisent généralement la suite des pourparlers, les accords de négociation comportent, sauf clause contraire, une obligation de négocier, la négociation devant être selon le cas, entreprise et poursuivie ». <sup>682</sup>

L'obligation de négocier exigée par les accords de négociation évoque, principalement, deux prestations, entreprendre la négociation du contrat projeté et la conduire de bonne foi.

« La première est une obligation de résultat. Les parties s'obligent à prendre contact, et entreprendre la négociation. La responsabilité contractuelle sera engagée du seul fait de s'abstenir de négocier ». <sup>683</sup>

Quant à l'obligation de conduire la négociation de bonne foi, c'est une obligation de moyen, engagée selon l'article 107 du code civil qui prévoit que les conventions « doivent être exécuté de bonne foi », comme la prévoit plus clairement et expressément le nouvel article 1112 du nouveau code civil français<sup>684</sup> : « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

Elle oblige les négociateurs à adopter une attitude loyale, constructive et coopérative lors de la négociation.

« Plus concrètement encore, cette obligation impose aux parties un mode de comportement et des devoirs lors la négociation, elle engage les parties à ne pas faire des propositions inacceptables qui pourraient mener la négociation vers l'échec »<sup>685</sup>, voire même à entreprendre des propositions sérieuses et constructives en rapport avec l'objet et l'importance économique du contrat envisagé, et de faire en sorte que la négociation aboutisse dans les délais raisonnables<sup>686</sup>. Elle oblige également à informer sincèrement les partenaires, des

---

<sup>681</sup>- R. Monzer, op cit, p. 197.

<sup>682</sup>- Affaire Mme Michele Dehran c/ Société Eurofi, arrêt de la Cour d'appel de Papeete chambre commerciale 28 fév. 2002, cité R. Monzer, p. 195.

<sup>683</sup>- R. Monzer, op, cit, p. 195.

<sup>684</sup>-V. Ordonnance n° 2016/131 du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>685</sup>- R.Monzer, op, cit, p. 195.

<sup>686</sup>- J. Schmidt Szalewski, Les accords précontractuelles en Droit français, " in colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix- en provence, 17, 18 mai 1990, p. 9 et s, publié par presses Universitaire d'Aix- Marseille, 1990.



éléments d'appréciation pertinents<sup>687</sup>, et à ne plus revenir sur les engagements préalables souscrits.

D'une manière générale, les parties sont tenues d'avoir une attitude active et positive dans la recherche de l'accord définitif.<sup>688</sup>

L'obligation de négocier de bonne foi conduit aussi à faire peser sur chacun des partenaires des obligations particulières. « D'une part, ces derniers doivent s'informer mutuellement de tous les éléments de nature à influencer sur leurs consentements respectifs. D'autre part, la loyauté leur commende une certaine confidentialité sur le contenu de la négociation et spécialement, leur interdit d'utiliser sans autorisation une information confidentielle que l'un aurait obtenu de l'autre à l'occasion de celle-ci ». <sup>689</sup>

## **2- L'information précontractuelle:**

Largement admise en jurisprudence sur le fondement du devoir de bonne foi, l'obligation d'information précontractuelle est désormais généralisée par le nouvel article 1112-1 du code civil français en ces termes<sup>690</sup>: « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »

Elle est d'ordre public, les parties ne pouvant ni la limiter, ni l'exclure.

Cette obligation s'impose à l'ensemble des contractants, qu'ils soient professionnels ou non.<sup>691</sup>

Les informations déterminantes doivent avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat est la qualité des parties. L'estimation de la valeur de la prestation objet du contrat est cependant expressément exclue du champ de l'obligation d'information.<sup>692</sup>

La rétention d'information déterminante du consentement du cocontractant met en jeu la responsabilité de la partie fautive, en outre le contrat peut être annulé en cas de dissimulation

---

<sup>687</sup>- M. Fantaine et F. de Ly, op. cit., p. 5 et s.

<sup>688</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 195.

<sup>689</sup>- Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p. 514.

<sup>690</sup>- V. Ord. n°2016/131 du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>691</sup>- [http:// www loyerabello.fr/la.refonte-du-code-civil-et-du-droit-des-contrats-laphase-des pourparlers-contractuelles 2-/](http://www.loyerabello.fr/la.refonte-du-code-civil-et-du-droit-des-contrats-laphase-des-pourparlers-contractuelles-2/)

<sup>692</sup>- [http:// www loyerabello.fr/la.refonte-du-code-civil-et-du-droit-des-contrats-laphase-des pourparlers-contractuelles 2-/](http://www.loyerabello.fr/la.refonte-du-code-civil-et-du-droit-des-contrats-laphase-des-pourparlers-contractuelles-2/)

intentionnelle transformant la rétention d'information en dol<sup>693</sup>. Ce droit à connaître l'information ne signifie pas un droit à disposer de l'information, le nouvel article 1112-2 du code civil français énonçant expressément un principe de responsabilité de droit commun à l'encontre de la partie qui fait usage ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion de négociation. La protection est donc reconnue même en l'absence de contrat de confidentialité.

L'importance de l'obligation d'information ainsi que son emprise sur le droit des contrats ne cesse d'augmenter. En effet, elle permet de mettre les parties durant les négociations sur un pied d'égalité en prenant leurs décisions de contracter ou d'abandonner la négociation<sup>694</sup>. Son importance apparaît notamment « dans les domaines où les connaissances respectives des parties semblent inégales, qu'il convient de renforcer la situation la plus ignorante en la rendant créancière d'une obligation d'information à la charge de l'autre ». <sup>695</sup>

Deux conditions sont donc exigées pour l'existence de l'obligation d'information : la pertinence des informations<sup>696</sup>, et l'ignorance légitime du créancier.

Tout d'abord, les informations en question doivent être « pertinentes »<sup>697</sup>, dans le sens où leurs connaissances par le partenaire « est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il préserve dans celui-ci en réexaminant les conditions ». <sup>698</sup>

Le débiteur de l'obligation d'information doit ainsi connaître l'information aussi bien que l'influence de son recèlement sur le consentement de son partenaire. <sup>699</sup>

En suite, cette obligation d'informer ne peut exister que si l'ignorance du créancier est légitime. <sup>700</sup>

L'ignorance est légitime lorsqu'elle ne résulte pas d'un manquement à l'obligation de se renseigner<sup>701</sup>, qui doit être le principe dans les économies libres. Cela peut avoir deux raisons: soit l'impossibilité ou la difficulté du créancier du renseignement de découvrir lui-même

---

<sup>693</sup> - Ibid.

<sup>694</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 240.

<sup>695</sup> - P. Mousseron, " L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle", JCP. E. 1994, n°22, I. 362, p. 261, cité par: R. Monzer, p. 240.

<sup>696</sup> - J. Ghestin, Formation du contrat, op. cit, n° 571 et 634 et s, R. Monzer, op. cit., p. 244.

<sup>697</sup> - M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ. 199, n°169 et s.

<sup>698</sup> - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil-les obligations, Dalloz, 9° éd., 2005, p. 57 et s.

<sup>699</sup> - J. Ghestin, op. cit., n° 643.

<sup>700</sup> - M. Fabre-Magnan, op. cit., n°253 et s, et aussi J.Ghestin, op. cit, p. 623, n°646.

<sup>701</sup> - P. Jourdain, Le devoir de se renseigner, D. 1983, Chron., p. 139 et s.

l'information, soit à cause de la relation de confiance particulière qu'accorde ce dernier à son partenaire lui permettant de se fier aux informations qu'il lui communique.

« Cette relation de confiance dépend soit de la nature du contrat soit de la qualité du partenaire »<sup>702</sup>. M. Jourdain a dans ce sens souligné que le « créancier doit acquérir le droit d'être informé, c'est-à-dire le droit d'ignorer ».<sup>703</sup>

### **3- Respect de certaines obligations précontractuelles:**

L'obligation d'information s'accompagne souvent du devoir de confidentialité. « L'utilité de l'obligation de confidentialité est d'autant plus grande que l'un des partenaires à la négociation était tenu à la divulgation de certaines informations confidentielles de nature commerciale, financière, technique ou autre »<sup>704</sup>, plus les pourparlers nécessitent de telles informations, plus le devoir de confidentialité est de rigueur.

« Il est à noter également que le non aboutissement des négociations, même indépendamment de la faute, maintient les obligations de non divulgation des informations confiées lors de la négociation ainsi que l'obligation de non exploitation de celles-ci ».<sup>705</sup>

Le non respect de ces deux obligations constitue une faute sanctionnée par le droit commun de la responsabilité civile<sup>706</sup>, et cela même si cette faute se situe après les négociations. C'est dans ce sens que les principes d'Unidroit (article 2-16) stipulent : « qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentielle par l'autre partie est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon induue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie ».

En France, le non respect du devoir de confidentialité constitue un délit civil qui est la violation du devoir d'agir de bonne foi et la victime a droit à être indemnisée des pertes qu'elle subit.<sup>707</sup>

---

<sup>702</sup> - R. Monzer, op, cit., p 244.

<sup>703</sup> - P. Jourdain, Le devoir de se renseigner, op, cit., p. 139.

<sup>704</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 53.

<sup>705</sup> - Ibid.

<sup>706</sup> - V. Article 124 c.civ.

<sup>707</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op., cit., . 54.

« Les négociateurs doivent aussi respecter le devoir de loyauté ce devoir de loyauté, maintes fois exprimé en droit économique<sup>708</sup>, n'emporte pas cependant l'exclusivité des négociations. C'est pourquoi ne commet pas de faute le partenaire qui mène des négociations parallèles, le fait de mener des négociations parallèles ne constitue pas en lui-même une faute, les exigences de la vie des affaires nécessitant des négociations simultanées »<sup>709</sup>, elles participent même au libre jeu de la concurrence.

« Cependant, manque à son devoir de loyauté, le négociateur qui fait croire à son partenaire que les négociations ne se font qu'avec lui, lui faisant ainsi croire à la probabilité de la conclusion du contrat<sup>710</sup>, à fortiori lorsque le projet négocié comporte une clause d'exclusivité. Si un négociateur veut bénéficier de l'exclusivité des négociations, il lui appartient d'exiger la signature d'un protocole d'exclusivité. Reste à savoir si un tel protocole est valable au vu de l'article 10 de l'ordonnance 03-03 ».<sup>711</sup>

En effet, le fait de changer d'avis lors des négociations ne constitue pas une faute. Cependant ce droit doit être limité, il ne faut pas que son auteur en abuse ou risque de voir sa responsabilité engagée sur la base de l'article 124 bis du code civil.

« Ce devoir de loyauté doit être d'autant plus prégnant que les négociations se prolongent, la rupture qui intervient après les négociations avancées peut être constitutive de faute, mais il reste quand même difficile de déterminer à quel stade les pourparlers sont suffisamment avancés. En effet même si l'avancement des négociations ressort logiquement de la longueur du temps qui leur a été consacré, il arrive que les négociations qui n'ont nécessité qu'un laps de temps très court soient fortement avancées ».

« Ce devoir de loyauté doit être apprécié de façon abstraite en vertu du principe de la généralité de la faute, en se référant à l'attitude qu'aurait eu le bon père de famille »<sup>712</sup>. La jurisprudence française est allée jusqu'à reconnaître un devoir de coopération. Il appartient à chaque négociateur de faire de son mieux pour que les négociations aboutissent à la conclusion du contrat. L'exigence de bonne foi elle-même commande ce droit de coopération.<sup>713</sup>

---

<sup>708</sup> - Art. 1, 18 et 26 de la loi 04-02.

<sup>709</sup> - D. Allag-Zennaki, *contrats*, op., cit, p. 54.

<sup>710</sup> - *Ibid.*

<sup>711</sup> - Ordonnance 03-03 du 19/07/2003 relative à la concurrence J.O n°43 du 20/07/2003.

<sup>712</sup> - D. Allag-Zennaki, *contrats*, op., cit, p. 55.

<sup>713</sup> - J. Mestre, *RTD Civ.* 1986, p. 100.

## **B/ Rupture des pourparlers:**

La rupture des pourparlers s'explique d'une part, par la liberté de rompre les négociations (1) et d'autre part par les limites de la liberté de rompre les négociations (2).

### **1- La liberté de rompre les négociations :**

La liberté des négociations permet à chaque négociateur de rompre les pourparlers, personne n'est obligé de contracter s'il ne le veut pas.

« En principe, le fait de ne pas consentir à conclure le contrat négocié ne constitue pas en lui-même une faute. Il est la manifestation de la liberté contractuelle »<sup>714</sup>. Tant qu'aucune offre n'est émise, l'échec des pourparlers ne devrait engendrer aucune responsabilité, plus que, tout autre, cette phase de la période précontractuelle se trouve placée sous le signe de la liberté<sup>715</sup>. Chacun doit donc pouvoir rompre les pourparlers sans risquer d'engager sa responsabilité.<sup>716</sup>

« Ainsi, en principe le fait de rompre des négociations au début de leur déclenchement, c'est-à-dire avant la naissance de tout espoir sérieux de conclure le contrat projeté, ne constitue pas une faute, à fortiori lorsque les éléments essentiels du contrat projeté n'ont pas été abordés ».<sup>717</sup>

En pareil cas, le fait de rompre à l'amiable les pourparlers n'est pas fautif, alors même que c'est l'un des négociateurs qui en prend l'initiative, du moment que l'autre négociateur accepte cette rupture.

« Il n'ya également aucune faute à mettre fin à des négociations qui n'aboutissent pas après un certain temps, ceci existe particulièrement lorsque les négociateurs n'arrivent pas à se mettre d'accord sur les points essentiels du contrat envisagé »<sup>718</sup>.

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

---

<sup>714</sup>- D. Allag-Zennaki, op, cit, p. 47.

<sup>715</sup>- L. Gareil - Sutter, op, cit, n°23, p. 05, J.Schmidt, op, cit, p. 546.

<sup>716</sup>- Cass. 2<sup>e</sup>, Civ. 4 mars 2004, n°14-022.

<sup>717</sup>- D. Allag-Zennaki, préc.

<sup>718</sup>- Ibid.

S'agissant de la première interrogation on pense que des lors que les parties n'ont pas analysés tous les points essentiels et qu'ainsi elles n'ont pas fixé les termes du futur contrat, l'interruption de la négociation se fait en exercice de la liberté de rompre les pourparlers.<sup>719</sup>

Cependant si les parties ont négocié tous les éléments essentiels du contrat, éléments qui se trouvent dans une offre, la situation est différente. Ainsi, la partie qui reçoit l'offre a deux solutions ; soit elle l'accepte et le contrat est conclu, donc la liberté de conclure est appliquée, soit elle ne conclut pas le contrat en faisant usage de sa liberté de ne pas conclure et elle s'engage dans une autre négociation avec la même partie par une contre-offre<sup>720</sup>. Elle peut aussi formuler un appel d'offre ou initier des négociations avec une autre personne, usant dans les deux cas de sa liberté d'engager des négociations.

« De même, lorsque l'aboutissement des négociations est affecté par un événement aléatoire extérieur aux négociateurs, aucune faute ne peut être reprochée à l'auteur de la rupture des pourparlers ».<sup>721</sup>

Mieux encore, en vertu de la liberté contractuelle, le négociateur, auteur de la rupture des pourparlers, n'a même pas à motiver sa décision.

« Toutefois, il ya certaines limites à ne pas dépasser dans la rupture des négociations ».<sup>722</sup>

Ainsi tout en sauvegardant la liberté de conduite et de rupture de la négociation, la jurisprudence française impose le respect d'une certaine éthique précontractuelle<sup>723</sup>, c'est donc « un régime de liberté surveillée ».<sup>724</sup>

D'ailleurs, la Cour de Cassation a affirmé à plusieurs reprises que « si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en n'est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire licitement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive ».<sup>725</sup>

Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a, dans l'affaire SA Sofiges et autres c/SA compagnie de suez, jugé que:

---

<sup>719</sup>- S.Radu, op. cit., p. 72.

<sup>720</sup>- Ibidem.

<sup>721</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 47.

<sup>722</sup>- Ibid.

<sup>723</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 105, voir, B. Oppetit, " Ethique et vie des affaires", Melange Colomer, 1993, p. 321.

<sup>724</sup>- R. Monzer, prec.

<sup>725</sup>- Cass. Com, 11 oct .1991, L'Éxilaser n° 1763, voir aussi : C A. Riom, 10 juin 1992, S.A auto.26 C.S.A; rouer France, RDJA. 10/1992, n°893, p.732, RTD Civ., 1993, 343 obs. Mestre.

« Chacun est libre de rompre les négociations tant que le contrat n'est pas définitivement formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Cette liberté n'est toutefois pas absolue, et la rupture peut être fautive, notamment si 'elle intervient lorsque, compte tenu des circonstances l'autre partie pouvait légitimement croire que l'accord était sur le point de se conclure, ou si l'un des partenaires à failli à son obligation de loyauté et de bonne foi ».<sup>726</sup>

« Cependant, la liberté de ne pas conclure n'est pas absolue. Il est en effet des comportements répréhensibles qui peuvent être sanctionnés ».<sup>727</sup>

Si le principe reste la liberté des négociations, une telle liberté à des limites que les négociateurs ne doivent pas franchir sous peine de voir leur responsabilité engagée.

Ainsi l'exercice de la liberté de ne pas conclure le contrat peut parfois exprimer une déloyauté, une inconsistance et donc engager une responsabilité précontractuelle si le refus de contracter s'est fait d'une manière brusque durant une période avancée de la négociation. « Il n'exprime d'autre part, que le simple usage d'un droit de rechercher son propre intérêt et son propre profit. Cette possibilité de refus de contracter n'a pas besoin, normalement, d'une justification puisque le refus n'est pas considéré en soi comme fautif ».<sup>728</sup>

Même durant les négociations avancées, rompre les négociations c'est exercer une prérogative, qui se traduit par « un usage négatif de la liberté contractuelle ».<sup>729</sup>

Mais dans certaines circonstances, la rupture doit être justifiée sous peine d'être considérée abusive, et par conséquent fautive. Le motif du refus de contracter sera un critère essentiel dans la détermination de sa légitimité.<sup>730</sup>

La prise en considération du motif de la rupture est sur le plan pratique et théorique d'une importance essentielle alors qu'elle semble jusqu'à présent n'avoir été guère mise en lumière. C'est par le contrôle des motifs que se concrétise le plus évidemment la mise en œuvre de la notion d'abus d'un droit.<sup>731</sup>

Le critère d'avancement de la négociation est essentiel pour la détermination de la portée de la liberté de contracter.<sup>732</sup>

---

<sup>726</sup> - C.A., Paris 18 janv. 1996, Dalloz, affaires n°10-1996, p. 292.

<sup>727</sup> - D. Allag-Zennaki, *contrats*, op.cit., p. 48.

<sup>728</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 106.

<sup>729</sup> - Ph. Stoffel- Munck, *L'abus dans le contrat essai d'une théorie*, thèse publié, LGDJ., 2000, p. 106 et s.

<sup>730</sup> - R. Monzer, op, cit, p. 106.

<sup>731</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p. 538.

<sup>732</sup> - R. Monzer, préc.

La liberté absolue de négocier et de rompre s'affaiblit donc en proportion de l'avancement des pourparlers.<sup>733</sup> Cette dernière ne dépend pas nécessairement de leur durée<sup>734</sup>, mais plutôt de la concordance des visions des négociateurs et des chances d'aboutissement de la négociation.

Toute rupture injustifiée, dans de telles circonstances, portera atteinte à la sécurité juridique et à la confiance légitime que la victime a acquise durant le processus de négociation.

## **2- Les limites de la liberté de rompre les négociations:**

La rupture des négociations n'était considérée comme fautive que si elle avait été réalisée dans l'intention de nuire<sup>735</sup>. Les circonstances qui entourent la rupture des pourparlers peuvent également être révélatrices de la mauvaise foi de l'auteur.<sup>736</sup>

« Même si les partenaires à la négociation optent pour des pourparlers non formels, ils sont quand même tenus par certains devoirs. En effet, il existe une opposition entre la liberté contractuelle et le besoin de sécurité ».<sup>737</sup>

Le principe de liberté contractuelle s'oppose à l'intervention juridique dans la phase de négociation, alors que le besoin de sécurité appelle l'intervention du droit.

« De toute évidence, quelle que soit la forme des comportements incorrects des négociateurs, tout litige né des fautes qui ont été commises lors de cette période sera sanctionné par les mécanismes de la responsabilité ».<sup>738</sup>

Etant donné le principe de la liberté contractuelle qui domine la période précontractuelle, il ne peut y avoir de présomption de faute à la charge du négociateur fautif. En conséquence pour pouvoir engager la responsabilité de ce dernier il ya lieu de prouver sa faute par le négociateur lésé.

« A cet effet, il n'est pas nécessaire qu'existe l'intention de nuire pour mettre en œuvre la responsabilité précontractuelle, c'est la solution de la jurisprudence française ».<sup>739</sup>

---

<sup>733</sup>- J. Fraimont, " Le droit de rompre des pourparlers avancées", Gaz, pal, recueil. mai-juin2000, p. 943.

<sup>734</sup>- Dans l'arrêt de la première chambre de la Cour de Cession de 6 janvier 1998, la négociation était courte mais avancée, JCP. 1998, II. 10066, note B. Fages.

<sup>735</sup>- Cass. Com. 20 mars 1972, n°70-14-15, Bull. Civ. III, n°93, p. 90, RTD Civ., 197, p. 779, obs.G. Durry.

<sup>736</sup>- C.A. , Paris, 10 mars 2000, JCP , G. 2001, II. 10470, note, F.Violet.

<sup>737</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 48.

<sup>738</sup>- Ibid.

<sup>739</sup>- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 oct. 1972, Bul. Civ. III. n°419.



De l'évolution de la jurisprudence, trois fondements de la responsabilité civile peuvent être dégagés : la mauvaise foi la simple faute et la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers.<sup>740</sup>

La mauvaise foi à été dans plusieurs arrêts le fondement de la condamnation de l'auteur de la rupture. Pourtant la Cour de Cassation française dans de nombreuses décisions, a jugé expressément que « la mauvaise foi, qui suppose de faire croire à son partenaire que l'on va conclure le contrat, doit être accompagnée de diverses circonstances aggravantes propres à l'abus de droit ».<sup>741</sup>

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 12 octobre 1993 a jugé ensuite qu'une simple faute dans la rupture peut être cause de responsabilité pour son auteur. Ainsi « la Cour d'appel avait pu déduire, sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, que la société X avait agi avec légèreté constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences ».<sup>742</sup>

En fin, dans l'arrêt rendu le 26 novembre 2003 (l'arrêt Manoukian), la Cour de Cassation a expressément prévu comme fondement de responsabilité délictuelle « une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuelle »<sup>743</sup>. L'abus du droit de rompre les pourparlers apparaît donc bien ; selon la jurisprudence, comme le fondement de la responsabilité délictuelle.<sup>744</sup>

« Toute fois, s'agissant de la période précontractuelle, période non règlementée par le code civil, il serait plus judicieux de ne retenir que la faute intentionnelle ou d'une certaine gravité, lorsqu'il s'agit de rupture des négociations, particulièrement dans les négociations entre professionnels, afin de ne pas trop altérer la liberté de contracter ».<sup>745</sup>

« Même si la liberté contractuelle engendre le droit de ne pas contracter, il ya lieu de ne pas abuser de ce droit, autrement la responsabilité de l'auteur de la rupture des pourparlers peut être engagée sur la base de l'article 124 bis du code civil pour rupture abusive des négociations ».<sup>746</sup>

---

<sup>740</sup>- J. Ghestin; " La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers", JCP.G, n°20-21, 16 mai 2007, p. 42.

<sup>741</sup>- Cass. 3<sup>e</sup>, civ., 19 fév. 1992, n°00-19-714.

<sup>742</sup>- Cass. Com. 12 oct.1993, n°91-456, Sarl Hubo c/Petit et coopération agricole du syndicat d'Arras, medit.

<sup>743</sup>- Cass. Com. 26 nov. 2003, Bull. Civ. IV. 2003, n° 186, p. 206.

<sup>744</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op, cit, p. 534.

<sup>745</sup>- D. Allag-Zennzki, contrats, op. cit., p. 51.

<sup>746</sup>- Ibid.

« La faute peut également exister lorsque les négociations n'ont pas été rompues alors qu'elles sont vouées à l'échec ». <sup>747</sup>

Il est à noter cependant que plus les négociations seront avancées, plus la certitude que le contrat sera conclu sera forte, par conséquent, dès lorsque la rupture n'est pas justifié par un motif légitime, la rupture sera fautive. A contrario, les négociations simples qui s'étalent sur un temps relativement court ne créent pas une certitude ou créent une faible certitude dans l'esprit des parties et leur laissent la liberté de les rompre sans avoir à fournir de justification légitimes. <sup>748</sup>

Au vu des réactions doctrinales, l'article 20 alinéa 2 du projet de la chancellerie de mai 2008, en reprenant la formule rédigée à l'article 24, alinéa 2 du projet de l'académie des sciences morales et politiques, préfère le terme général, de " faute", sous plusieurs formules: la conduite fautive, le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans intention de parvenir à un accord, ainsi que la rupture fautive des négociations. En suivant la même ligne du dernier projet de la chancellerie de mars 2015, dispose au deuxième alinéa de l'article 1111 que: « la conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle ». <sup>749</sup>

Toutefois, les projets de reformes du droit français des contrats, à travers la jurisprudence et sous l'influence des différents projets européens (l'article 1 :102 des principes lando, l'article 2.1.15 des principes Unidroit ; l'article 6 alinea 1er du code gandolfi <sup>750</sup>) reconnaissent un principe général de liberté de rupture des pourparlers contractuels fondé sur le principe de liberté contractuelle <sup>751</sup>. Ainsi, le projet Catala prévoit que « l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de bonne foi » <sup>752</sup>. Tandis que les projets de la chancellerie énoncent que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres ». <sup>753</sup>

---

<sup>747</sup>- Ph. LeTourneau, La rupture des négociations, RTD Com., 1998, p. 479, cité par D. Zennaki.

<sup>748</sup>- S. Radu, op. cit., p.34, Cass. Com., 12 janv. 1999, n°96-14.604.

<sup>749</sup>- S. Radu, préc.

<sup>750</sup>-G. Gandolfi, Code Européen des contrats- avant projet, académie des privatistes Européens, 2<sup>e</sup> ed, Giuffrè, Milan, 2002.

<sup>751</sup>- S.Radu, op.cit., p. 35.

<sup>752</sup>- Art. 1104 c.civ français.

<sup>753</sup>- Art. 20 al. 1<sup>er</sup> du Projet de mai 2008 et art.1111 du Projet d'Ordonnance de mars 2015.

En fin, l'ordonnance française n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve, publiée au journal officiel du 11 février 2016<sup>754</sup>, dans l'article 1112<sup>755</sup> alinéa 1er, tout en rappelant le principe de la liberté des négociations et de leur rupture, impose ainsi une obligation impérative de négocier de bonne foi, c'est-à-dire dans le respect d'une certaine loyauté. Les négociations s'ils restent libres de ne pas conclure, doivent avoir une attitude active et constructive dans la recherche de l'accord définitif, concrètement, cette obligation de négocier de bonne foi engage les parties à ne pas faire de propositions inacceptables qui pourraient mener la négociation à un échec, voire entreprendre des propositions sérieuses et consécutives en rapport avec l'objet et l'importance économique du contrat projeté<sup>756</sup>. La négociation doit aussi pouvoir aboutir dans des délais raisonnables, il s'agirait là d'une obligation de moyen et non de résultat, les parties devant tout mettre en œuvre non pour parvenir à la conclusion du contrat définitif, mais pour faire aboutir leur négociation.

Toute rupture abusive ou toute négociation menée de mauvaise foi engage la responsabilité de l'auteur de la rupture<sup>757</sup>, la sanction prendra la forme de dommage et intérêts.<sup>758</sup>

---

<sup>754</sup>- V. J.O du 11 février 2016, texte n° 26.

<sup>755</sup>- Énoncée de l'article 1112 al.1<sup>er</sup>: l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

<sup>756</sup>- C. Asfar- Cazenave, *Le nouveau Droit français des contrats*, RJTUM, 49-3, p. 730.

<sup>757</sup>- Art. 1112 al. 2, voir aussi en ce sens: *Principes Unidroit*, art. 2.1.15 relatif à la mauvaise foi dans les négociations.

<sup>758</sup>- L'alinéa 2 de l'article 1112 reprend la solution jurisprudentielle suivant laquelle: " 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", en ce sens, voir: Com. 26 nov. 2003, D.2004-869 note Dupré-dallemege, Com. 18 sept. 2012, D.2012.2241.

## **Chapitre II: La valeur juridique des documents précontractuels :**

Ce chapitre contient deux sections : la première concerne, l'utilisation de documents précontractuels et la deuxième concerne, l'efficacité des accords précontractuels.

### **Section 01 : l'utilisation de documents précontractuels.**

Ces documents peuvent être présentés en deux types : un type de documents est utilisé en cours de négociations (paragraphe01), l'autre type est utilisé en fin de négociations (paragraphe02).

#### **Paragraphe 01: les documents utilisés en cours de négociations.**

Actuellement, la plupart des contrats de grande importance et surtout ceux qui se font dans le cadre du commerce internationale (par voie ordinaire ou électronique) exigent des instruments nécessaires afin de poursuivre les négociations contractuelles et garantir leur succès; ces instruments peuvent être des documents publicitaires (A) ou des supports préparatoires(B).

##### **A/ Les documents publicitaires:**

Ces documents sont délivrés avant la formation du contrat afin d'inciter à la conclusion de celui-ci. « A une époque où les documents publicitaires n'avaient pas l'importance et le rôle commercial qui est aujourd'hui le leur, la jurisprudence refusait de les intégrer dans le contrat »<sup>759</sup>, assimilant la publicité aux exagérations du vendeur que tolérait la tradition sous le nom de *dolus bonnus*<sup>760</sup>. Mais à présent, ces documents contiennent souvent les informations les plus précises et détaillées, ils sont destinés à déterminer le consentement de celui auquel ils sont remis<sup>761</sup>.

---

<sup>759</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p. 687.

<sup>760</sup>- J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit., p. 369.

<sup>761</sup>- Ibid.

« Il est alors normal de leur reconnaître une valeur contractuelle dès l'instant où ils sont suffisamment précis et détaillés pour avoir eu une influence sur le consentement du cocontractant »<sup>762</sup>.

La jurisprudence française est désormais bien fixée en ce sens<sup>763</sup>, ce qui ne veut pas dire que les documents publicitaires se voient systématiquement reconnaître une valeur contractuelle selon les circonstances<sup>764</sup>. Mais les juges l'admettent lorsque les documents ont eu une incidence sur le consentement du contractant et sont entrés dans le champ contractuel.

A titre d'exemple, « la chambre civile de la Cour de Cassation, le 06 mai 2010, a cassé, au visa de l'article 1134 du code civil, une décision qui, pour condamner une personne au paiement des droits d'inscription de son enfant à un institut supérieur de commerce, avait rejeté le moyen tiré de ce que cet institut n'avait pas respecté son obligation de trouver un employeur à ses élèves, engagement qui figurait sur les brochures publicitaires ainsi que sur le site internet de l'école, au motif que cette obligation n'était mentionnée, ni dans le contrat, ni dans les conditions générales et particulières, les brochures publicitaires ne pouvant en aucun cas être considérées comme un contrat ». Pour les juges de Cassation, au contraire « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors qu'ils sont suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant »<sup>765</sup>.

« Il y a donc manifestement en jurisprudence une volonté de retenir et de faire entrer dans le champ contractuel tous les documents ayant servi à déterminer le consentement du contractant ; ce qui est le cas des documents publicitaires »<sup>766</sup>.

La solution semble s'imposer même lorsque le document publicitaire précise qu'il n'a qu'une valeur indicative et qu'il ne constitue pas un document contractuel, dès l'instant où il contient des informations suffisamment précises et détaillées<sup>767</sup> « Une telle réserve est en effet en contradiction avec le contenu et le but du document »<sup>768</sup>. D'une façon générale, « des catalogues, des tarifs, des documents publicitaires lient celui qui les a conçus, réalisés et

---

<sup>762</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, *op.cit.*, p. 688.

<sup>763</sup> - Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1963, Bull. Civ., I. n°507; Cass. Civ, 1<sup>re</sup>, 18 mai 1966, Bull. civ, I. n°308. V. aussi; Cass. Civ, 3<sup>e</sup>, 31 mars 2005, Bull. Civ., III. n° 77.

<sup>764</sup> - Cass. Com, 21 nov. 1972, Gaz. Pal, 1973, I. p. 135, Cass. Civ, 3<sup>e</sup> 17 juillet 1996, Bull. civ, III, n° 197.

<sup>765</sup> - Cass. Civ, 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, n°08-14461, JEPG. 2010, p. 1729.

<sup>766</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, *op.cit.*, p. 689.

<sup>767</sup> - V. en ce sens, Trib, Com, Paris, 28 nov. 1977, *Printemps c/s.c du centre commercial de la défense et E.P.A.D*, selon lequel " des réserves de style ne peuvent aller à l'encontre de promesses formelles contenues dans des documents et ces réserves cessent d'être valables quand elles contredisent directement l'action ou atteignent son principe immédiat. Spécialement lorsque leur rédacteur ne pouvait pas ignorer la portée des documents données à titre incitatif".

<sup>768</sup> - J. Ghestin, et autres préc.

utilisés, et si ces documents sont suffisamment précis et détaillés on est tenu de retenir l'effet obligatoire que leur confère l'adhésion ». La règle n'est toutefois pas limitée aux contrats d'adhésion<sup>769</sup>.

Pour autant, il faut avoir conscience que « le document publicitaire n'est pas contractuel en lui-même puisqu'il n'est pas toujours suivi d'un contrat, il le devient du fait de la conclusion postérieure de celui-ci »<sup>770</sup>.

C'est la raison pour la quelle « la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de Cassation, le 28 mars 1995, a approuvé une cour d'appel qui avait débouté une agence de voyage de sa demande en paiement du solde du prix de billets d'avions, au motif que celle-ci ne justifiait d'aucun engagement contractuel de réservation prévoyant le règlement des frais en cas d'annulation du voyage, en relevant que la production de documents publicitaires remis aux clients ne pouvait tenir lieu d'un tel engagement »<sup>771</sup>.

## **B/ Les supports préparatoires:**

Parmi les instruments préparatoires qui seront envisagés ici, la lettre d'intention (1) le protocole d'accord(2) et l'engagement d'honneur(3).

### **1- La lettre d'intention:**

#### **a) Notion:**

la lettre d'intention peut être une lettre par laquelle son auteur montre son intention d'entrer en négociation ou une déclaration dans laquelle son auteur exprime son intention de faire le point sur une négociation en cours ou de poursuivre une négociation pour tenter d'aboutir à un accord, ou de préciser certains points de la négociation, ou de fixer les étapes de la négociation.

La lettre d'intention représente un vrai document qui se manifeste au cours des négociations, lorsqu'elle contient des éléments détaillés du projet ou un accord sur une clause contractuelle ou bien l'acquisition d'une autorisation de l'administration ou d'un conseil d'administration d'une société partie au contrat projeté<sup>772</sup>.

---

<sup>769</sup> - Trib. Com. Paris, 28 nov. 1977 précité.

<sup>770</sup> - J. Gustin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op.cit., p. 690.

<sup>771</sup> - D. 1995, p.434, note Y. Dagorbe-Labbé, cité par J. Ghestin.

<sup>772</sup> - L. Belhadj, Le cadre juridique de la phase précontractuelle à la lumière du droit civil comparé (étude comparé) 1<sup>re</sup> éd., Dar Hafidh 2011, p. 99.

« Cette formule est souvent pratiquée dans les contrats internationaux. La pratique internationale utilise aussi les appellations suivantes : letter of intent, memorandum of understanding, memorandum of agreement, etc, ces lettres d'intention peuvent se manifester à tout moment des pourparlers »<sup>773</sup>.

Généralement, la lettre d'intention est la première étape formelle de la négociation. Elle peut être unilatérale par l'intervention d'un seul des partenaires à la négociation ou bilatérale par la constatation de l'intention commune des deux partenaires.

Concernant une société mère, la lettre d'intention émane généralement de celle-ci souhaitant soutenir une filiale selon diverses modalités<sup>774</sup>.

La lettre d'intention peut, en premier lieu, contenir l'affirmation que l'opération envisagée par la filiale est approuvée par la société- mère.

Il est possible, en second lieu qu'elle renferme un engagement de conserver une participation au capitale de la filiale jusqu'à ce que le crédit soit totalement remboursé<sup>775</sup>. Dans la troisième variable la lettre d'intention comporte l'assurance qu'il sera en sorte que la filiale soit toujours en mesure de satisfaire à ses obligations à l'égard de la banque<sup>776</sup>.

Enfin dans la quatrième proche du cautionnement sans cependant se confondre avec lui, la société- mère fait connaître qu'elle entend, si nécessaire se substituer à sa filiale en cas de défaillance<sup>777</sup>.

« La lettre d'intention diffère de la lettre de confort. En effet la lettre de confort est un document qu'un tiers présente à un créancier et par lequel il s'engage à adopter vis-à-vis du débiteur, un comportement qui permet à ce dernier " de faire face à ses engagements " »<sup>778</sup>.

La lettre de confort peut exister en dehors de toute négociation contractuelle. « Il s'agit d'un engagement pris par une personne de mener une opération quelconque, tel l'engagement d'une société mère de soutenir sa filiale »<sup>779</sup>.

---

<sup>773</sup>- D. Allag- Zennaki, op. cit., p. 62.

<sup>774</sup>- L. Gareil- Sutter, op. cit., p. 09.

<sup>775</sup>- C. A Lyon, 8 mars 2001, n° 1999/04388, la société mère s'engage prévenir son partenaire, par communication écrite, en cas de cession partielle ou totale de ses actions dans la filiale.

<sup>776</sup>- Cass. Civ, 17 dec. 2002, n° 11-566 et, Cass. Com, 6 mai 2003, n° 00-22-045.

<sup>777</sup>- Cass. com, 6 mai 2003, n° 00-22-045.

<sup>778</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 62.

<sup>779</sup>- Ibid.

## **b) Valeur juridique:**

La lettre d'intention est un acte qui manifeste l'intention de négocier et non l'obligation de négocier.

Généralement la lettre d'intention représente un instrument antérieur à la période précontractuelle<sup>780</sup>. « La lettre d'intention n'entraîne aucun effet particulier tant qu'elle reste une simple intention de négocier, dans cette hypothèse elle ne crée pas d'obligation contractuelles. Toutefois, la valeur juridique de la lettre d'intention sera fonction de sa rédaction »<sup>781</sup>.

Plusieurs études relatives aux lettres d'intention montrent combien le statut juridique de ce document est très incertain<sup>782</sup>, et les juges eux-mêmes relèvent parfois la nécessité dans laquelle ils se trouvent d'interpréter des lettres dont les termes ne sont ni claires ni précis<sup>783</sup>. C'est donc de la rédaction de la lettre que dépendra le plus souvent sa qualification.

Dans certains cas, la lettre d'intention est dépourvue de toute valeur juridique, quand celle-ci se limite à faire part de l'intention de négocier, elle est soustraite à la force obligatoire des contrats, particulièrement en droit anglais ou elle n'a aucune portée juridique, il ne s'agit pas à proprement parler d'un document contractuel, les partenaires n'ont établis qu'un simple projet ou un document résumant simplement l'état des négociations<sup>784</sup>.

En principe, une lettre d'intention n'engage ni son auteur, ni son destinataire. Néanmoins, force est de constater que la valeur juridique de la lettre d'intention varie en fonction de ses termes, l'auteur de la lettre d'intention sera d'autant plus engagé qu'il aura précisé l'objet de son intention<sup>785</sup>.

Ainsi si l'auteur de la lettre d'intention peut être contraint de poursuivre les négociations, voire de conclure le contrat, si la lettre d'intention s'analyse comme une offre et qu'elle est accepté par son destinataire<sup>786</sup>.

Donc, quand il s'agit d'une lettre d'intention qui précise certains points de la négociation ou qui fait le point sur une négociation en cours, la lettre d'intention peut être interprétée comme

---

<sup>780</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 63.

<sup>781</sup>- Ibid.

<sup>782</sup>- L. Gareil- Sutter, fasc. 20, p. 09, M. Fontaine, Les lettres d'intentions dans la négociation des contrats internationaux: DPCI 1977, p. 73.

<sup>783</sup>- Cass. Com, 12 juill. 2004, n° 02-16-034.

<sup>784</sup>- L. Gareil- Sutter, op. cit., p. 09.

<sup>785</sup>- Y. Salah Eddine Ali, Les contrats préparatoires (Etude comparé) 1<sup>re</sup>, éd. Maison des livres juridiques, Egypte, 2010, p. 283.

<sup>786</sup>- L. Belhadj, op. cit., p. 103.



ayant une valeur contractuelle, plus la lettre d'intention est détaillée plus son effet contraignant augmente<sup>787</sup>.

« Si le partenaire, auteur de la lettre d'intention ne veut pas être lié par une relation contractuelle, il ne faut pas que sa lettre d'intention soit trop précise, sinon elle peut être analysée comme une véritable offre »<sup>788</sup>.

Donc, il vaut mieux que l'auteur de la lettre d'intention précise qu'il veut s'en tenir seulement à des relations de négociation, sans aucun engagement<sup>789</sup>.

Ainsi il conserve aussi bien sa liberté de ne pas contracter que sa liberté de ne pas négocier<sup>790</sup>.

La lettre d'intention peut prendre une forme d'engagement contractuelle, lorsqu'elle contient des obligations bien définies, comme l'obligation de confidentialité, l'obligation de ne pas mener les négociations avec un tiers ou l'obligation de poursuivre les négociations de bonne foi, ou encore, lorsque la rédaction de la lettre d'intention mentionne que les parties ont confirmé leur accord sur les éléments essentiels du contact projeté. Alors dans ce cas on se trouve devant un accord de principe qui fixe le cadre de l'opération des négociations<sup>791</sup>.

« De même des lettres d'intention échangées entre les deux partenaires, et révélant la rencontre de leur volonté, peuvent être considérées comme étant des contrats des négociations, obligeant alors à une négociation de bonne foi »<sup>792</sup>. Aussi, il ne peut être accordé aux lettres d'intention une seule et même qualification juridique<sup>793</sup>. « La portée juridique conférée à celle-ci sera fonction de l'examen attentif des formules employées; cela peut être un simple engagement moral ou une garantie ou un véritable engagement contractuel, c'est ainsi que dans les contrats internationaux elle peut avoir une large portée: elle prévoit les obligations des parties, le prix des prestations, les délais de réalisations et pénalités de retard »<sup>794</sup>.

« Elle est alors un contrat synallagmatique à part entière sur lequel se grefferont des contrats ultérieurs précisant les éléments accessoires que les parties n'avaient pas envisagés dans la lettre d'intention »<sup>795</sup>.

---

<sup>787</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 63.

<sup>788</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 63.

<sup>789</sup>- Ibid.

<sup>790</sup>- D. Mazeaud, La genèse des contrats: un régime de liberté surveillée, Dr. et partr. 1996, p. 46.

<sup>791</sup>- Y. Salah Eddine, op. cit., pp. 260-261.

<sup>792</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 63.

<sup>793</sup>- L. Gareil- Sutter, op. cit., p. 09.

<sup>794</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 64.

<sup>795</sup>- Ibid.

## **2- Le protocole d'accord:**

C'est un document établi pour préciser les bases d'une opération complexe encore à l'état de projet, que les parties se proposent de réaliser.

### **a) Notion:**

« Il s'agit de la transcription par écrit du projet de contrat que les parties envisagent de réaliser, cette denomination a peu d'intérêt car parfois elle s'identifie à une simple lettre d'intention dans sa version bilatérale »<sup>796</sup>.

Après la signature de la lettre d'intention, les négociations vont se poursuivre tout en prenant une autre dimension et devenant plus approfondies. Si cette période suit son cours sans encombre et si les parties trouvent un terrain d'entente, cela débouchera naturellement sur la conclusion d'un protocole d'accord<sup>797</sup>.

Le protocole d'accord est l'acte qui va formaliser les termes et les conditions de la réalisation du projet à la fin des négociations.

Le protocole d'accord reprend tous les éléments essentiels du projet qui sont négociés par les parties, sachant que le point qui pose le plus de difficultés est la fixation du prix et les modalités de paiement<sup>798</sup>.

### **b) Valeur juridique :**

Le protocole d'accord est, sauf disposition légale contraire, facultatif, comme en matière d'assurance ou l'article 08 de la loi 95-07<sup>799</sup> prévoit que « la proposition d'assurance n'engage l'assuré et l'assureur qu'après acceptation ».

« Le protocole d'accord n'a donc pas en principe de valeur juridique, il ne crée pas d'obligation de conclure le contrat projeté et n'entraîne pas non plus un devoir de négociation, cependant, il arrive parfois qu'il s'identifie au contrat lui-même, mais soumis à des conditions particulières comme sa ratification par un tiers ou sa réitération en une forme déterminée. Ici

---

<sup>796</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 64.

<sup>797</sup>- [https:// www. Cession-entreprise.com/](https://www.Cession-entreprise.com/).

<sup>798</sup>- [https:// www. LBdD. Leblog du dirigeant.com/](https://www.LBdD.Leblog.du.dirigeant.com/).

<sup>799</sup>- La loi 95-07 du 27/01/1995 relatives aux assurances, J.O n° 13, modifiée et complétée par la loi 06-04 du 20/02/2006, J.O, n° 15.

il ya lieu de faire attention car si les éléments essentiels du contrat sont établis et acceptés par les parties, Il s'agit alors d'un contrat et non d'un simple protocole d'accord »<sup>800</sup>.

« Parfois, il s'agit du procès verbal de réunion au cours de laquelle est constaté l'accord de toutes les parties sur les propositions et engagements discutés lors de la réunion. Aussi si un contrat définitif est conclu en se fondant sur ces engagements, les parties pourront être tenues par le contenu du protocole d'accord sur des éléments non mentionnés dans le contrat définitif »<sup>801</sup>. Donc, le protocole d'accord sert à la préservation des éléments essentiels qui peuvent engager les partenaires.

### **3- L'engagement d'honneur:**

#### **a) Notion:**

Les pourparlers peuvent entraîner la conclusion d'un accord sans pour autant que les parties se considèrent liées par un contrat.

Les négociateurs désirent ne pas s'obliger juridiquement mais être tenus seulement par un engagement moral placé « sur le terrain de loyauté et en dehors des sanctions juridictionnelles étatiques ou arbitrales »<sup>802</sup>.

« Il s'agit en principe d'un engagement moral par lequel son auteur exprime son intention de supporter un engagement sans que cet engagement produise des effets juridiques »<sup>803</sup>.

Il est utilisé soit dans les relations entre amis, soit dans les relations d'affaires ou il est nommé gentlemen's agreement<sup>804</sup>, c'est-à-dire une simple déclaration d'intention, pour bien marquer leur volonté d'écartier toute obligation juridique, les parties mentionnent généralement que le document établi n'a pas de valeur contractuelle. Le grand avantage de l'engagement d'honneur, qui repose tout entier sur la confiance, c'est sa grande flexibilité, il peut être en permanence adopté à la situation présente<sup>805</sup>.

---

<sup>800</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 64.

<sup>801</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 64.

<sup>802</sup> - L. Gareil- Sutter, fasc. 20, op. cit, p. 09.

<sup>803</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 65.

<sup>804</sup> - B. Oppetit, L'engagement d'honneur ; D. 1979, Chon., p. 168.

<sup>805</sup> - B. Mercadal, P. Janin, Les contrats de coopération inter- entreprise, Francis, LeFebre, Paris, 1974, p. 30, n°43.

Des engagements d'honneur peuvent se rencontrer dans des domaines très variés et; en particulier, en droit des affaires; ils sont parfois conclus à l'occasion de la négociation de contrats internationaux<sup>806</sup>.

Il arrive que les parties à un accord en subordonnent l'exécution à leur loyauté respective en s'interdisant de soumettre leurs différends à des tribunaux mêmes arbitraux, leur diversité et leur flexibilité expliquent que la doctrine se soit interrogée sur leur valeur juridique<sup>807</sup>.

## **b) Valeur juridique:**

En principe l'engagement d'honneur n'a pas d'effet obligatoire. En droit, la principale question que soulève l'engagement d'honneur est de savoir si la volonté des parties de situer leur engagement hors du droit lie le juge. M.oppetit constate que « les tribunaux n'ont pas hésité à qualifier d'obligations de droit strict des engagements pris sur l'honneur et à récuser l'intention parfois expressément affirmée par les parties de situer leur accord en dehors du droit »<sup>808</sup>. Il ajoute qu'en droit commercial, une jurisprudence assez fournie, (...) analyse la plupart du temps les engagements d'honneur en obligations juridiques pures et simples en relevant l'intention commune des parties de s'obliger et en ignorant le plan purement moral sur lequel se situait cette volonté de se lier.

Les législations européennes diffèrent sur la portée juridique de l'engagement d'honneur, en droit anglais, le *gentleman's agreement* n'a pas de valeur juridique sauf lorsque, avec l'accord des parties, des actes d'exécution ont été effectués.

« Toutefois il ne s'agit là que d'une timide évolution dictée par la nécessaire protection de la confiance légitime »<sup>809</sup>.

En droit allemand l'engagement d'honneur n'a aucun effet contractuel.

En droit suisse, la valeur juridique de l'engagement d'honneur dépend de l'intention des parties<sup>810</sup>.

« En droit international, l'engagement d'honneur n'a aucun effet juridique »<sup>811</sup>.

---

<sup>806</sup> - L. Gareil- Sutter, op, cit, p. 10.

<sup>807</sup> - Ibid.

<sup>808</sup> - B. Oppetit, article préc., n°13 et 14.

<sup>809</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 65.

<sup>810</sup> - L. Belhadj, op, cit, p. 108.

<sup>811</sup> - D. Allag-Zennaki, préc.

Dans les relations internationales par exemple, la pratique des « gentlemen's agreements » désigne « les accords internationaux dépourvus d'effets juridiques obligatoires »<sup>812</sup>. Ils sont interprétés comme des engagements qui ne comportent « aucune obligation juridique directe pour les parties tout en les liant moralement »<sup>813</sup>.

## **Paragraphe 02: les documents utilisés en fin de négociation.**

Les négociateurs peuvent juger utile d'organiser la négociation du contrat définitif en tentant de résoudre certaines difficultés qui surviennent lors des discussions et de régler par avance certains problèmes que pose la relation contractuelle envisagée, cela peut donner lieu soit à l'établissement de contrats intérimaires(A) soit à celle de contrats partiels (B).

### **A/ Les contrats intérimaires :**

Ce sont des contrats conclus pendant la période de négociation lorsque celle-ci est longue. Ils organisent la situation provisoire en prévision du contrat définitif dont certains éléments n'ont pas encore été définis. « Ces contrats engagent, en principe, les parties pour le temps de la négociation »<sup>814</sup>.

On peut distinguer deux catégories de contrats intérimaires en fonction de l'influence que l'achèvement de la négociation du contrat principale exercera sur eux<sup>815</sup>. Cette fin de la négociation peut entraîner celle des contrats intérimaires à effet provisoire, comme elle peut avoir un effet plus limité dans les contrats intérimaires à effet définitif.

### **1- Les contrats intérimaires à effets provisoires :**

Les contrats intérimaires peuvent créer des obligations pour le seul temps des pourparlers, il s'agit généralement d'obligation dont le contenu est identique au contenu des obligations que créera le contrat projeté s'il est conclu.

« Avant la clôture des négociations, ces contrats se caractérisent par l'identité de leur contenu à celui du contrat définitif, comme c'est le cas par exemple pour certains contrats à l'essai,

---

<sup>812</sup>- C. Rousseau, Droit international public, T.I. Dalloz, paris, 1979, n°47.

<sup>813</sup>- Ibidem.

<sup>814</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op, cit, p. 82.

<sup>815</sup>- J.M. Mousseron, op, cit, p. 75.

dont notamment le contrat de travail à l'essai qui crée pour les parties les mêmes obligations que celles découlant du contrat définitif »<sup>816</sup>.

La plupart des contrats intérimaires sont conclus pour la durée des pourparlers, ils s'éteindront, donc, avec la fin de la négociation. Mais parfois, les parties prévoient une durée maximale au delà de laquelle le contrat intérimaire ne produira plus aucun effet même si les pourparlers se poursuivent<sup>817</sup>.

Après la clôture des négociations, quel que soit le résultat des négociations, les obligations nées du contrat intérimaire à effet provisoire prennent fin à la fin des négociations.

« Deux hypothèses sont à envisager selon le succès ou l'échec de la négociation »<sup>818</sup>.

Lorsque la négociation aboutit à la conclusion du contrat projeté, l'identité des obligations découlant du contrat intérimaire et du contrat définitif fait que les effets du deuxième rétroagissent à la date de prise d'effet du premier.

« Pour le droit social les choses sont claires: il n'y a pas d'autonomie du contrat intérimaire par rapport au contrat définitif, c'est le même contrat qui se consolide au fur et à mesure que s'écoule la période d'essai, la phase préliminaire au contrat définitif permet seulement aux parties de rompre librement l'engagement, donc le contrat définitif prend effet à la date du début de l'essai ».

En cas de silence des parties, c'est la solution de la succession de deux contrats distincts qui est adoptée<sup>819</sup>.

« Lorsque la négociation n'aboutit pas à la conclusion du contrat projeté, le contrat intérimaire s'éteint à la date d'échec des négociations. Les obligations engendrées par le contrat intérimaire prennent fin »<sup>820</sup>.

## **2- Les contrats intérimaires à effet définitif:**

La négociation d'un contrat comportant transfert de techniques, de licence de savoir-faire non breveté notamment, offre un exemple de pareils accords intérimaires à effet définitif. La

---

<sup>816</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op, cit, p. 82.

<sup>817</sup>- J. M. Mousseron, op, cit, p. 76.

<sup>818</sup>- D. Allag-Zennaki, op, cit, p. 82

<sup>819</sup>- J. M. Mousseron, op, cit, p. 77.

<sup>820</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit. p. 83.

conclusion de tels contrats impose, ordinairement, la divulgation par leur titulaire d'une large part des informations concernées<sup>821</sup>.

« En effet l'objet de ces contrats étant la transmission d'informations ayant une valeur économique considérable. Cette valeur ne se maintenant que si ces informations ne sont pas divulguées, il est primordial que les informations restent secrètes, la clause de secret est essentielle car sans elle, l'objet du contrat peut disparaître »<sup>822</sup>.

« Aussi, il ya lieu de prendre toutes les précautions nécessaires pour faire précéder cette communication d'information pour un accord de confidentialité dont l'objet est de garder le silence sur certaines informations sensibles communiquées avant ou lors de la relation contractuelle, pour plus de sécurité, il vaut mieux prévoir un accord de confidentialité et de non exploitation »<sup>823</sup>.

« En principe, les accords de confidentialité, même s'il ne prévoit pas la non exploitation des informations recueillies, obligent quand même à la non exploitation. Cependant mieux vaut ne pas se contenter de simple accord de confidentialité et prévoir également la non exploitation pendant et après les négociations et cela même en cas de conclusion du contrat définitif »<sup>824</sup>.

Il est préférable de conclure un contrat de confidentialité au lieu d'inclure dans le contrat une clause de confidentialité, ainsi, lorsque le contrat principal est annulé il ya le risque que les informations divulguées soient par la suite utilisées par le détenteur de l'information qui se voit libéré de son obligation. La rédaction d'un contrat spécifique à la confidentialité indépendant du contrat principale, assure le maintien de l'obligation de confidentialité même après l'annulation du contrat principale<sup>825</sup>.

En fait, avant la cloture des négociations, l'accord de secret ou de ne pas divulguer et de ne pas exploiter va produire ses effets obligatoires.

En contre partie de la communication du savoir- faire par son titulaire, le bénéficiaire des informations va être tenu d'une double obligation à ne divulguer à qui que ce soit les informations libérées, mais aussi et surtout à ne pas exploiter ces informations<sup>826</sup>.

« Après la clôture des négociations, deux hypothèses peuvent être envisagées : si la négociation aboutit à la conclusion d'un contrat définitif, l'obligation de non divulgation subsiste, mais de façon plus atténuée que lors des négociations, car la confidentialité permet

---

<sup>821</sup> - J. M. Mousseron, préc.

<sup>822</sup> -D. Allag-Zennaki, contrats,op., cit, p. 83.

<sup>823</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 83.

<sup>824</sup> - Ibid.

<sup>825</sup> - D.Allag- Zennaki, contrats, op. cit., p. 84.

<sup>826</sup> - J. M. Mousseron, op. cit., p. 78.

au bénéficiaire de l'information de conserver une position avantageuse sur ses concurrents »<sup>827</sup>.

Quant à l'obligation de non exploitation, elle disparaît car le contrat définitif oblige généralement le maître du savoir faire à favoriser l'exploitation par le cocontractant<sup>828</sup>.

Comme il n'y a pas de similitude entre les effets du contrat provisoire et du contrat définitif, il y a une autonomie de ces contrats et le problème de la rétroactivité du contrat principal ne se pose pas<sup>829</sup>.

« Si, au contraire, la négociation se termine par un échec, il vaut mieux que le contrat intérimaire, même s'il a été conclu pour une durée limitée, ne soit pas considéré comme éteint et que les obligations de confidentialité et de non exploitation perdurent au-delà du terme, car si les informations divulguées ne sont pas protégées par un brevet, le titulaire du savoir-faire court un danger s'il n'a pas pris le soin de prévoir dans le contrat intérimaire que l'obligation de non exploitation et de confidentialité survivent à l'échec des négociations »<sup>830</sup>.

D'ailleurs, c'est logique que l'obligation de confidentialité, bien qu'issue du contrat, survive à celui-ci, il y va de la fonction même de l'obligation de confidentialité. Aussi, même lorsque la volonté des parties n'a pas été très explicite à ce sujet, le juge peut se fonder sur les dispositions de l'article 107 alinéa 2 du code civil qui prévoient que le contrat oblige « non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi; l'usage et l'équité considèrent une suite nécessaire de ce contrat, d'après la nature de l'obligation » pour affirmer que la clause de confidentialité survit au contrat<sup>831</sup>.

## **B/ Les contrats partiels:**

La négociation d'un contrat peut être accompagnée de nombreux accords partiels, ce sont des fragments de contrat<sup>832</sup> qui couvrent certains éléments du contrat soumis à négociation.

L'accord partiel fixe les ententes des parties sur les points négociés, sur les éléments considérés comme acquis sans qu'ils recouvrent la totalité des éléments qui devront constituer le contrat définitif<sup>833</sup>.

---

<sup>827</sup> - D. Allag-Zennaki, préc.

<sup>828</sup> - Ibid.

<sup>829</sup> - J.M. Mousseron, op. cit. p. 78.

<sup>830</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 84.

<sup>831</sup> - L. Belhadj, op. cit., p. 127.

<sup>832</sup> - A. Rieg, La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat, études offertes à Alfred Jauffret, six- en Provence, Faculté de Droit et de Sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 593

<sup>833</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 187.



« Au delà d'un contrat déterminé, l'accord partiel peut également porter sur une opération nécessitant un ensemble contractuel plus étendu »<sup>834</sup>.

Durant la négociation, lorsque les parties s'entendent sur certains points essentiels elles fixent par écrit les principaux éléments de leur entente afin de résumer le fruit de ces pourparlers<sup>835</sup>.

Cette formation du contrat finale étape par étape « par couches successives » au fur et à mesure de l'avancement de la négociation, s'oppose à la théorie du « tout ou rien » qui exige la rencontre des volontés convergentes exprimés dans un moment précis de temps sur tous les éléments du contrat<sup>836</sup>.

Généralement, les contrats partiels se rencontrent lors des négociations d'un projet d'accords complexes négocié fragment par fragment.

Ces contrats peuvent être discutés entre les mêmes parties ou entre des parties différentes.

La négociation se fait par thèmes envisagés séparément les uns des autres qui peuvent être confiés à différents groupes de négociateurs.

« Quand l'existence de chaque fragment est subordonnée à l'existence des autres, il ne s'agit pas de contrats partiels mais des parties de contrat, il en va ainsi quand les parties dissocient la préparation des différents éléments de leur contrat, chaque fragment ne peut constituer à lui seul un contrat, il lui faut tous les autres fragments pour valoir contrat »<sup>837</sup>.

Si l'accord partiel détermine tous les éléments essentiels du contrat définitif et seul des éléments accessoires restent en discussion, ce contrat définitif sera réputé conclu, en l'absence d'une volonté contraire des parties<sup>838</sup>.

Il faut donc se méfier de la différence tenue qui peut exister entre la phase précontractuelle et la phase contractuelle, il est, en effet possible que l'accord, qui apparaît partiel au premier abord, s'avère suffisant pour la conclusion du contrat définitif négocié<sup>839</sup>, dans ce sens M.Mazeaud a souligné que « la frontière entre le contrat de négociation et le contrat négocié est encore plus difficile à tracer lorsque les négociateurs ont conclu un accord partiel dans

---

<sup>834</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 85.

<sup>835</sup> - R. Monzer, préc.

<sup>836</sup> - Dans un sens proche, C. Delforge, " La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives", in Le processus de formation du contrat, sous la direction de Marcel Fontaine, 2002, p. 137.

<sup>837</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 85.

<sup>838</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 187

<sup>839</sup> - Dans le même sens, A. Laude, « Le constat judiciaire des pourparlers », RTD Com. 1998, p. 553.

lequel certains éléments du contrat futur sont déjà déterminés mais qui demeurent à négocier en ce qui concerne d'autres éléments de ce contrat »<sup>840</sup>.

En l'absence d'accord sur tous les éléments essentiels nécessaires, l'accord partiel ne vaut donc pas contrat définitif. Il n'est pas non plus un contrat de négociation dans le sens où il ne comporte pas une stipulation explicite de négocier<sup>841</sup>.

Dans d'autres cas, l'accord peut se faire ou non sur des dispositifs susceptibles d'exister indépendamment les uns des autres, c'est alors la volonté des parties qui permettra de déterminer l'existence d'un contrat partiel<sup>842</sup>.

Face à des fragments d'accord, elle décidera si la négociation vise des accords parcellisés (1) ou globalisés (2).

### **1- Les accords parcellisés :**

Le contrat peut être désarticulé, dont plusieurs accords constituent son contenu ; chaque accord aura son indépendance, c'est à- dire que l'échec des négociations sur certains points ne compromet pas l'efficacité de l'accord intervenu sur d'autres points qui constituent des accords partiels.

« Ces accords parcellisés se rencontrent notamment dans les accords collectifs de travail. Ainsi si la négociation arrive à un accord sur l'organisation de travail et échoue sur les autres thèmes tels que la formation professionnelle par exemple, il y aura un accord sur l'organisation du travail qui a sa vie propre »<sup>843</sup>.

Ceci est pareillement possible dans la discussion d'accords industriels : les parties s'accordent sur une licence de brevet mais ne s'accordent pas sur un contrat de fourniture de matières premières ou la vente d'un prototype, elles peuvent décider que la première opération sera convenue, les mêmes formules peuvent se rencontrer dans les accords de distribution<sup>844</sup>.

---

<sup>840</sup> - D. Mazeaud, « La genèse des contrats- un régime de liberté surveillé », Droit et Patrimoine juillet, 1996, p. 44 et s.

<sup>841</sup> - R. Monzer, op. cit., p.188.

<sup>842</sup> - J. M. Mousseron, op. cit., p. 80.

<sup>843</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 85.

<sup>844</sup> - J. M. Mousseron, op. cit, p. 80.

## **2- Les contrats globalisés :**

Dans ce cas les parties peuvent préférer la formule selon laquelle le contrat forme un tout, si la négociation échoue sur certains points et réussit sur d'autres, le contrat étant envisagé comme un tout, deux solutions sont possibles<sup>845</sup>:

- « Les parties peuvent décider de l'attraction de l'échec sur la réussite. Dans ce cas, la réussite des négociations sur certains éléments est subordonnée à la réussite des négociations sur l'ensemble des autres éléments, aussi dans l'exemple précédent, si les parties s'entendent sur les éléments relatifs à l'organisation du travail mais échouent sur les autres éléments du contrat collectif du travail aucun contrat n'est conclu »<sup>846</sup>.

- « Les parties peuvent également décider de l'attraction de la réussite sur l'échec. Cela donne lieu à la conclusion d'un contrat partiel qui vaut conclusion d'un contrat définitif regroupant tous les éléments même ceux n'ayant pas fait- l'objet d'un accord ».

« Dans ce genre de contrat, il est recommandé de prévoir la rédaction d'une clause définissant les éléments essentiels et secondaires lesquels peuvent être différents selon les parties »<sup>847</sup>.

Donc d'une façon générale, lorsque l'accord partiel porte sur les éléments essentiels du contrat définitif, le contrat peut être mis en exécution, sauf si les parties ont prévu que leur engagement reste conditionné par le règlement des points secondaires.

### **Section 02 : L'efficacité des accords précontractuels.**

Il existe un grand nombre d'accords précontractuels, parmi les accords qui intéressent notre étude : les accords de préférence paragraphe (1) et les promesses de contrat paragraphe (2).

#### **Paragraphe 01: les accords de préférence:**

L'étude de l'accord de préférence sera développée en deux temps, dans un premier temps, nous allons définir la notion de l'accord de préférence et déterminer sa nature juridique (A) et

---

<sup>845</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 86.

<sup>846</sup>- Ibid, J. M. Mousseron préc.

<sup>847</sup>- Ibidem.

dans un second temps, notre analyse se concentrera sur la détermination des conditions du pacte de préférence et de ses effets (B).

### **A/ La nature de l'accord de préférence :**

La doctrine française affirme que l'accord de préférence ou encore appelé pacte de préférence est l'avant contrat le moins contraignant parmi les autres variétés des contrats préparatoires<sup>848</sup>, afin de vérifier cette affirmation, nous allons d'abord définir la notion de l'accord de préférence (1) pour ensuite voir la nature juridique de cet accord (2).

#### **1- Définition de l'accord de préférence :**

L'accord de préférence peut être défini comme " la convention par laquelle une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui au cas où elle déciderait de contracter"<sup>849</sup>.

Ainsi, il s'agit d'un contrat par lequel une personne s'oblige envers une autre à ne pas conclure un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions<sup>850</sup>.

Il s'agit en fait, d'un acte préliminaire à une éventuelle négociation.

Le débiteur de l'accord de préférence s'interdit de conclure avec autrui avant d'en proposer la conclusion au bénéficiaire aux mêmes conditions.

« Quand au bénéficiaire de l'accord de préférence, il ne supporte aucune obligation, il bénéficie d'un droit de priorité au cas où le promettant se décidait à conclure le contrat envisagé, mais il reste libre d'accepter ou de refuser l'offre qui lui serait faite »<sup>851</sup>, c'est donc un engagement conventionnel qui confère à une personne le droit d'acquérir un bien déterminé si celle-ci acceptait de payer le prix offert par un autre éventuel acquéreur.

« C'est un acte qui confère une priorité d'acquisition, et par cet aspect il doit être considéré comme un droit de préemption de nature conventionnelle »<sup>852</sup>.

---

<sup>848</sup> - F.Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil- les obligations, 11<sup>e</sup>, éd., Dalloz, 2013, p. 216.

<sup>849</sup> - J. Gustin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p. 574.

<sup>850</sup> - S. Radu, op.cit., p. 395.

<sup>851</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 77.

<sup>852</sup> - Ibidem, P. H. Autonmattei, J. Raynard, op.cit., p. 26.

Le bénéficiaire de la promesse est titulaire d'un droit potestatif<sup>853</sup> « au service du quel est mise une obligation de faire proposer prioritairement au bénéficiaire du pacte l'acquisition du bien »<sup>854</sup>.

Par conséquent, le promettant ne s'oblige pas à conclure le contrat prévu, mais il s'engage à faire une offre au bénéficiaire s'il décide de conclure le contrat considéré.

L'accord de préférence emporte également à la charge du promettant un engagement de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas contracter avec un tiers avant d'avoir proposé au bénéficiaire du pacte la conclusion du contrat.

Ainsi, le promettant doit s'abstenir de conclure tout contrat qui attribut un droit légal de préférence au profit d'un tiers et de faire obstacle au jeu de la préférence contractuelle<sup>855</sup>.

Donc, selon la définition retenue, l'engagement du promettant lors de la conclusion du pacte ne porte pas sur son consentement au contrat définitif à l'égard du bénéficiaire, seule l'acceptation du bénéficiaire du pacte implique la conclusion du contrat<sup>856</sup>. Tant que le promettant n'a pas manifesté sa volonté de conclure le contrat, la priorité de conclure le contrat est maintenue. Si le bénéficiaire refuse la conclusion, le pacte de préférence est devenu caduc et le promettant est libre de conclure avec une autre personne<sup>857</sup>, sans avoir à le proposer au bénéficiaire une nouvelle fois dans la mesure où le prix n'est pas modifié et alors que la vente intervient des années après le refus de l'offre<sup>858</sup>.

De même, si le pacte de préférence contient un délai exprès de validité, l'écoulement du délai emporte caducité du pacte de préférence car le promettant ne s'est pas obligé à conclure le contrat mais uniquement à accorder une priorité au bénéficiaire s'il se décidait à conclure<sup>859</sup>.

L'accord de préférence peut être soit l'un des éléments d'un accord principale et il s'agit de la clause de préférence(a), soit l'objet essentiel d'un contrat et il s'agit du contrat de préférence(b)<sup>860</sup>.

---

<sup>853</sup> - Cass. 3<sup>e</sup> civ. 15 janvier 2003, Bull. civ III, 2003, p. 09, note H. Kenfack, « Pacte de préférence et condition potestative" virtuelle" ».

<sup>854</sup> - Cass. 3<sup>e</sup> civ. 30 avril 1997, RTD civ. 1997, p. 476, note D. Mazeaud.

<sup>855</sup> - S. Radu, op. cit., p.396.

<sup>856</sup> - Cass. 3<sup>e</sup> civ, 22sep. 2004, défrenois 2004, p. 1725, obs. Libchaber.

<sup>857</sup> - Cass. 3<sup>e</sup> civ. 29 janv. 2003, défrenois 2003, p. 1267, obs. J. L.Aubert, RTD civ. 2003, p. 479, obs. J. Mestre, B. fages.

<sup>858</sup> - Cass. 3<sup>e</sup> civ. 29 janv. 2003, AJDI, 2003, p. 705.

<sup>859</sup> - S. Radu, op. cit., p. 396.

<sup>860</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 78.

### **a) La clause de préférence :**

« Dans beaucoup de contrats durables existe une clause de préférence qui dans certains cas, oblige une des parties à traiter avec l'autre, de préférence à un tiers. Il peut en être ainsi par l'exemple dans le contrat de bail lorsqu'une clause spécifique est prévue au profit du locataire. Il est également fréquent dans les statuts de la société, d'inclure une clause de préférence se rapportant à des cessions d'actions ou de parts sociales entre associés. Une telle clause gagnerait à être suivie d'une définition conventionnelle de la notion de cession, laquelle peut être comprise différemment »<sup>861</sup> : vente, donation, apport en société ...etc. Donc, parmi les éléments essentiels du contrat, peut figurer une clause appelée clause de préférence.

### **b) Le contrat de préférence :**

L'usage fréquent du contrat de préférence est connu en matière sociétaire et dans les ventes immobilières.

« Quant le contrat de préférence porte sur une opération translatrice de propriété, il est générateur d'un droit conventionnel de préemption »<sup>862</sup>.

L'utilité du contrat de préférence, en diverses situations contractuelles, n'est pas douteuse au gré des objectifs, directs ou indirects, qu'il se donne de servir. « Cette utilité n'est d'ailleurs pas forcément liée à la réalisation effective de l'opération conventionnelle en vue de laquelle la préférence a été consentie. Ce peut être un mécanisme préventif dont l'intérêt comme en matière de droits de sociétés ou en droit patrimonial de la famille est simplement de sécuriser la situation actuelle en anticipant les conséquences d'une opération si elle devait se réaliser : assurer, tel qu'il est, l'équilibre entre les actionnaires, maintenir, tel que c'est le bien dans la famille »<sup>863</sup>. « Dans le premier cas, l'équilibre existe déjà au sein de la société et le pacte n'a comme objectif que de faire en sorte que si l'un des actionnaires vend ses titres, cet équilibre soit préservé. Dans le second cas, les biens partagés entre les membres de la famille ne sont pas sortis de ce cercle; il n'est donc question, au moyen du contrat de préférence, que de

---

<sup>861</sup> - Ibidem.

<sup>862</sup> - D. Allag-Zennaki, *contrats*, op. cit., p. 78.

<sup>863</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, *op.cit.*, p. 579.

s'assurer qu'il en restera ainsi si l'un des attributaires décide de vendre les biens qui lui ont été alloués »<sup>864</sup>.

## **2- La nature juridique de l'accord de préférence :**

« La doctrine est partagée quant à la nature juridique de l'accord de préférence »<sup>865</sup>.

Pour certains, l'accord de préférence est une promesse unilatérale conditionnelle dans l'hypothèse où le promettant s'engage à conclure dans les mêmes conditions que celles fixées par un tiers.

A trois égards l'accord de préférence et la promesse unilatérale de vente présentent des analogies<sup>866</sup>:

- Ils sont tous deux contrats unilatéraux, ou seul le propriétaire (promettant) s'engage, tandis que son cocontractant est un bénéficiaire.

- Dans les deux conventions, la chose doit être déterminée, sauf clause particulière, le pacte n'est pas caduc en cas " de changement ultérieur de destination de la chose"<sup>867</sup>.

- Dans les deux conventions, le droit de bénéficiaire est transmissible et cessible, sauf stipulation contraire même tacite ou intuitus personae<sup>868</sup>.

« Même si l'accord de préférence comme la promesse unilatérale sont des contrats unilatéraux, l'accord de préférence se distingue de la promesse de contracter en ce que la volonté de conclure n'existe pas chez le promettant, contrairement à la promesse de contrat où cette volonté de contracter existe »<sup>869</sup>.

« Le contenu de l'accord de préférence est moins lourd que celui de la promesse unilatérale, son débiteur ne consent pas à la conclusion de contrat futur mais seulement à en proposer à une personne déterminée s'il décidait de conclure le dit contrat »<sup>870</sup>.

---

<sup>864</sup>- Ibidem.

<sup>865</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 79.

<sup>866</sup>- Ph. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, Les contrats spéciaux, 5e éd. Defrénois, Lextenso éditions, 2011, p. 94.

<sup>867</sup>- Cass. Civ. 3e, 2 juillet 1974, Bull. Civ. III, n° 283.

<sup>868</sup>- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 fév. 1987, Bull. Civ. I, n° 75.

<sup>869</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit, p. 79.

<sup>870</sup>- D. Allag-Zennaki, préc. p. 79.

Pour d'autres auteurs, l'accord de préférence est un avant contrat autonome doté de caractères propres, à la fois par ce qu'il porte sur une simple éventualité (que le promettant se décide à vendre) et qu'il reconnaît à l'une des parties, le bénéficiaire, une option potestative<sup>871</sup>.

## **B/ Conditions de validité et effets de l'accord de préférence:**

Le contrat de préférence doit être soumis à des conditions de validité (1) à fin de produire ses effets(2).

### **1- Les conditions de validité:**

Comme tout acte juridique, le pacte de préférence doit remplir certaines conditions de validité, de forme et de fond.

#### **a) Conditions de forme:**

En principe, le pacte de préférence en tant que acte consensuel, n'est soumis à aucune exigence de forme particulière.

Toutefois, si le pacte lui-même n'est pas assujéti à aucune exigence de forme, il peut indirectement en être l'objet lorsque il est l'accessoire d'un contrat principale soumis lui-même à un formalisme, tel est le cas, notamment, quand il est stipulé dans une donation-partage ou prévue dans les status d'une société qui, même s'ils peuvent être établis par acte sous seing privé, sont soumis à une formalité d'enregistrement<sup>872</sup>.

A titre de condition de forme, le promettant doit informer le bénéficiaire par lettre recommandée avec accusé de réception, de toute offre concurrente émanant d'un tiers à l'accord de préférence en précisant toutes les conditions essentielles de celle-ci, notamment les conditions financières<sup>873</sup>.

Toute proposition nouvelle du tiers devant également être communiquée au bénéficiaire dans les mêmes conditions<sup>874</sup>, le problème relève ici de la comparaison des offres concurrentes avec la proposition du promettant.

---

<sup>871</sup>- Ph, Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, op. cit., p. 96.

<sup>872</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M, Serinet, op.cit., p. 581.

<sup>873</sup>- R. Monzer, op. cit., pp. 79,80.

<sup>874</sup>- J. Mousseron, op. cit., p. 64.



« Mais l'inobservation des formes prévues pour la notification n'a pas d'importance lorsque le bénéficiaire a eu connaissance du projet du tiers et qu'il a fait connaître sa volonté de conclure »<sup>875</sup>.

En tout cas, le bénéficiaire peut accepter ou refuser la proposition faite par le promettant, c'est pourquoi il doit faire connaître sa décision au promettant dans les meilleurs délais, s'il ne respecte pas un délai raisonnable pour exercer son droit de préférence il devrait le perdre.

A cet effet, le promettant a intérêt à stipuler un délai maximum s'il ne veut pas perdre le bénéfice d'autres opportunités favorables pour lui avec des tiers<sup>876</sup>.

En fin, la nouvelle réforme de code civil français<sup>877</sup>, a apporté une nouvelle formalité concernant le pacte préférence ; il s'agit de l'action interrogatoire<sup>878</sup>.

Cette action permet au tiers de demander par écrit au bénéficiaire du pacte de préférence de confirmer dans un certain délai s'il entend s'en prévaloir.

A défaut de répondre dans ce délai, le bénéficiaire ne pouvait plus demander sa substitution dans le contrat à la place du tiers.

## **b) Conditions de fond :**

Généralement, le pacte de préférence se contente d'indiquer la nature du contrat à conclure, la chose sur laquelle il porte, ainsi que la personne de bénéficiaire ; il prévoit également un délai pour que le bénéficiaire prenne parti lorsqu'une offre lui est faite<sup>879</sup>.

« Dans le pacte de préférence l'événement essentiel est la décision prise par le promettant de conclure un contrat dont l'objet et la nature correspondent à ce que les parties ont convenu lors de l'accord de préférence »<sup>880</sup>.

Il est plus rare que la durée de validité du pacte ou que le prix du contrat à conclure soient indiqués, ce qui importe peu, juridiquement, puisque la Cour de Cassation considère que " ni la prédétermination du prix ni la stipulation d'un délai ne sont une condition de validité du pacte"<sup>881</sup>.

---

<sup>875</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 80.

<sup>876</sup>- Ibidem.

<sup>877</sup>- L'ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.Fr. n°0035 du 11/02/2016 texte n°26.

<sup>878</sup>- Art.1123 du nouveau c. civ.fr.

<sup>879</sup>- L. Gareil- Sutter, op. cit., p. 15.

<sup>880</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 79.

<sup>881</sup>- Cass.1re, Civ. 6 juin 2001, Bull. Civ. 2001, I. n° 166, p.108.

« Généralement un délai est fixé par les parties. Sinon, il faut se contenter du délai raisonnable c'est-à-dire que le promettant ne peut revenir sur le pacte de préférence avant l'écoulement de ce délai raisonnable »<sup>882</sup>.

Il vaut mieux que les parties fixent dans leur pacte une clause fixant la durée de l'obligation, et cette durée pouvant être soit déterminée soit déterminable. « Une telle disposition contractuelle mettant les partenaires à l'abri de litiges sur ce point »<sup>883</sup>.

## **2- Les effets du pacte de préférence :**

Le pacte de préférence a pour effet principal de donner au bénéficiaire un droit de préférence sur la conclusion future et éventuelle du contrat envisagé, il oblige donc le promettant, pour le cas où celui-ci déciderait de conclure le contrat, d'en proposer par priorité la réalisation au bénéficiaire<sup>884</sup>, on ne peut dire que le promettant est obligé de s'engager effectivement ou forcément avec le bénéficiaire, mais, il est seulement de son devoir de lui assurer, de façon privilégiée, l'opportunité de conclure le contrat, soit en lui faisant directement et avant toute autre personne une offre, soit en engageant avec lui et avant toute autre personne des négociations<sup>885</sup>.

« Si le bénéficiaire lève l'option, le promettant est tenu de contracter avec lui de préférence à toute autre personne, sur la base de l'offre du concurrent, selon les modalités prévues dans l'accord de préférence, sinon à égalité de conditions »<sup>886</sup>.

Si le bénéficiaire refuse l'offre ou que les négociations n'aboutissent pas à un accord sans faute du promettant, ce dernier est dégagé et recouvre la liberté de conclure le contrat avec une autre personne de son choix<sup>887</sup>.

Selon l'article 1123 du nouveau code civil français, le bénéficiaire du pacte peut demander l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à ce dernier à condition d'établir que le tiers a eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence de l'accord de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir<sup>888</sup>.

---

<sup>882</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 79.

<sup>883</sup> - Ibid.

<sup>884</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p. 582.

<sup>885</sup> - Ibid.

<sup>886</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 80.

<sup>887</sup> - Cass.civ. 3<sup>e</sup>, 29 janvier 2003, Bull.civ. III, n°157, défrenois 2004, p.1267.

<sup>888</sup> - <http://www.captaincontrat.com/blog-actualité-juridiques/pacte-de-preference>.

Si l'annulation est prononcée, tout passera comme si le contrat n'avait jamais été conclu avec le tiers. Avec la substitution, le bénéficiaire du pacte remplace le tiers dans le contrat conclu.

Le bénéficiaire peut engager la responsabilité contractuelle du promettant le plus souvent, le bénéficiaire du pacte ne pourra obtenir que des dommages intérêts de la part du promettant qui n'a pas honoré ses engagements sur le fondement de la responsabilité contractuelle<sup>889</sup>.

Le législateur algérien n'a pas prévu de solution à cette situation, mais le bénéficiaire de « L'accord de préférence devrait pouvoir l'annulation du contrat conclu en fraude de son droit. L'annulation ne se faisant pas sur le fait que le deuxième contrat à été conclu de façon fautive, le tiers n'étant partie à l'accord de préférence, celui-ci n'a aucun effet sur lui, mais sur la base de la fraude, le juge pourrait aussi se fonder sur l'article 192 du code civil par analogie, et réputer le contrat imposable au créancier de l'accord de préférence, mais une telle solution n'est pas suffisamment protectrice pour ce dernier »<sup>890</sup>. Dans tous les cas cela reste à l'appréciation du juge<sup>891</sup>.

En fin, « si le bénéficiaire ne lève pas l'option, le débiteur est dégagé de son obligation de préférence et peut contracter en toute liberté »<sup>892</sup>.

## **Paragraphe 02: les promesses de contrats :**

La conclusion du contrat peut être précédée d'un contrat préalable par lequel une des parties ou les deux s'engagent à conclure par la suite, un deuxième contrat : il s'agit de la promesse de contrat.

Le législateur ne donne pas de définition de la promesse de contrat, ce qui va accentuer la difficulté quant à la détermination de sa nature juridique. « En fait, il peut être affirmé que la promesse de contrat est un accord qui engage l'une des parties (promesse unilatérale) ou les deux parties (promesse synallagmatique) dans la conclusion du contrat dont les conditions principales ont été établies »<sup>893</sup>.

---

<sup>889</sup> - Ibid.

<sup>890</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 81.

<sup>891</sup> - V. Arts. 170 et 171 du c.civ.

<sup>892</sup> - D. Allag-Zennaki, préc.

<sup>893</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 93.

« La promesse de contrat est un avant contrat générateur d'obligations qui se distingue de l'offre de contracter, laquelle ne constitue qu'une étape dans le processus de négociation et qui est en principe librement rétractable »<sup>894</sup>.

C'est un avant contrat particulier dont la finalité se trouve dans le contrat projeté, aussi même si la promesse produit des effets juridiques, elle n'a pas d'existence indépendante par rapport au contrat dont elle fait l'objet.

### **A/ Les types et conditions de promesse de contrat:**

D'après l'article 71 du code civil, il existe deux catégories de promesse: unilatérale et synallagmatique.

#### **1- Promesse unilatérale de contrat:**

C'est un accord par lequel « l'une des parties, le promettant, promet à l'autre, le bénéficiaire, de conclure si celui-ci lève l'option découlant de la promesse, un contrat dont les éléments sont déjà mentionnés dans la promesse, le promettant devant également éviter tout comportement de sa part pouvant empêcher la réalisation du contrat projeté »<sup>895</sup>.

Ainsi, la promesse unilatérale de contracter présente essentiellement un intérêt pour le bénéficiaire, qui se voit réserver le profit du contrat tout en restant libre de le conclure ou non<sup>896</sup>.

C'est un avant contrat utile quand une des parties au contrat projeté veut le conclure alors que l'autre ne s'est pas encore décidée ; un délai lui est accordé lui permettant de réfléchir à l'opportunité de conclure le contrat définitif par la levée de l'option, laquelle permet la rencontre des volontés réciproques. Ainsi ; le bénéficiaire de la promesse bénéficie de deux avantages ; s'assurer qu'il a réellement l'intention de conclure le contrat projeté, d'une part et pouvoir retarder la conclusion du contrat définitif grâce au délai qui lui est accordé dans la promesse, d'autre part<sup>897</sup>.

---

<sup>894</sup> - Ibid, C. S. Ch. Civ, 21/11/2007, Revue de la Cour Suprême, n°02, 2009, p. 93.

<sup>895</sup> - D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 94.

<sup>896</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p 596.

<sup>897</sup> - J. Schmidt, La force obligatoire des avants contrats, RTD civ., 2000, n°1, p. 39.

La technique de la promesse comme préalable à la conclusion du contrat peut tout de même avoir aussi un intérêt pour le promettant qui manifeste ainsi, à destination du bénéficiaire, sa volonté de contracter avec lui et donne acte de son engagement par exemple de lui consentir un prêt. L'intérêt est évidemment plus net lorsqu'il en attend une contrepartie pécuniaire, sous la forme d'un prix de l'exclusivité consentie<sup>898</sup>. Cette contre partie est fréquente dans l'application la plus courante de la promesse qu'est la promesse unilatérale de vente<sup>899</sup>. S'agissant de la promesse de vente ; seul le promettant s'engage à vendre un bien à un bénéficiaire qui réserve sa décision d'achat, puisqu'il dispose d'une option ; acheter ou ne pas acheter<sup>900</sup>, c'est d'ailleurs cette option qui constitue l'élément essentiel du contrat et la différencie de la promesse synallagmatique.

Le retrait de la promesse avant la levée de l'option régulière ; c'est-à-dire quand celle-ci intervient dans le délai et dans les formes éventuellement prévues dans la promesse, empêche la conclusion du contrat et libère le promettant, et le retrait de sa promesse manifeste sa volonté de ne plus conclure avec le bénéficiaire.

Si au contraire, le promettant retire son offre avant le délai imparti, ou s'il conclut le contrat projeté avec une autre personne que le bénéficiaire de la promesse, il commet une faute. La conclusion du contrat avec un tiers n'est pourtant pas fautive, si ce contrat porte sur un objet différent de celui envisagé par la promesse<sup>901</sup>.

## **2- Promesse synallagmatique de contrat:**

« La promesse est synallagmatique lorsque les deux parties s'engagent réciproquement à conclure le contrat définitif dont les clauses sont prédéterminées »<sup>902</sup>.

Cela arrive quand le contrat projeté ne peut pas être immédiatement conclu et cela pour différentes raisons<sup>903</sup>: obtention d'une autorisation administrative préalable, trouver le financement de l'opération ou la réalisation d'une formalité ... etc.

---

<sup>898</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op.cit., p. 596.

<sup>899</sup> - Ibid, V. Aussi l'article 1589-2 du code civil français.

<sup>900</sup> - F. Terré, Ph Simler et Y. Lequette, Droit civil- les obligations, Dalloz, 8<sup>e</sup>, éd. 2002, n°199.

<sup>901</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 487.

<sup>902</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 95.

<sup>903</sup> - D. Mainguy, Contrats spéciaux, 7<sup>e</sup>, éd. Dalloz, 2010, p. 73.

La promesse synallagmatique se caractérise en effet par la réciprocité des engagements souscrits par les parties de conclure un type donné de contrat à des conditions déterminées<sup>904</sup>. « Dans un contrat consensuel il n'ya pas d'autonomie de la promesse synallagmatique par rapport au contrat définitif, car la promesse synallagmatique compote le consentement des parties, lequel est suffisant à la formation du contrat consensuel. C'est pourquoi cette promesse vaut contrat et ne constitue plus un avant contrat »<sup>905</sup>. Les parties doivent exécuter leur accord tel que spécifié dans les termes de la promesse, sauf stipulation contraire, par contre l'autonomie de la promesse synallagmatique consensuel apparait quand il faut conclure un contrat définitif non consensuel, c'est-à-dire lorsque les parties veulent faire de l'accomplissement de la formalité une condition de formation du contrat définitif. La promesse synallagmatique devient, alors un avant contrat qui crée à la charge de chacun des cocontractants une obligation de faire, celle d'accomplir une formalité<sup>906</sup>. « Quand la promesse de contrat a pour objet la conclusion d'un contrat réel, la promesse synallagmatique de contrat vaut contrat, car elle est l'élément consensuel du contrat qui oblige la réalisation de la tradition »<sup>907</sup>.

### **3- Conditions de la promesse de contrat:**

La promesse doit comporter un nombre d'éléments nécessaires à sa validité; ce sont les éléments relatifs au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause.

Concernant le consentement, il ya lieu de distinguer selon qu'il s'agisse d'une promesse unilatérale ou synallagmatique, dans la promesse unilatérale le consentement du promettant est relatif à la fois à la promesse et au contrat projeté, alors que le consentement du bénéficiaire de la promesse n'est relatif qu'à l'acceptation de la promesse, c'est lui qui mène à la formation du contrat projeté.

Au contraire dans la promesse synallagmatique, les deux partenaires engagent leur consentement de la même manière<sup>908</sup>.

---

<sup>904</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M, Serinet, op.cit., p. 611.

<sup>905</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 95.

<sup>906</sup> - J. M. Mousseron, op. cit., p. 72.

<sup>907</sup> - D. Allag-Zennaki, préc.

<sup>908</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 97.

L'objet et la cause de la promesse doivent être licites et possibles au moment de la conclusion du contrat projeté. Dans l'hypothèse d'une promesse de vente, la chose et le prix doivent donc être déterminés<sup>909</sup>.

Quant à la capacité, elle doit, pour le promettant exister pour la validité de la promesse et celle du contrat projeté, le promettant doit avoir la capacité de conclure au jour de la promesse, car c'est lors de la promesse que la chose, le prix et le délai pour lever l'option sont déterminés<sup>910</sup>.

Aussi doit telle exister chez les deux parties en matière de promesse synallagmatique. Concernant le délai de validité de la promesse, le législateur a pris soin de préciser que pour être suivie d'effet la promesse doit préciser le délai de sa validité.

Ainsi une promesse de contrat dépourvue de délai n'a aucun effet juridique ; la précision du délai étant une condition d'efficacité de la promesse<sup>911</sup>.

Quant à la condition de forme, l'article 71 du code civil exige la condition du parallélisme des formes de la promesse et du contrat projeté<sup>912</sup>.

## **B/ Effets de la promesse de contrat :**

La promesse de contrat synallagmatique produit des effets plus importants que la promesse unilatérale.

### **1- Les effets de la promesse unilatérale :**

La promesse unilatérale n'a pas, vis-à-vis de chacune des parties, les mêmes effets, elle fait peser une obligation de conclure le contrat envisagé sur l'une parties (promettant), l'autre partie (bénéficiaire) demeurant libre de lever l'option ou non.

Le promettant est tenu de deux obligations principales: il a tout d'abord une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire qu'il est tenu de ne pas conclure le contrat prévu avec un tiers. Si le promettant manque à cette obligation négative, le bénéficiaire de la promesse est en droit de demander la nullité du contrat, et la conclusion forcée du contrat à deux conditions: premièrement s'il établit qu'il a l'intention de lever l'option et, deuxièmement, si le tiers

---

<sup>909</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op, cit, p. 602.

<sup>910</sup>- P. H. Antonmattei, J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, 6<sup>e</sup>éd. Litec, 2008, p. 54.

<sup>911</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 97.

<sup>912</sup>- C. S. Ch. Civile, 06/04/1994, dossier n°108763, Revue judiciaire n°01, 1998, p. 103.

acquéreur est de mauvaise foi, en ce sens qu'il était au courant de la conclusion de la promesse<sup>913</sup>. Le promettant a également une obligation de faire, celle de maintenir son consentement à la conclusion du contrat jusqu'à la levée de l'option ou à l'expiration du délai de la promesse. En s'appuyant sur cette obligation, la Cour de Cassation a décidé à plusieurs reprises que la levée de l'option qui interviendrait postérieurement à la rétractation mais dans le délai accordé expressément ou implicitement exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et donc, le bénéficiaire ne peut pas prétendre à la réalisation forcée du contrat mais uniquement à des dommages et intérêts<sup>914</sup>. Si une telle solution venait à être retenue, ce ci signifierait que l'engagement du promettant ne peut pas être transmis à ses héritiers, contrairement à ce qu'existe en matière d'offre de contracter<sup>915</sup> qui a pourtant moins de force que la promesse.

Lorsque le bénéficiaire ne leve pas l'option dans le délai requis, la promesse devient caduque. « Il est préférable, malgré la fixation du délai de l'option, d'insérer une clause stipulant expressément qu'à défaut de levée de l'option dans le délai convenu, la promesse sera résolue de plein droit, de cette façon le promettant est mieux protégé dans l'hypothèse où le bénéficiaire leve l'option quelques jours après l'échéance convenue entre les parties, le juge ne pouvant plus ainsi faire droit à la demande d'existence du contrat définitif »<sup>916</sup>.

« S'il existe une formalité pour la réalisation du contrat définitif telle par exemple la rédaction du contrat par acte authentique, le délai écoulé entre la levée de l'option et la réalisation de la condition constitue un terme et la promesse unilatérale se transforme en promesse synallagmatique »<sup>917</sup>.

En principe la levée de l'option doit être conforme aux stipulations de la promesse mais le promettant peut accepter la levée de l'option non conforme.

Si le bénéficiaire leve l'option, le contrat se forme définitivement<sup>918</sup>, sa preuve peut être rapportée par tous moyen<sup>919</sup> et est laissée à l'appréciation souveraine des juges de fond<sup>920</sup>, au moment de cette levée, le contrat définitif se substituant à la promesse, d'où l'appréciation des vices du consentement du bénéficiaire à ce moment, puisque les effets du contrat se

---

<sup>913</sup>-S. Radu, op. cit., p. 326.

<sup>914</sup>- Cass. 3<sup>e</sup>, Civ 15 dec. 1993, n°91-10199, Bull.civ. III.n°174, JCP.1995,II. 22366, note D. Mazeaud.

<sup>915</sup>- Art. 62 du code civil.

<sup>916</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 99.

<sup>917</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 100.

<sup>918</sup>- L. Gareil-Sutter, fasc. 20, p. 20.

<sup>919</sup>- Cass. Civ, 25 mai 1949, D. Jurispr. p. 391; RTD civ. 1949, p. 536, obs. J.Carbonnier.

<sup>920</sup>- Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 mai 1952, Bull.Civ. 1952, I. n°165.



produisent également au moment de la levée de l'option et ne rétroagissent pas au jour de la promesse. « Ainsi par exemple, la promesse unilatérale de vente n'entraîne transfert de propriété qu'au moment de la levée de l'option le promettant restant propriétaire jusqu'à ce moment, aussi, si l'objet de la promesse est détruit avant la levée de l'option, le risque est supporté par son propriétaire qui est le promettant »<sup>921</sup>.

## **2- Les effets de la promesse synallagmatique de contrat :**

La promesse synallagmatique produit les mêmes effets que la promesse unilatérale de contrat dans les hypothèses d'autonomie de la promesse par rapport au contrat définitif soumis à formalité<sup>922</sup>.

En matière de promesse synallagmatique chaque partie peut légitimement se prévaloir de la sécurité juridique qu'offre cet avant contrat.

La promesse synallagmatique de contracter conserve tout de même une utilité en tant qu'avant-contrat distinct du contrat promis lorsque les parties, tout en exprimant immédiatement leur engagement de conclure l'acte considéré, ont entendu différer sa conclusion jusqu'à la réalisation d'un certain événement, ou d'une formalité dont elles ont fait un élément déterminant de la formation du contrat<sup>923</sup>, l'exemple classique est celui de la réitération de leur engagement dans un acte définitif conclu en la forme authentique<sup>924</sup>. La promesse consensuelle oblige alors les parties à réaliser la vente sous une forme solennelle<sup>925</sup>. Plus généralement, lorsqu'elle est ainsi conçue comme un véritable avant contrat précédant la conclusion du contrat définitif, la promesse donne naissance à une obligation de faire, celle d'accomplir la formalité requise ou les démarches nécessaires à la réalisation de l'événement érigé ou condition de validité du contrat définitif.

Ce n'est qu'après cette réalisation que celui-ci sera effectivement formé et à défaut, la vente doit être considérée comme caduque<sup>926</sup>.

« S'agissant de la promesse synallagmatique consensuelle de contrat solennel, elle ne vaut pas contrat définitif, elle concrétise le consentement des parties qui est nécessaire, mais qui n'est plus suffisant à la formation du contrat définitif, il s'agit d'un avant-contrat distinct du contrat

---

<sup>921</sup> - D. Allag-Zennaki, préc.

<sup>922</sup> - D. Allag-Zennaki, *contrats*, op. cit., p. 101.

<sup>923</sup> - Cass.Civ, 3<sup>e</sup>, 14 janvier 1987, D. 1988, p. 80, note J. Schmidt.

<sup>924</sup> - Cass. Civ, 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1994, Bull. civ, III. n°229, JCP. G. 1995, II. 22491, note Ch, Larroumet.

<sup>925</sup> - Ch. Coutant, l'avant contrat sous seing privé et sa réitération par acte authentique, JCP. N. 1998, p.1699.

<sup>926</sup> - Cass.Civ 3<sup>e</sup>, 2 fev. 1983, Bull. Civ., III. n°34; Cass. Civ.3<sup>e</sup>, 12 oct. 1994, Defrénois 1995, p. 738, obs. D. Mezeaud.

définitif, aussi tant que la formalité légale n'a pas été effectuée »<sup>927</sup>, les obligations nées de l'avant contrat ne sont pas susceptibles d'exécution en nature, mais cela ne signifie pas que l'autre partie soit privée de réparation, elle peut obtenir des dommages et intérêts. L'avant contrat est ainsi pourvu d'une force obligatoire atténuée et ne peut donner lieu à l'exécution en nature<sup>928</sup>.

La question qu'on peut poser est de savoir si une partie à la promesse synallagmatique du contrat formel peut exiger de l'autre la passation de l'acte notarié. « La réponse à cette question peut être négative dans la mesure où l'avant contrat portant promesse synallagmatique est distinct du contrat définitif soumis à la formalité et les obligations nées de l'avant contrat ne peuvent pas faire l'objet d'exécution forcée en nature, car dans le cas contraire il s'agirait de forcer une partie à conclure un contrat contre sa volonté ; ce qui est contraire à liberté contractuelle »<sup>929</sup>.

« Le législateur algérien semble dans l'article 72 alinéa 2 du code civil opter pour une solution intermédiaire et cela pour ne pas se confronté avec le principe de la liberté contractuelle »<sup>930</sup>.

Lorsque la promesse remplit toutes les conditions requises pour la conclusion du contrat objet de la promesse, le bénéficiaire peut exiger en justice la conclusion du contrat conformément à l'article 72 du code civil. « Le tribunal peut, en cas de refus du promettant rendre une décision valant contrat »<sup>931</sup>.

En effet le juge n'accorde pas l'exécution forcée du contrat, en cas où le contrat est déjà formé, mais il procède à rendre seulement un jugement valant contrat et c'est ce jugement qui constitue l'acte authentique.

La promesse synallagmatique de contrat solennel ne pose pas de problème dans la mesure où elle n'est valable que si la solennité est d'ordre public.

Alors, l'alinéa 2 de l'article 71 du code civil va dans le même sens quand il dispose « lorsque la loi subordonne la conclusion du contrat à l'observation d'une certaine forme, celle-ci s'applique également à la convention renfermant la promesse de contracter ».

En fin, d'une manière générale, « l'auteur d'une promesse même unilatérale est tenu par le contrat qui s'impose à lui par la simple manifestation du consentement de l'autre partie »<sup>932</sup>.

---

<sup>927</sup>- C. S. 30/04/1989, Dossier n°53630, Revue judiciaire n°04, 1991, p. 145.

<sup>928</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 103.

<sup>929</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 103.

<sup>930</sup>- Ibid.

<sup>931</sup>- V. Art.72, c.civ.

<sup>932</sup>-D.Allag-Zennaki, préc.

## **Deuxième partie :**

### **La protection du consommateur durant la phase précontractuelle.**

La protection du consommateur durant cette période est assurée, d'une part, par des obligations qui s'imposent au professionnel et d'autre part, par des conséquences qui peuvent découler de la phase précontractuelle.

#### **Titre Première: Les obligations précontractuelles pesant sur le professionnel**

Dans ce titre seront étudiées comme obligations pesant sur le professionnel, l'obligation précontractuelle d'information (chapitre 1), en suite la reconnaissance d'un délai de réflexion et d'un droit de rétractation (chapitre 2).

##### **Chapitre I: l'obligation précontractuelle d'information:**

Ce chapitre comprend deux sections: la première concerne, la nature et le fondement de l'obligation précontractuelle d'information, la deuxième concerne, les effets de l'obligation précontractuelle d'information.

##### **Section 1: nature et fondement de l'obligation.**

L'obligation précontractuelle d'information peut être de nature générale fondée sur les règles du droit commun, comme elle peut être de nature spéciale fondée sur les règles spéciales.

## **Paragraphe 01: l'obligation générale d'information:**

Avant la conclusion du contrat le consommateur est face à un professionnel qui connaît bien les caractéristiques du bien ou service demandé. Celui-ci doit donc fournir toutes les informations nécessaires qu'à besoin le consommateur, pour avoir un consentement clair et libre, non entaché de vices du consentement.

Il existe le devoir précontractuel de renseignement, c'est à dire la communication au partenaire éventuel de toute information en sa possession pouvant avoir une incidence sur la formation et l'exécution du contrat<sup>933</sup>.

La règle est formulée pour le contrat de vente, par l'article 352 du code civil: « l'acheteur doit avoir une connaissance suffisante du bien vendu »; cette connaissance ne peut être suffisante que si le vendeur l'a fourni préalablement à la conclusion du contrat.

Dans le même contexte l'ancien article 1602 du code civil français énonce: « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Cette règle a été généralisée par la jurisprudence française, qui l'applique à toutes sortes de contrats<sup>934</sup>.

Le fondement de l'obligation précontractuelle d'information peut être trouvé dans la théorie des vices du consentement, et à cet effet la jurisprudence considère que le manquement de l'information constitue un dol ; le contrat sera annulé pour vice du consentement, sur la base de l'article 1116 du code civil français, le même effet est formulé par l'article 86 du code civil algérien.

Il est admis par la jurisprudence que le dol peut résulter d'une simple réticence<sup>935</sup>. C'est à dire du silence gardé par un contractant sur une information essentielle qu'il détenait<sup>936</sup>. Donc le contractant réticent sera condamné à verser des dommages et intérêts à l'autre contractant pour réparer le préjudice causé par le défaut d'information<sup>937</sup>.

Le défaut d'information peut aussi constituer une faute qui trouve son fondement dans l'article 124 du code civil, avec la condamnation de l'auteur du défaut à versé des dommages et

---

<sup>933</sup> - D. Allag-Zennaki, op, cit, p. 51.

<sup>934</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1993, D. 1994, J. 211, Civ. 1<sup>re</sup> 13 Avr. 1999, D. 1999, IR. 146, Civ. 3<sup>e</sup> 1 juillet 1998 JCP. E., 1998, 1525.

<sup>935</sup> - J. Calais Auloy et H. Temple, Droit de la consommation, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, p. 56.

<sup>936</sup> - Com. 27 Oct. 1965, Bull. Civ. III. n° 534, RTD Civ., 1966. 529, obs. Chevalier, C.S., Ch, Civ. 17/01/2001 Dossier n°233625 revue judiciaire n°2, 2001, p. 109.

<sup>937</sup> - Cass, Civ. 28 mai 2008, Bull.Civ., I. n°154, pourvoi n°07-13487.

intérêts à sa victime, il s'agit de la responsabilité délictuelle, car la faute existe avant la conclusion du contrat<sup>938</sup>.

Dans d'autres cas, le manquement d'information trouve son fondement dans la théorie des vices cachés de la chose vendue<sup>939</sup>. Si le défaut est caché, c'est par ce que le vendeur ne l'a pas dévoilé à l'acheteur avant la vente, c'est à dire pendant la période précontractuelle. La responsabilité étant la sanction du défaut d'information, elle est ici délictuelle et elle deviendra contractuelle dès la conclusion du contrat.

#### **A/ L'existence d'obligation précontractuelle d'information autonome:**

Selon l'article 352 du code civil et l'ancien article 1602 du code civil français, « l'acheteur doit avoir une connaissance suffisante du bien vendu ».

Ces deux textes imposent formellement une obligation d'information au vendeur pour éclairer le consentement de l'acheteur, ils visent essentiellement à une meilleure information destinée à rendre le contentement plus éclairé et en ce sens préviennent des vices du consentement<sup>940</sup>. Les jurisprudences algériennes et françaises se sont appuyées sur ces deux articles pour dégager et développer une obligation générale d'information avant toute conclusion du contrat<sup>941</sup>. Par la suite, les jurisprudences ont su généraliser cette obligation à tous les contrats<sup>942</sup>.

Suite à une évolution considérable de l'obligation précontractuelle d'information, celle-ci est devenue une obligation légale<sup>943</sup>.

L'obligation de renseignement a proliféré dans la législation contemporaine, le plus souvent imposée afin de protéger la partie la plus faible<sup>944</sup>, cette obligation a été intégrée dans la loi algérienne sur la protection du consommateur, par exemple, le vendeur professionnel doit mettre le consommateur, « en mesure de connaître les caractéristiques essentiels du bien vendu », ainsi que « les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de vente »<sup>945</sup>.

---

<sup>938</sup>- D. Zennaki, op, cit, p. 49.

<sup>939</sup>- Art. 379 du C. Civ. et art. 1641 et s. du C. Civ. Fr.

<sup>940</sup>- M. Boudali, L'obligation de conseil dans le cadre des contrats de services, étude comparée 1<sup>e</sup>, éd., Maison EL FADJR, le Cair, 2005, p. 06, L. Belhadj, op, cit , p. 80.

<sup>941</sup>- M. Boudali, préc, p. 88.

<sup>942</sup>- R. Chendeb, op, cit., p. 157, Cass, Civ. 3<sup>e</sup>me, 21 fev, 2002, D. 2002, p. 932.

<sup>943</sup>- Ph. Le Tourneau, Responsabilité des vendeurs et fabricants, éd.Dalloz, 2001, p. 54.

<sup>944</sup>- Ibid, p. 54, art. 17 de la loi 09-03du25février2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes,J-O n°15 du 08 mars 2009.

<sup>945</sup>- Art.17 de loi 09-03, art.04 de la loi 04-02.

De son côté le législateur algérien a consacré cette obligation d'information dans l'article 17 de la loi n° 09-03 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes<sup>946</sup>, tout intervenant est obligé de porter à la connaissance du consommateur, toutes les informations relatives aux produits qu'ils met à la consommation.

L'existence du devoir précontractuel de renseignement, c'est à dire la communication au partenaire éventuel de toute information en sa possession pouvant avoir une incidence sur la formation et l'exécution du contrat, est formulée à l'article 53 du décret exécutif n° 13-378<sup>947</sup>.

« L'importance du devoir précontractuel de renseignement est telle que des textes spéciaux l'ont érigé en obligation d'information, laquelle se décline en obligation générale d'information est en obligation spéciale d'information, particulièrement pour les contrats de consommation »<sup>948</sup>.

De surcroît, en présence d'opérations ambiguës ou comportant certains risques, cette obligation se décline en obligation de conseil et de mise en garde<sup>949</sup>.

En droit français, la réforme du droit des contrats a apporté de nouvelles dispositions concernant l'information précontractuelle. Ainsi l'obligation d'information qui pèse sur les futurs contractants est expressément formulée à l'article 1112-1 du nouveau code civil<sup>950</sup>.

Cette disposition prévoit que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre, doit l'en informer dès lorsque, légitimement cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

Si avant la réforme, le législateur français a multiplié les obligations spéciales d'information propres à des secteurs d'activité spécifiques, aucun texte ne reconnaissait expressément d'obligation générale d'information<sup>951</sup>.

Aussi, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche, non seulement de la consacrer, mais encore de la trouver une assise juridique<sup>952</sup>.

La jurisprudence française a étendue l'application de cette obligation à de multiples situations supplémentaires comme par exemple dans les contrats de cautionnement bancaires et des

---

<sup>946</sup>- Loi n° 09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, J-O n° 15 du 08 mars 2009.

<sup>947</sup>- Décret exécutif n°13-378 du 09/11/2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information du consommateur, J.O, n° 58.

<sup>948</sup>- D. Allag-Zennaki, op, cit, p. 52.

<sup>949</sup>- Art. 35 al-02 et Art. 41 du décret exécutif n° 13-378.

<sup>950</sup>- Ordonnance n° 2016/131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O. n°95 du 11 février 2016, texte n° 26.

<sup>951</sup>- <http://aurelien-bande.com>.

<sup>952</sup>- J. Ghestin, G, Loiseau et Y.M, Serinet, op, cit n°1512, p. 1249.

négociations d'acquisition des sociétés<sup>953</sup>, Elle s'est même transformée en une obligation générale quand des informations précieuses sont inégalement accessibles.

Néanmoins, aucune cohérence ne se dégagait quant aux choix des différents fondements juridiques.

Depuis la réforme introduite par l'ordonnance française du 10 février 2016, l'obligation générale d'information a été consacrée par le législateur français à l'article 1112-1 du code civil, de sorte qu'elle dispose d'un fondement textuel qui lui est propre<sup>954</sup>. Aussi est-elle désormais totalement déconnectée des autres fondements juridiques auxquels elle était traditionnellement rattachée<sup>955</sup>.

En instituant l'obligation d'information à l'article 1112-1 du code civil, le législateur français a entendu consacrer la position de la Cour de Cassation qui depuis de nombreuses années, avait fait de l'obligation d'information un principe cardinal du droit commun des contrats<sup>956</sup>.

## **B/ L'existence de l'obligation précontractuelle d'information sur le fondement de la théorie des vices du consentement:**

L'obligation d'information est dégagée et développée par la jurisprudence afin d'éclairer et de protéger le consentement du consommateur. Il convient donc de chercher si le défaut d'information sur les caractéristiques essentiels d'un produit ou d'un service est en soi suffisant pour vicier le consentement du consommateur et annuler le contrat de consommation<sup>957</sup>.

A cet effet la jurisprudence sanctionne la violation de l'obligation d'information en se plaçant sur le terrain de l'erreur (2) et du dol (1).

### **1- Sur le terrain du dol:**

La première forme revêtue par l'obligation d'information fut la réticence dolosive, l'alinéa 2 de l'article 86 du code civil édicte que « le silence intentionnel de l'une des parties au sujet d'un fait ou d'une modalité, constitue un dol quand il est prouvé que le contrat n'aurait pas été conclu, si l'autre en avait eu connaissance », cet alinéa prévoit explicitement que le dol peut résulter d'une simple rétention d'information.

---

<sup>953</sup> - R. Monzer, op, cit, p. 242.

<sup>954</sup> - <http://aurelien-bande.com>.

<sup>955</sup> - Ibidem.

<sup>956</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., pp. 1249-1250.

<sup>957</sup> - R. Chendeb, op . cit., p. 158.

La Cour de Cassation française a considéré que la réticence dolosive est le fait pour l'un des cocontractants de garder le silence sur un événement qui aurait certainement retenue l'autre de contracter s'il en avait eu connaissance<sup>958</sup>.

La jurisprudence fondée sur la réticence dolosive ne peut pas être écartée, car celle sanctionne également la violation d'une obligation d'information et celle-ci est certainement précontractuelle en ce sens qu'elle a conduit une partie à consentir à un contrat, alors que, mieux informée, elle ne l'aurait certainement pas fait<sup>959</sup>.

Ainsi, la violation de l'obligation précontractuelle d'information ne peut être sanctionnée sur le terrain du dol que si la dissimulation des informations a été volontaire<sup>960</sup>, la preuve de l'existence de l'élément moral est indispensable en matière de réticence dolosive. En revanche, sur le terrain de l'erreur, le manquement au devoir d'information peut être sanctionné sans que le professionnel ait l'intention de tromper le consommateur<sup>961</sup>.

## **2- Sur le terrain de l'erreur:**

Sur le terrain du dol, la violation de l'obligation d'information est appréhendée en fonction de son but, cependant, sur le terrain de l'erreur, elle est appréhendée en fonction de son résultat, c'est-à-dire de l'erreur qu'elle a provoquée dans l'esprit du consommateur<sup>962</sup>.

Pour assurer une stricte concordance entre l'engagement et la volonté de celui qui le prend, il faut déclarer nulle toute obligation assurée sous l'empire d'une croyance erronée sans laquelle l'engagement n'eut pas été pris<sup>963</sup>.

L'une des conditions nécessaires pour qu'une telle erreur puisse entraîner la nullité du contrat est qu'elle ait « été causée par une information donnée par l'autre partie », qui s'ajoute à la condition selon laquelle « l'autre partie savait ou aurait du savoir que la victime, si elle avait connu la vérité, ne se serait pas engagée ou ne l'aurait fait qu'à des conditions essentiellement différentes »<sup>964</sup>. Autrement dit l'information inexacte fournie par l'une des parties, justifie l'annulation du contrat pour erreur essentielle lorsqu'elle a déterminé le consentement<sup>965</sup>.

---

<sup>958</sup>- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janvier 1971, D. 1971, som, p. 148. Cass. Com. 1<sup>re</sup>, 27 février 1996, D. 1996, J., p. 518, note Ph. Malaurie, Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>. 28 mai 2008, Bull. civ, I. n°154; pourvoi n°07-13487.

<sup>959</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op, cit, p. 1282.

<sup>960</sup>- D. Zennaki, La protection de la partie faible au cours de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, revue franco-magrébine de droit n°20, Presses de l'université de Toulouse1, année 2013, p. 313.

<sup>961</sup>- Ibid.

<sup>962</sup>- R. Chendeb, op. cit., p. 161.

<sup>963</sup>- Ibid.

<sup>964</sup>- J. Ghestin, G. loiseau et Y. M. Serinet, op, cit, p. 1287.

<sup>965</sup>- D. Allag-Zennaki, contrats, op. cit. p. 120 et s.



Sur le fondement des articles 81, 82 du code civil et 1110 du code civil français l'erreur peut entraîner la nullité du contrat lorsque le consentement est affecté par la faute du professionnel n'ayant pas fourni de bonne foi une information importante ou ayant fourni une information trompeuse ou fautive, soit sur les qualités substantielles du produit ou du service objet du contrat, soit sur l'identité ou les qualités essentielles de la personne, dès lorsque le contrat est conclu « intuitu personae »<sup>966</sup>.

La responsabilité du professionnel quant à son manquement à une obligation d'information sur le fondement de la théorie des vices du consentement est une responsabilité délictuelle, il faut prouver la faute du professionnel, le dommage et le lien de causalité entre eux<sup>967</sup>.

L'erreur et le dol constituent les deux exemples de base de la justification de l'obligation d'information sur le terrain de la théorie des vices du consentement. Malgré la convergence de ces deux fondements, il est plus avantageux pour un consommateur mal informé de relever la responsabilité du professionnel sur le terrain du dol que sur le terrain de l'erreur<sup>968</sup>. Le dol permet au consommateur d'obtenir, outre la résolution du contrat, des dommages-intérêts.

### **C/ L'existence de l'obligation précontractuelle d'information sur le fondement de la théorie des vices cachés:**

L'obligation d'information peut être analysée comme l'un des objets de l'obligation de garantie des vices cachés<sup>969</sup>. En effet, s'abstenir d'informer sur des vices cachés de la chose, est un exemple d'inobservation de l'obligation d'information dans le contrat. Selon les articles 379 du code civil algérien et 1641 du code civil français, « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ». Selon l'article 1643 du code civil français, le vendeur " est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie".

La simple lecture de ces textes suffit à montrer l'importance qu'ils accordent à la connaissance ou à l'ignorance des défauts tant de la part de l'acheteur que du vendeur<sup>970</sup>.

---

<sup>966</sup>- M. Fabre-Magnan, " De l'obligation de renseignement dans les contrats", n° 348 cité par R. Chendeb, Cass. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1963, Bull.civ., 1963, n°179, Cass.Com. 28 juin 2005, Bull.civ, IV n°140.

<sup>967</sup>- R. Chendeb, op. cit., p. 163.

<sup>968</sup>- Ibid.

<sup>969</sup>- B. Cross, "La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats", thèse, Nancy, 1964, n° 205.

<sup>970</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op. cit., p. 1284.

Le professionnel peut écarter sa responsabilité en informant le consommateur sur les vices cachés de la chose vendue, cependant, seules les informations fournies par le professionnel avant la conclusion du contrat peuvent écarter sa responsabilité<sup>971</sup>, suivant cette analyse, la jurisprudence française a créée une obligation d'information précontractuelle sur le fondement de la théorie des vices cachés<sup>972</sup>.

La jurisprudence française, qui a progressivement assimilé au vendeur qui connaissait le défaut celui qui, en raison de sa qualité de professionnel, devait le connaître, accentue encore la proximité des solutions admises sur le fondement de la garantie des vices cachés et sur celui de la responsabilité civile pour violation d'une obligation d'information<sup>973</sup>.

« Sur la base de la théorie des vices cachés, le consommateur a ainsi la possibilité de demander soit, la résolution du contrat, soit le maintien du contrat avec diminution du prix du fait du manque de bénéfice et d'utilité tirée et d'engager la responsabilité contractuelle de l'auteur de la réticence afin d'obtenir des dommages et intérêts »<sup>974</sup>.

Néanmoins, malgré son aspect positif et son rôle non négligeable dans la protection du consommateur, la théorie de la garantie des vices cachés reste insuffisante, En effet le fondement de l'obligation d'information sur la théorie des vices cachés ne recouvre que les informations portant sur les vices des choses vendues. Sont aussi non négligeables les procédures et les couts de cette action, principaux obstacles à une utilisation efficace de ce moyen par le consommateur<sup>975</sup>.

## **Paragraphe 02: l'obligation spéciale d'information.**

Vue la diversité des informations, en certains cas la loi ou le règlement vont préciser l'information qui doit être délivrée par le professionnel au consommateur, suivant l'importance de chaque contrat et selon la qualité du bien ou du service offert<sup>976</sup>, et ces obligations spéciales sont généralement accompagnées de sanctions pénales, et les agents de la répression des fraudes ont pour mission, de rechercher les infractions qui peuvent être commises par les

---

<sup>971</sup>- R. Chendeb, op. cit, p. 165.

<sup>972</sup>- Cass.Civ. 3eme, 29 nov. 2000, Bull.civ, III, n°182, p. 127.

<sup>973</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op, cit., p. 1284.

<sup>974</sup>- R. Chendeb, op, cit, p. 165.

<sup>975</sup>- Ibid.

<sup>976</sup>- J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op.cit.p.54

intervenants, leur respect est assuré de façon préventive et collective sans que le consommateur ait qu'a agir individuellement.<sup>977</sup>

Les obligations spéciales d'information qui ont un caractère minimal, ne dispensent pas les professionnels de leur obligation générale d'information et ceux-ci sont aussi obligés de fournir aux consommateurs des informations complémentaires<sup>978</sup>, si les mentions exigées par les textes spéciaux ne suffisent pas à renseigner les consommateurs.

Ces obligations spéciales de renseignement peuvent être réparties en quatre catégories :

L'information sur les caractéristiques des biens et services, l'information sur les prix et conditions de vente, les mentions obligatoires dans le contrat et enfin l'emploi de la langue nationale.

#### **A/ L'information sur les caractéristiques des biens et services :**

Le législateur algérien, dans la loi 09-03 n'a pas indiqué de choses importantes sur l'obligation d'information sur les caractéristiques des biens et des services, sauf l'article 17 de cette loi qui fait mention de toutes informations relatives aux produits mis à la consommation<sup>979</sup> « sans préciser la nature de ses informations »<sup>980</sup>.

La rédaction générale de ce texte permet d'inclure l'obligation d'information sur les caractéristiques ; elle englobe le mode d'emploi, le manuel d'utilisation, les conditions de garantie du produit et toute autre information prévue par la réglementation en vigueur<sup>981</sup>.

En effet, l'article 08 de la loi n° 04-02<sup>982</sup> exprime une information précontractuelle sur les caractéristiques du produit ou du service quand il dispose que « le vendeur est tenu, avant la conclusion de la vente, d'apporter par tout moyen au consommateur, les informations loyales et sincères relative aux caractéristiques du produit ou du service... ».

---

<sup>977</sup>- D. Zennaki, Droit de la consommation, cours de magister, relations agents économiques/ consommateurs, Université Mohamed Ben Ahmed Oran 02, Année 2009/2010.

<sup>978</sup>- Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, D.1995, J.621, note Piedelievre; JCP. éd. E, 1996, II. 772, note Legeais : «La présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de la loi ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur ».

<sup>979</sup>- L'article 17 dispose: « tout intervenant, doit porter à la connaissance du consommateur, toutes les informations relatives au produits qu'il met à la consommation, par voie d'étiquetage, de marquage ou par tout autre moyen approprié ».

<sup>980</sup>- D. Zennaki, l'information comme source de protection des consommateurs, op, cit, p. 23.

<sup>981</sup>- Guide du consommateur algérien, éd. ministère de commerce, juin 2011, p .118.

<sup>982</sup>- Loi 04-02, du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, J.O, n°41 du 27 juin 2004.

Le décret exécutif n° 13-378 du 09 novembre 2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information du consommateur<sup>983</sup> vient s'appliquer à tous les biens et services destinés à la consommation, quelque qu'en soit l'origine ou la provenance et fixe les dispositions garantissant le droit des consommateurs à l'information. Cependant, l'article 04 du dit décret prévoit que « l'information du consommateur est assurée par voie d'étiquetage, de marquage, d'affichage ou par tout autre moyen approprié au moment de la mise à la consommation du produit et doit fournir les caractéristiques essentielles du produit conformément aux dispositions du présent décret ».

Concernant les produits alimentaires, l'article 12 du même décret précise toutes les mentions obligatoires qui doivent figurer sur l'étiquetage<sup>984</sup>, et pour tout ce qui est produit non alimentaire, c'est l'article 38 du décret n° 13-378 qui donne toutes les mentions obligatoires<sup>985</sup> relatives aux produits non alimentaires selon leur nature et leur mode de présentation.

En droit français, l'obligation spéciale d'information est régie par plusieurs textes législatifs et réglementaires, l'article L-213-1 du code de la consommation réprime la tromperie du contractant sur les caractéristiques du produit et du service, l'édifice est complété par des textes réglementaires en application de l'article 11 de la loi du 1 Aout 1905 devenue l'article L214-1 du code de la consommation.

---

<sup>983</sup>- Décret n° 13-378 du 09 novembre 2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information, J.O n° 58 du 18 novembre 2013.

<sup>984</sup>- Les mentions obligatoires d'étiquetage sur les denrées alimentaires sont: la dénomination de la vente de la denrée alimentaire; la liste des ingrédients; la quantité nette exprimée selon le système métrique internationale; la date de durabilité minimale ou la date limite de consommation; les conditions particulières de conservation et/ ou d'utilisation le nom ou la raison sociale, la marque déposée et l'adresse du fabricant; du conditionneur ou du distributeur ou de l'importateur lorsque la denrée est importée; le pays d'origine et/ ou de provenance lorsque le produit est importé; le mode d'emploi et les précautions d'emploi au cas où leur omission ne permet pas de faire un usage approprié de la denrée alimentaire; l'identification du lot de fabrication et/ ou la date de fabrication ou de conditionnement; la date de congélation ou de surgélation pour les produits concernés ; les ingrédients et les denrées énumérés à l'article 27 du présent décret et leurs dérivés, provoquant des allergies ou des intolérances, utilisées dans la fabrication ou la préparation d'une denrée alimentaire et qui sont encore présents dans le produit fini, même sous une forme modifiée; l'étiquetage nutritionnel; le titre " alcoométrique volumique acquis" pour les boissons titrant plus de 1,2% d'alcool en volume, le terme " halal" pour les denrées alimentaires concernées; l'indication du signe d'irradiation des aliments, figurant à l'annexe III du présent décret, accompagné de l'une des mentions suivantes: ionisée ou irradiée", lorsque la denrée alimentaire a été traitée par des rayonnements ionisants et ils doivent figurer à proximité immédiate du nom de l'aliment.

<sup>985</sup>- les mentions obligatoires sur les produits non alimentaires: la diminution de vente du produit; la quantité nette du produit; exprimée en unité du système métrique international; le nom ou la raison sociale la marque déposée et l'adresse du fabricant ou du conditionneur ou du distributeur ou de l'importateur lorsque le produit est importé; le pays d'origine et/ ou de provenance lorsque le produit est importé; le mode d'emploi du produit; l'identification du lot ou de la série et/ ou la date de fabrication; la date limite d'utilisation; les précautions à prendre en matière de sécurité; la composition du produit et les conditions de stockage; la marque de conformité liée à la sécurité; l'indication des signes et pictogrammes des dangers prévus à l'annexe IV du présent décret.

Ainsi l'article L 111-1 du code de consommation, réécrit par la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, invite le professionnel à informer précisément le consommateur, de manière lisible et compréhensible et avant la signature du contrat, des caractéristiques essentielles du bien ou service de façon à éclairer le consentement du consommateur<sup>986</sup>.

Le législateur français cherche ainsi à éviter que le consentement du consommateur puisse être altéré par la dissimulation d'un élément majeur du contrat<sup>987</sup>.

Donc, ce texte assez général est complété par des décrets qui précisent, en fonction du secteur d'activité concerné, l'information à délivrer<sup>988</sup>, ainsi en est-il, par exemple du décret du 07 décembre 1984 modifié en 1998 et intégré aux articles R.112-1 à R.112-23 du code de consommation, relatif à l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires préemballés<sup>989</sup>. De nombreux produits non alimentaires font, eux aussi, l'objet d'une réglementation concernant l'information des consommateurs, comme par exemple : les objets d'ameublement (décret du 14 mars 1986), les chaussures (décret du 30 mai 1996) les œuvres d'art (décret du 03 mars 1981).

Pour d'autres produits, la réglementation relève de système spécifique : ainsi pour les médicaments (art. RS 143 du code de la santé publique), pour les produits cosmétiques (art L 658-7) du même code, pour les produits du tabac (art L 355-27) du même code.

Ces divers textes énumèrent très minutieusement les mentions informatives qui doivent figurer sur les étiquettes, et chaque réforme apporte son nouveau lot de mentions.<sup>990</sup>

## **B/ L'information sur les prix et les conditions de vente :**

Pour permettre aux consommateurs de connaître les prix avant d'acheter, la loi oblige tous les commerçants et les artisans à afficher les prix et les tarifs des produits et services.<sup>991</sup>

Les prix doivent être indiqués de façon visible et lisible par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou tout autre procédé<sup>992</sup>.

---

<sup>986</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, 3<sup>e</sup>, éd, Sirey, 2015, p.143.

<sup>987</sup> - Lamy droit économique, 2001, n°4550.

<sup>988</sup> - P. Puig, Contrats Spéciaux, 2<sup>e</sup>, éd, Dalloz, 2007, p. 91.

<sup>989</sup> - Le produit alimentaire préemballé doit être muni d'une étiquette sur laquelle doivent être mentionnées les informations suivantes : la dénomination de la vente; la liste des ingrédients; la quantité nette; la date limite de consommation, les conditions particulières de conservation; le nom et l'adresse du fabricant ou du conditionneur ou d'un vendeur établi dans la communauté européenne; l'indication du lot; le lieu d'origine ou de provenance et le mode d'emploi.

<sup>990</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op, cit, pp, 56-57.

<sup>991</sup> - Art. 04 de la loi 04-02 du 03/06/2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales.

<sup>992</sup> - Art. 05 de la loi 04-02 du 3/06/2004 su-citée.

L'article 17 al. 1 de la loi 09-03 fait implicitement référence à l'obligation d'information sur les prix quant il fait état de l'étiquetage, du marquage et de tout moyen approprié.

Dans le cadre de l'information du consommateur sur les prix et tarifs pratiqués, l'intervenant doit porter à la connaissance du consommateur avant la conclusion du contrat, la nature des biens et services, l'ensemble des éléments composant les prix et les tarifs à payer, le mode de paiement ainsi que le cas échéant, les rabais, remises ou ristournés consentis et les taxes applicables<sup>993</sup>.

Le défaut d'information sur les prix et les tarifs, constitue une infraction punie par la loi : les amendes vont de 5000 à 100.000 DA<sup>994</sup>.

Le législateur dans l'article 04 de la loi 04-02, oblige le vendeur d'informer les clients sur les prix, et les tarifs et les conditions de vente de biens et services<sup>995</sup>.

En droit français le principe est posé par l'article L 113-03 du code de la consommation ; « tout vendeur de produit et tout prestataire de service doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix...".

Cette obligation a été appliquée par la jurisprudence de façon extensive à tout prestataire de services, sans considération du caractère commercial ou libéral de son activité, notamment en matière médicale<sup>996</sup>.

Les modalités de cette obligation sont fixées par arrêté du ministère chargé de l'économie, après consultation du conseil national de la consommation.

« L'information exigée est manifestement publique, une information confidentielle adressée au consommateur ne saurait la suppléer, c'est d'autant plus vrai que la finalité de cette disposition, issue de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, est de favoriser la loyauté de la concurrence autant que la loyauté à l'égard du consommateur »<sup>997</sup>. L'information sur le prix est en tout état de cause une condition de transparence du marché non seulement français, mais européen<sup>998</sup>.

Selon l'article L113-3 du code français de la consommation, les vendeurs et les prestataires de service doivent délivrer trois types de renseignements : tout d'abord, ils doivent informer les

---

<sup>993</sup>- Art. 05 du décret exécutifs n° 09-65 du 07 février 2009 fixant les modalités particulières sur les prix applicables à certains secteurs d'activités ou à certains biens et services spécifiques.

<sup>994</sup>- Cette sanction est indiquée par la loi 04-02 dans son article 31.

<sup>995</sup>- Art. 04 de la loi 04-02, le législateur a mentionné le terme " clients" d'un sens large qui ne signifie pas que les consommateurs.

<sup>996</sup>- Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit., p. 147.

<sup>997</sup>- J. Calais Auloy, " L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et les consommateurs", D. 1997, 137.

<sup>998</sup>- Y. Picod, préc.

consommateurs sur les prix, ensuite sur les limitations éventuelles de leur responsabilité contractuelle<sup>999</sup>, enfin les professionnels doivent informer les consommateurs sur les conditions particulières de la vente.

Avant la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, le professionnel devait ensuite informer les consommateurs sur les limitations éventuelles de leur responsabilité contractuelle. L'information sur les clauses limitatives de responsabilité était devenue sans objet puisque l'article R 132-1 du code de la consommation prohibe expressément de telles clauses entre professionnel et consommateurs (celles dont l'objet est de supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non- professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une de ses obligations).

« C'était laisser croire que le professionnel pouvait limiter sa responsabilité face à un consommateur, au mépris du droit des clauses abusives, fort heureusement la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a corrigé cette méprise »<sup>1000</sup>.

En l'absence de sanction spécifique, le seul manquement à l'obligation d'information ne peut être sanctionné par la nullité du contrat, en l'absence de vice de consentement ou de défaut d'objet pour indétermination de prix. Néanmoins, les infractions aux arrêtés ministériels constituent des contraventions de cinquième classe punies de peines d'amende<sup>1001</sup>, donc l'information sur les prix et les conditions de vente représente une véritable protection du consommateur, elle évite à ce dernier d'être surpris par le prix ou par un autre élément au moment de l'achat<sup>1002</sup>.

### **C/ Les mentions obligatoires du contrat:**

Afin de mieux éclairer le consentement du consommateur et de mieux l'informer sur ses droits et ses obligations, le législateur impose souvent le recours à l'écrit<sup>1003</sup>, en plus, la loi oblige les professionnels en certains cas à insérer dans le contrat des mentions destinées à informer les consommateurs sur les obligations respectives des parties.<sup>1004</sup>

---

<sup>999</sup> - concernant les limitations de responsabilité: cette disposition est critiquable car elle est en contradiction avec l'art. R132-1 du code de la consommation qui interdit comme abusives les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, V, aussi, Calais Auloy et F. Steinmetz, op.,cit, p. 58.

<sup>1000</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op. cit., p. 147.

<sup>1001</sup> - Art.R113-1, c.consom.fr.

<sup>1002</sup> - R. Chendeb, op. cit., p. 181.

<sup>1003</sup> - Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, op. cit., p. 121.

<sup>1004</sup> - Ces règles qui prévoient des mentions obligatoires ont un simple but d'information et ne touchent en rien la liberté contractuelle. Elles doivent être distinguées de celles qui déterminent de façon impérative le contenu du contrat et qui, elles dérogent à la liberté contractuelle, note: J. Calais Auloy, op. cit., p. 59.

Cela a pour but que le consommateur s'engage en connaissance de cause. Le législateur algérien met en relief dans l'article 02 et l'article 03 du décret n° 06-306<sup>1005</sup>, les éléments qui sont considérés comme essentiels et doivent figurer dans les contrats entre l'agent économique et le consommateur, ces éléments ayant trait aux droits fondamentaux du consommateur, et que se rapportent à l'information préalable du consommateur, à la loyauté et à la transparence des transactions commerciales, à la sécurité et à la conformité des biens et services, ainsi qu'à la garantie et au service après vente. Il s'agit parmi ces éléments<sup>1006</sup>, des spécificités et de la nature des biens et services, les prix et tarifs, les modalités de paiement, les conditions et délais de livraison, les pénalités de retard dans le paiement et la livraison, les modalités de garantie et de conformité des biens et services, les conditions de clauses contractuelles, les conditions de règlement des litiges, et enfin les procédures de résiliation du contrat.

Le législateur à encore réservé particulièrement pour chaque type de contrat règlementé, l'ensemble de mentions et éléments qui conviennent et qui doivent figurer obligatoirement dans le contrat<sup>1007</sup>; il s'agit par exemple, du contrat d'assurance<sup>1008</sup>, du contrat de crédit immobilier, du contrat de prêt, du contrat de crédit à la consommation ... etc.

Le législateur français a exigé pour certains contrats, un écrit rédigé clairement et impose des mentions qui doivent y figurer, c'est le cas notamment; des opérations de crédit dont le professionnel doit remettre l'offre de crédit<sup>1009</sup> en double exemplaire à tout consommateur demandant un crédit, et qui contient une série de mentions obligatoires<sup>1010</sup>, l'offre préalable doit être établie selon un modèle type qui doit indiquer le montant du crédit, la nature, l'objet et les modalités du contrat, et le cas échéant, le bien ou le service financé. On retrouve aussi

---

<sup>1005</sup> - Décret exécutif n°06-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives. J.O n° 56 du 11 septembre 2006.

<sup>1006</sup> - V. Art. n°03 du décret ci- dessus.

<sup>1007</sup> - D. Zennaki, Droit de la consommation, cours, préc. , D.Allag-Zennaki, contrats, op. cit., p. 233.

<sup>1008</sup> - M. Merouane, contrat d'assurance, cours de magister, Université d'Oran, 2010/2011.

<sup>1009</sup> - Art.L 311-8, c.consom.fr.

<sup>1010</sup> - Art.L 311-10, c. consom.fr.



par exemple des mentions obligatoires relevant des contrats, permettant d'accéder à la propriété d'un logement<sup>1011</sup>, du contrat de louage d'habitation<sup>1012</sup>, du contrat d'assurance<sup>1013</sup> et des contrats proposés par démarchage<sup>1014</sup>.

En matière de contrats souscrits sous forme électronique, la loi du 21 juin 2004 ; figurant depuis l'ordonnance du 16 juin 2005 aux articles 1369-4 à 1369-6 du code civil français, impose au professionnel proposant par voie électronique un bien ou un service qu'en cas de mise à disposition des conditions contractuelles celles-ci puissent être conservées et reproduites<sup>1015</sup>.

Selon cette loi, un certain nombre de mentions obligatoires devant figurer dans l'offre<sup>1016</sup>:

- Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique.
- Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger.
- Les langues proposées pour la conclusion du contrat.
- En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé.
- Les moyens de consulter par voie électronique, les règles professionnelles et commerciales aux quelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant se soumettre.

Ces mentions obligatoires sont de nature à éclairer le consentement du consommateur sur des points que le professionnel aurait tendance à laisser dans l'ombre, s'il pouvait librement rédiger le contrat.

---

<sup>1011</sup> - Art. L311-10, c. consom. Pour le contrat de promotion (Art. L. 223-3 c.constr. et hab.); pour le contrat de construction de maison Individuelle (art. L 231-2) pour la vente d'immeuble à construire (art. L 261-11).

<sup>1012</sup> - Loi du 06 juillet 1989 (art. 03) en suite la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 et celle du 29 juillet 1998.

<sup>1013</sup> - Art. L 112-4 et 112-5, c. assur.fr.

<sup>1014</sup> - Art. L 121-23, c. consom. Fr.

<sup>1015</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit, p. 150, Ph. Stoffel-Munck " La réforme des contrats du commerce électronique" JCP. 2004, 1341, n°25.

<sup>1016</sup> - Art. 1126-3 du projet de l'ordonnance du 16 juin 2005.

## **D/ L'obligation d'utiliser la langue nationale :**

Afin de veiller, au consentement éclairé du consommateur, les législateurs algérien et français obligent les professionnels à utiliser la langue nationale dans l'ensemble des documents et informations destinés au consommateur.

En effet, L'information ne se limite pas à l'étiquetage et aux caractéristiques du produit; elle englobe le mode d'emploi, le manuel d'utilisation, les conditions de garantie du produit et toutes autres informations prévues par la réglementation en vigueur, elle doit être lue et comprise par les consommateurs; c'est pour cela que le législateur à exigé qu'elle doit être rédigée impérativement en langue arabe et accessoirement dans une ou plusieurs autres langues accessibles aux consommateurs de façon visible, lisible et indélébile.<sup>1017</sup> A défaut, la sanction est fixée par l'article 78 de loi 09-03<sup>1018</sup>. « L'emploi de la langue arabe étant sensé prodiguer aux consommateurs l'efficacité de l'information<sup>1019</sup> ».

En droit français l'emploi de la langue française est un élément essentiel permettant d'assurer l'efficacité de l'information pour le consommateur.

L'utilisation de la langue française est rendue obligatoire « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service ainsi que dans les factures et les quittances »<sup>1020</sup>, Le non respect de ces dispositions constitue une contravention punie d'une peine d'amende.<sup>1021</sup>

L'obligation d'utiliser la langue française paraît à priori compatible avec le principe de libre circulation des marchandises de l'article 28 du traité de Rome, et c'est en ce sens qu'a logiquement statué la Cour de Cassation.<sup>1022</sup>

En droit communautaire, plusieurs directives relatives à l'étiquetage des produits alimentaires invitent les Etats membres à interdire sur leur territoire, le commerce des denrées

---

<sup>1017</sup> - Art. 18 de loi 09-03 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.

<sup>1018</sup> - V. Art. 78 de la loi précitée.

<sup>1019</sup> - D. Zennaki, la protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, revue franco-magrebine de droit, n°20, 2013, p. 322.

<sup>1020</sup> - Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, op. cit., p. 112.

<sup>1021</sup> - Art. 01 du décret du 03 mars 1995, fr.

<sup>1022</sup> - Crim., 26 avril 2000, Bull. Crim, n° 163, p. 475, 14 nov 2000, JCP, 2001, II, 10525, note Dreyer.

alimentaires, pour les quelles les mentions informatives ne figurent pas " dans une langue facilement comprise par le consommateur".<sup>1023</sup>

## **Section 02 : Les effets de l'obligation précontractuelle d'information.**

L'obligation précontractuelle d'information permet de consentir librement, en connaissance de cause, donc, de donner un consentement libre et éclairé (§1), comme elle sert à éviter l'inégalité causé par l'exclusivité des informations souvent importantes pour le cocontractant à fin d'aboutir à un éventuel contrat équilibré (§2).

### **Paragraphe 01 : un consentement éclairé :**

L'objectif de l'obligation précontractuelle d'information est de permettre au contractant de prendre sa décision en pleine connaissance de cause, avec un consentement libre et éclairé.

Pour éclairer le consentement du consommateur le professionnel doit lui fournir une information déterminante (A) des lors que son ignorance est légitime (B).

#### **A/ L'information déterminante du consentement.**

L'article 1112-1 du nouveau code civil français prévoit que le débiteur de l'obligation d'information doit informer son cocontractant de toute information dont l'importance est déterminante pour le consentement de ce dernier<sup>1024</sup>.

L'alinéa 3 de l'article 1112-1 du code civil français, précise que « ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »<sup>1025</sup>.

Il ne peut donc s'agir que des informations pertinentes, soit celles qui ont un rapport avec l'objet ou la cause des obligations nées du contrat ou encore la qualité des contractants<sup>1026</sup>.

L'article 1110 de l'avant-projet catala précise dans un troisième alinéa, qu'il « incombe à celui qui se prétend créancier de l'obligation de renseignement de prouver que l'autre partie

---

<sup>1023</sup> - Exp, Directive n° 2000/13/CE., 20 mars 2000, JOCE, n°109 du 06 mai 2000, p. 29.

<sup>1024</sup> - <https://aurelien bande.com/2017/01/11/l'obligation-précontractuelle-d'information-art.1112.1.c.civ/>

<sup>1025</sup> - Art. 1112-1 al. 3 du nouveau code civil français.

<sup>1026</sup> - <https://aurelien bande.com/>.

connaissait ou aurait dû connaître l'information recélée et sa pertinence ». Il précise encore dans un quatrième alinéa que « seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause de contrat »<sup>1027</sup>.

Le groupe de travail qui a élaboré l'avant-projet Terré observait à cet égard qu'il est plus clair de se référer à l'information ayant une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie »<sup>1028</sup>.

Quant à l'article 44, alinéa de l'avant-projet de la chancellerie, dans sa version de septembre 2010, énonçait que « sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec la nature des prestations ou la qualité des parties ».<sup>1029</sup>

L'information communiquée doit, en d'autres termes, permettre au cocontractant de s'engager en toute connaissance de cause, soit de mesurer la portée de son engagement. Aussi les informations en question doivent être « pertinentes »<sup>1030</sup> dans le sens où leur connaissance par le partenaire « est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il préserve dans celui-ci en réexaminant les conditions »<sup>1031</sup>. Le débiteur de l'obligation d'information doit ainsi connaître l'information aussi bien que l'influence de son recèlement sur le consentement de son partenaire<sup>1032</sup>.

D'ailleurs, l'information doit être suffisante pour que son destinataire s'engage en connaissance de cause. Il faut donc apprécier si les informations données étaient ou non suffisantes. La solution de principe a été posée sur le terrain de la réticence dolosive : l'information doit être suffisante pour permettre à son destinataire de s'engager en connaissance de cause<sup>1033</sup>.

La Cour de Cassation a écarté à plusieurs reprises la demande en réparation d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information en constatant de façon expresse que « les informations mises à la disposition de la caution ont été suffisantes pour lui permettre de prendre son engagement en connaissance de cause »<sup>1034</sup>.

Enfin, l'information précontractuelle présente un effet obligatoire. D'après Mme Fabre Magnan « La sanction de l'effet obligatoire de l'information est propre à la violation des obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant .Parfois,

---

<sup>1027</sup> - V.art.1110 de l'avant-projet catala.

<sup>1028</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op.cit., p.1431.

<sup>1029</sup> - V. art. 44 al. 02 de l'avant-projet de la chancellerie, sep. 2010.

<sup>1030</sup> - M. Fabre-Magnan, L'obligation d'information dans les contrats, Thèse, Paris I, éd.1992 n° 169, p.132.

<sup>1031</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil- Les obligations, Dalloz, 9eme, éd. 2005, p. 257 et s.

<sup>1032</sup> - R. Monzer, op. cit., p.244.

<sup>1033</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M.Serinet, op.cit., p. 1432.

<sup>1034</sup> - Cass. Com., 24 juin 2008, D. n° 07-14156.

la sanction de l'inexécution d'une telle obligation par l'annulation d'un consentement et en particulier, d'un contrat, ou même par des dommages-intérêts ne nous semble pas une solution adéquate ni efficace. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la réticence du débiteur de cette obligation n'est pas totale, c'est-à-dire qu'une information a bien été transmise, mais elle est erronée ou même seulement incomplète, si bien que le créancier a tout de même été victime d'une mauvaise information<sup>1035</sup> ».

« Si cette information est à l'avantage du créancier de l'obligation d'information<sup>1036</sup> et a eu une incidence sur son consentement, par exemple sur sa décision de conclure un contrat éventuel, il n'est pas toujours efficace d'annuler le contrat. Celui qui a reçu une information inexacte désirerait peut-être de maintenir les relations contractuelles : en effet, mises à part les qualités de la prestation de son cocontractant sur lesquelles il a été trompé, le contrat dans son ensemble lui est peut-être encore favorable »<sup>1037</sup>.

En revanche, le débiteur de l'obligation d'information peut souhaiter l'annulation du contrat laquelle lui permettrait d'essayer de proposer le même contrat à une autre personne, sans pour autant mieux transmettre les informations<sup>1038</sup>.

« En outre, l'allocation de dommages-intérêts n'est pas toujours de nature à apporter satisfaction au créancier : supposons qu'une entreprise, pour informatiser son service de paye, décide d'acquérir un ordinateur à un fournisseur qui annonçait dans ses documents publicitaires un service d'assistance dans la journée ; si cet ordinateur tombe en panne la veille de l'établissement des fiches de paye et que le fournisseur, niant toute valeur contractuelle de ses documents, refuse d'envoyer quelqu'un pour le réparer, l'allocation de dommages-intérêts ne sera pas satisfaisante pour le créancier »<sup>1039</sup>.

Mme Fabre-Magnan montre que « la sanction la plus appropriée consiste souvent à rendre obligatoire l'information erronée transmise par l'une des parties et à élargir ainsi le contenu du contrat<sup>1040</sup>. L'information donnée par le contractant acquiert alors une force obligatoire »<sup>1041</sup>.

---

<sup>1035</sup> - M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, LGDJ.1992.Pref. Ghestin, n°639.

<sup>1036</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, La formation du contrat, op. cit., p. 1458.

<sup>1037</sup> - Ibid. p. 1458.

<sup>1038</sup> - M. Fabre-Magnan, préc.

<sup>1039</sup> - M. Fabre-magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, op. cit., n°639.

<sup>1040</sup> - Ibid.

<sup>1041</sup> - Ibid. n°640.

Pour Mme Fabre-magnan, « deux conditions principales doivent être remplies pour qu'une information puisse avoir une force obligatoire, C'est-à-dire jouer un rôle positif sur le contenu du contrat par un élargissement du champ contractuel : d'une part le créancier devait pouvoir légitimement s'attendre à ce que l'information soit entrée dans le champ contractuel et d'autre part, le débiteur devait avoir les moyens d'influer sur l'existence de l'information, de la qualité promise »<sup>1042</sup>.

« Rendre une information obligatoire n'est une sanction efficace que si l'information transmise, la qualité vantée par le débiteur de l'obligation d'information est avantageuse pour le créancier<sup>1043</sup>. Par hypothèse, l'information est telle qu'elle a eu incidence sur sa décision de conclure le contrat »<sup>1044</sup>.

L'effet obligatoire de l'information n'est évidemment concevable « que s'il est possible pour le débiteur d'assurer la véracité ou, au moins, la réalisation de l'information promise<sup>1045</sup>. En revanche, si le débiteur a donné une information inexacte, c'est à dire ne correspondant pas à la réalité, mais qu'il n'était pas en son pouvoir d'en permettre l'existence, la sanction n'est plus contractuelle. En effet, par définition, l'effet obligatoire de l'information aboutit à faire peser sur le débiteur l'obligation de mettre la réalité en conformité avec l'information transmise »<sup>1046</sup>. Le juge doit donc pouvoir, dans tous les cas, en ordonner l'exécution forcée. Dès lors il est logique que cette solution ne soit possible que si précisément le débiteur peut matériellement exécuter ses engagements<sup>1047</sup>.

### **B/ L'ignorance légitime du créancier d'information :**

« Il ne suffit pas pour être créancier d'une obligation d'information d'invoquer son ignorance. Il faut encore que celle-ci soit légitime »<sup>1048</sup>.

L'ignorance est légitime lorsqu'elle ne résulte pas d'un manquement à l'obligation de se renseigner<sup>1049</sup>, qui doit être le principe dans les économies libres.

---

<sup>1042</sup> - M. Fabre-Magnan, op. cit., n°656.

<sup>1043</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet. op. cit., p. 1460.

<sup>1044</sup> - Ibid.

<sup>1045</sup> - Ibidem.

<sup>1046</sup> - M. Fabre-Magnan, préc.

<sup>1047</sup> - Ibid. n° 664.

<sup>1048</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit. p. 1411.

<sup>1049</sup> - P. Jourdain, Le devoir de se renseigner, D.1983, Chon. p.139, cité par R. Monzer.

Au début du siècle dernier, la Cour de Cassation française affirmait que « le contractant qui s'est trompé parce qu'il a été trop crédule ou négligent dans ses vérifications ne doit s'en prendre qu'à lui-même »<sup>1050</sup>. « L'acheteur consciencieux<sup>1051</sup> » « sait qu'il doit se tenir en garde<sup>1052</sup> ». Le devoir de se renseigner est donc la limite normale de l'obligation précontractuelle d'information qui pèse sur l'autre partie. « La notion d'erreur inexcusable répond à la même préoccupation, puisqu'elle conduit à refuser l'annulation demandée par celui qui aurait du connaître la vérité »<sup>1053</sup>. Ce lien entre l'erreur inexcusable et l'obligation de se renseigner a été clairement énoncé par la Cour de Douai, le 14 mars 1988<sup>1054</sup>, en ces termes « la négligence de la victime de l'erreur, rend celle-ci inexcusable, lorsque ladite victime pouvait et devait s'informer ; qu'il peut être également reproché à la victime de ne pas s'être informé auprès de son cocontractant en lui faisant connaître l'importance qu'elle attachait à la qualité considérée ».

Selon M. Jourdain, l'évolution des mœurs et de la législation a cependant modifier le devoir de se renseigner, dont le contenu concret tient compte, de plus en plus, de l'inégalité de fait des parties, et des exigences accrues de la bonne foi. M. Jourdain s'est efforcé, en 1983, de préciser le devoir pour le créancier de l'obligation d'information de se renseigner d'abord lui-même<sup>1055</sup>. Il observe que, « malgré cette tendance à l'extension, l'obligation de renseignement se heurte à des obstacles que commande son fondement- le principe de bonne foi- et que traduisent ses conditions d'existence. Si elle suppose, du côté du débiteur, la connaissance ou le devoir de connaître un événement ou une information décisive, elle n'en est pas moins subordonnée à son ignorance corrélative par le créancier ». Or, celle-ci, pour être légitime, doit être exempte de tout reproche<sup>1056</sup>.

P. Jourdain définit ainsi la limite du devoir d'informer autrui : « L'obligation de se renseigner soi-même, tant que cela demeure possible. Le créancier doit acquérir le droit d'être informé, c'est-à-dire le droit d'ignorer. Le devoir de coopération et l'esprit de solidarité présidant aux relations qu'entretiennent les parties, aussi bien dans la formation qu'au cours de l'exécution du contrat, imposent en effet que chacun se renseigne et informe loyalement autrui sur le

---

<sup>1050</sup> - Req. 7 janv.1901, D. 1901.1.128.

<sup>1051</sup> - Req. 15 nov.1927.Gaz. Pal. 1928.1.80.

<sup>1052</sup> - V. A. Chirez, note sous Cass. Civ, 1<sup>e</sup>, 16 avril 1975, D. 1976, p. 515, cité par J. Ghestin.

<sup>1053</sup> - J.Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, préc. p. 1412.

<sup>1054</sup> - 1<sup>e</sup>, Ch. Maecker c/channel, voitures boulogne cité par J. Ghestin.

<sup>1055</sup> - P. Jourdain, op. cit., p. 139 et s.

<sup>1056</sup> - V. Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, th. Aix, 1978, p. 251 et s.

contenu de la convention. Le devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception »<sup>1057</sup>.

Cependant une évolution plus nuancée que présente le Rapport annuel de la Cour de Cassation de 2010 : « il est certain qu'une société dans laquelle le niveau de l'information ne cesse de monter a pour corollaire le rehaussement des responsabilités. Elle attend toujours plus de celui qui sait et reproche parfois à l'ignorant de ne pas savoir »<sup>1058</sup>. La Cour de Cassation ne semble pas insensible à une doctrine <sup>1059</sup> « qui tend à renverser la proposition présentée par M. Jourdain et à faire de l'obligation d'informer le principe et de l'obligation de s'informer l'exception »<sup>1060</sup>. La première Chambre Civile de la Cour de Cassation a ainsi jugé, le 23 avril 1985<sup>1061</sup>, « que le fait que l'acheteur, peintre professionnel, n'en était pour autant pas un professionnel quant à la compétence en matière d'une peinture « blanc-relief », pour en déduire que cette qualité dispensait la cour d'appel de rechercher s'il aurait dû se renseigner ou procéder à des essais ».

Il ne faut pas cependant comprendre cet arrêt comme dispensant toujours le profane de s'informer, ce qui serait excessif, car son ignorance doit, non seulement exister mais aussi être légitime<sup>1062</sup>. Il semble plutôt qu'il s'agisse de l'extension à la peinture utilisée par un artiste, du principe posé par la Cour de Cassation <sup>1063</sup> selon lequel « il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller, et , notamment d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné ». La confiance envers le vendeur professionnel rend ici légitime le défaut d'information du demandeur.<sup>1064</sup>

L'ignorance du créancier d'information n'est pas légitime lorsqu'il pouvait s'informer lui-même, mais certains obstacles particuliers peuvent rendre son ignorance légitime<sup>1065</sup>.

Tout d'abord, la possibilité de s'informer dépend de la nature de l'objet du contrat. Sur le terrain des vices du consentement la jurisprudence en matière de vente des tableaux et d'objet

---

<sup>1057</sup> - P. Jourdain, op .cit., p.139.

<sup>1058</sup> - A. Lepage, Rapport annuel de la Cour de Cassation de 2010, Etude le droit de savoir.

<sup>1059</sup> - V. Ch. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, LGDJ, 2000, p. 441 et s.

<sup>1060</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 1413.

<sup>1061</sup> - Bull. Civ.I, n°115, n°83-17282, D. 1985 jurispr. p. 558, note S. Dion, RTDciv. 1986, p. 340, obs. J.Mestre.

<sup>1062</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, Préc. n°1748.

<sup>1063</sup> - Cass.Civ.1<sup>re</sup>, .27 fev. 1985. Bull.Civ.I.n°82, p.75.

<sup>1064</sup> - J. Ghestin, G.Loiseau, Y.M.Serinet, op.cit. p.1413.

<sup>1065</sup> - Ibid.



d'arts est significative<sup>1066</sup>. De même quant aux vices cachés, l'acheteur doit faire la preuve d'une vigilance particulière lorsque le défaut est prévisible, notamment s'il s'agit d'un objet d'occasion<sup>1067</sup>.

La possibilité de s'informer dépend également de la nature de la qualité défailante ou du défaut, ainsi que des circonstances dans lesquelles l'intéressé a pu examiner l'objet du contrat. Sur le terrain des vices cachés, l'impossibilité de les découvrir peut résulter de ce que l'inaptitude de la chose n'était susceptible d'apparaître que par un usage plus ou moins prolongé<sup>1068</sup>.

Il suffit généralement que les vérifications qui auraient permis de déceler le défaut n'aient pu avoir lieu pour des raisons indépendantes de la volonté de l'acquéreur<sup>1069</sup>, ou qu'elles n'aient pas été faites parce qu'elles n'étaient pas conformes aux usages<sup>1070</sup>. La jurisprudence française se contente également d'une possibilité relative en ce qui concerne les charges occultes<sup>1071</sup>, ou sur le terrain des vices du consentement. C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de location saisonnière, il n'est pas reproché au locataire de ne pas s'être rendu sur place afin d'apprécier par lui-même la situation des lieux<sup>1072</sup>.

La difficulté de s'informer peut tenir à la détention matérielle de l'objet du contrat par l'autre partie. Il est également difficile de s'informer sur la personne de l'autre partie. En effet l'une des causes objectives d'ignorance et, en tout cas, d'infériorité que l'on rencontre le plus souvent, résulte du fait que c'est l'autre partie qui détient matériellement l'objet du contrat.

Cette situation se trouve non seulement dans la vente, mais dans tous les contrats où l'une des parties est tenue d'une obligation de « proestare », c'est-à-dire de remettre une chose telle que le louage de chose ou de prêt. Cette partie se trouve à priori dans une situation beaucoup plus favorable que l'autre pour connaître la chose<sup>1073</sup>. Le débiteur doit renseigner l'autre partie sur la situation juridique<sup>1074</sup> et sur les qualités matériels<sup>1075</sup> de la chose.

---

<sup>1066</sup>- Ibid. n°1751.

<sup>1067</sup>- Ibidem.

<sup>1068</sup>- D.Allag, Quelques aspects de l'obligation de garantie dans le code civil, mémoire de magister, Université d'Oran 1984, p. 60.

<sup>1069</sup>- V. req., 5 nov. 1873, DP. 1875, I. 70, cité par J. Ghestin.

<sup>1070</sup>- V. Lyon, 10 fevr. 1857, D. 1858. 2.20, cité par J. Ghestin.

<sup>1071</sup>- V. Boyer, thèse précitée, n°211, p.302.

<sup>1072</sup>- Cass. Civ.3°, 28 avr. 1971, JCP.1971, II. 16841, RTDciv.1971, p.868, obs. Cornu.

<sup>1073</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 1424.

<sup>1074</sup>- Arts. 1626 et 1638 c.civ. Fr. pour la vente, 1707 pour l'échange, 1719 al. 3 pour le louage de chose, 1843 al. 3 pour l'apport en société d'un corps certain.

<sup>1075</sup>- Arts. 1641 pour la vente, 1721 pour le louage de la chose, 1792 pour le louage d'ouvrages, 1918 pour le prêt à usage et 1898 pour le prêt de consommation.

La difficulté de s'informer sur la personne de l'autre partie est également prise en considération. En revanche, lorsqu'il était relativement facile de s'informer sur la carrière de l'autre partie, l'erreur invoquée est jugée inexcusable<sup>1076</sup>.

L'ignorance légitime du créancier de l'information tient compte aussi de la confiance légitime fondée sur les informations fournies par l'autre partie. En fournissant spontanément certaines informations, dès l'instant que celles-ci se suffisent à elles-mêmes<sup>1077</sup>, l'une des parties fait disparaître dans l'esprit de l'autre la nécessité de rechercher le renseignement. On ne peut reprocher à cette dernière d'avoir manqué de diligence, puisqu'elle était fondée à croire en la sincérité de son cocontractant<sup>1078</sup>. Il est de règle, en effet, que l'on doit toujours présumer la bonne foi<sup>1079</sup>.

## **Paragraphe 02 : un contrat équilibré.**

L'obligation d'information repose habituellement sur l'inégalité d'information entre les parties, qu'elle a pour but de compenser. Elle suppose donc que l'une des parties disposait d'une information que l'autre ne connaissait pas. Cette inégalité d'information donne à l'une des parties un avantage tel que l'équilibre du contrat en est faussé.<sup>1080</sup> Donc, l'obligation précontractuelle d'information permet de privilégier la naissance d'un contrat équilibré par une équivalence de connaissance entre le débiteur et le créancier de l'information<sup>1081</sup>.

### **A/ Le débiteur de l'information.**

Le professionnel est un connaisseur face à un ignorant qui place en lui sa confiance<sup>1082</sup>. La qualité de professionnel joue souvent un rôle important. L'information que le contractant, producteur, distributeur ou vendeur s'oblige à fournir, permet d'éclairer le consentement de son partenaire au moment de la formation du contrat, comme elle sert à combler l'inégalité des parties en matière de renseignements sur l'objet et le contenu du contrat projeté.

---

<sup>1076</sup> - J.Ghestin, G.Loiseau, Y.M.Serinet, préc. n°1771.

<sup>1077</sup> - Cass. Civ.3°, 24oct.1972, Bull.Civ.III n°543, p. 396.

<sup>1078</sup> - J.Ghestin, La formation du contrat, op.cit., p. 643.

<sup>1079</sup> - V. Art.2268, c. civ. Fr.

<sup>1080</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p.1384.

<sup>1081</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 233.

<sup>1082</sup> - Ph. Le Tourneau, De l'allegation de l'obligation de conseil, D. 1987, chron. p. 101.

Cette information devient très importante quant à la grande différence qui se trouve entre le professionnel et le consommateur en matière de connaissances sur les biens et les services offerts. Donc il est évident, qu'il existe un déséquilibre contractuel entre les deux parties au contrat<sup>1083</sup>. Les professionnels, dans leur ensemble sont les débiteurs les plus fréquents d'une obligation précontractuelle d'information<sup>1084</sup>.

En effet l'obligation précontractuelle d'information exige de la part du débiteur la connaissance de l'information (1) et la connaissance de l'influence exercé par l'information sur le consentement de l'autre partie (2).

### **1- la connaissance de l'information.**

Le principe est que, pour être tenu d'une obligation précontractuelle d'information le débiteur doit connaître l'information, ce principe comporte toutefois des exceptions.

La nécessité de cette connaissance se manifeste sur le terrain des vices de consentement, si les deux parties ignoraient l'information, aucune n'est a priori tenue de renseigner l'autre<sup>1085</sup>. Le contrat ne peut être alors remis en question que sur le fondement de l'article 81 du code civil. C'est l'hypothèse classique d'une erreur commune<sup>1086</sup>.

Les tribunaux relèvent habituellement cette connaissance, notamment pour justifier l'annulation du contrat pour dol, ou même pour erreur<sup>1087</sup>. L'article 15 de l'ordonnance n°95-07 relative aux assurances limite également aux faits connus de l'assuré son obligation d'informer l'assureur<sup>1088</sup>.

Il appartient au créancier d'établir que l'autre partie connaissait les faits. Il peut faire valoir des présomptions tenant aux circonstances<sup>1089</sup>.

La qualification professionnelle du débiteur présente une importance essentielle. Sur le terrain de la réticence dolosive l'ignorance par le défendeur de l'information, fut-elle déterminante exclut toute réticence dolosive<sup>1090</sup>. La Cour de Cassation souligne fréquemment cette connaissance de l'information. La première chambre civile de la Cour de Cassation a jugé que

---

<sup>1083</sup>- A. M. Ibrahim, Protection du consommateur, publication ALHALABI, Beirout 2007, p. 371.

<sup>1084</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, préc.

<sup>1085</sup>- J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit., p. 616.

<sup>1086</sup>- J. Ghestin, préc. p. 616.

<sup>1087</sup>- Paris, 14 oct. 1931, D.P., 1934, 2-128.

<sup>1088</sup>- V. art. 15 de l'ordonnance n°95-07 du 25/01/1995 modifiée et compétée.

<sup>1089</sup>- Cass. Com., 21 mars 1977, JCP. 1977, IV, p. 135.

<sup>1090</sup>- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mars 2010, Bull. civ. III, n°52.

« le défendeur avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi, et qu'il avait ainsi commis un dol par réticence pour avoir, alors qu'il connaissait la situation hypothécaire du domaine, omis d'en informer le bénéficiaire de la promesse, afin de l'inciter à contracter<sup>1091</sup> ». En matière de cautionnement, la première chambre civile à énoncé en forme de principe que manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obéré, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager<sup>1092</sup>.

Sur le terrain des vices cachés, une fois la garantie est due, cependant, que le bailleur ou le vendeur, les ait connus ou qu'il les ait ignorés, cependant la connaissance du vice a pour le vendeur un double effet important : il ne peut limiter conventionnellement sa garantie<sup>1093</sup> ; et il est tenu de réparer toutes les conséquences du dommage causé par le vice caché<sup>1094</sup>.

Or à cet égard, l'évolution de la jurisprudence concernant les vendeurs professionnels, est significative<sup>1095</sup>. Longtemps la qualité de vendeur professionnel n'a été qu'une présomption du fait de l'homme, susceptible de preuve contraire, comme l'admettait de nombreuses décisions<sup>1096</sup>. Aujourd'hui le vendeur professionnel ne peut plus faire la preuve qu'il ignorait le vice. Bien plus, il ne lui sert à rien d'établir qu'il pouvait légitimement l'ignorer, ou mieux encore que le vice fût impossible à déceler<sup>1097</sup>. La présomption de connaissance est devenue irréfragable, ce qui justifie la censure des décisions qui admettent l'ignorance du fabricant<sup>1098</sup> ou du vendeur professionnel<sup>1099</sup>.

Le principe selon lequel le débiteur de l'information doit connaître peut à priori paraître évident. On ne peut révéler ce que l'on ignore, ce principe comporte cependant d'importantes exceptions :

-Une présomption irréfragable de connaissance : l'origine de cette présomption irréfragable se trouve dans la jurisprudence qui a fini par assimiler le vendeur professionnel agissant dans le domaine de sa spécialité à celui qui connaissait le vice caché et qui est ainsi de mauvaise

---

<sup>1091</sup> - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 fev. 1995, D. n°92-18394.

<sup>1092</sup> - Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ.I, n°187, p. 124.

<sup>1093</sup> - V. Art. 1643, c. civ. Fr.

<sup>1094</sup> - V. Art. 1645, c. civ. Fr.

<sup>1095</sup> - J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit. p. 616.

<sup>1096</sup> - Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 30 oct. 1962, Bull. Civ., I, n°457, p. 391.

<sup>1097</sup> - Cass. Com., 27 nov. 1972, Bull. Civ., IV, n°282, p. 266.

<sup>1098</sup> - Cass. Com., 27 avr. 1971, JCP. 1972, II, 17280, note Boitard et Rabut.

<sup>1099</sup> - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 1972, Bull. Civ., I, n°257, p. 224.

foi. Cette présomption s'est étendue au-delà de son domaine initial<sup>1100</sup>. L'attraction du système de la garantie des vices cachés tend à jouer d'abord sur le terrain des vices de consentement et plus spécialement de la réticence dolosive<sup>1101</sup>.

La première chambre civile de la Cour de Cassation a rejeté, par exemple, un moyen qui soutenait « qu'en faisant ainsi une référence implicite à la garantie des vices cachés par le vendeur qui connaît le vice, l'arrêt aurait fait une fausse application de l'article 1116 du code civil sur le dol ». Elle a admis, qu'en raison de sa qualification de professionnel, « le garagiste ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité<sup>1102</sup> ». Cette influence a été observée également sur le terrain de la responsabilité de droit commun<sup>1103</sup>.

-Une obligation de s'informer pour informer : sur le plan délictuel et en absence de lien contractuel, celui qui a accepté de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause<sup>1104</sup>.

Dans les relations entre contractants, et plus spécialement quant à l'obligation précontractuelle d'information, l'obligation de s'informer pour informer vise précisément à permettre au destinataire de l'information de s'engager en connaissance de cause et sert à éliminer toute inégalité dans l'information entre les contractants ou au moins à diminuer cette inégalité.

L'obligation de s'informer pour informer pèse sur tous les professionnels, comme elle pèse tout particulièrement sur le vendeur professionnel, ainsi le législateur algérien a prévu cette obligation à l'article 04 de la loi 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. En France, la Cour de Cassation a précisé que le vendeur professionnel, et en particulier le fabricant, doit vérifier si la marchandise qui lui est commandé est apte à l'usage auquel la destine l'acquéreur<sup>1105</sup>. « L'obligation de s'informer pour informer apparaît surtout afin de résoudre un problème très pratique. Pour préconiser le produit adéquat, il faut en principe que le vendeur ait eu connaissance de l'usage que l'acheteur entendait en faire. L'acheteur doit connaître cet usage<sup>1106</sup>. Le vendeur peut

---

<sup>1100</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., pp. 1388-1389.

<sup>1101</sup>- Ibid. p. 1389.

<sup>1102</sup>- Cass. Civ., 1re, 19 janv. 1977, Bull. Civ.I, n°40, p. 30.

<sup>1103</sup>- G. Viney, L'application du droit commun de la responsabilité aux fabricants et distributeurs de produits, in la responsabilité et distributeurs, 1975, p. 69 et s.

<sup>1104</sup>- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 oct. 1994, Bull. Civ., II, n°200, p. 115.

<sup>1105</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op.cit., p. 1393.

<sup>1106</sup>- Ibid. p. 1393.

l'ignorer. La question qui se pose alors est de savoir si c'est à l'acheteur de faire connaître au vendeur l'usage auquel il destine la chose ou si c'est au vendeur professionnel qu'il appartient d'interroger sur ce point, l'acquéreur afin d'ajuster son offre aux besoins de ce dernier »<sup>1107</sup>.

Cependant, l'obligation pour le vendeur professionnel de s'informer de l'usage de la chose auprès de l'acquéreur a été affirmée d'abord à l'égard de produits nouveaux ou complexes, tel que du matériels informatiques ou téléphoniques<sup>1108</sup>. Ainsi la chambre commerciale de la cour de cassation, le 3 novembre 1985, a jugé « que la société Data n'avait pas rempli son engagement de formation du personnel de la société G.V.G, car il revenait à la société Data, maître de la technique, d'apprécier la formation à réaliser en fonction non seulement des besoins de l'acheteur mais aussi des possibilités offertes par le système vendu, sans qu'il puisse être reproché à la société G.V.G de n'avoir pas précisé le contenu de la formation attendu »<sup>1109</sup>.

Il ne suffit pas pour le vendeur professionnel d'avoir proposé plusieurs solutions sans s'être informé de l'utilisation prévue, en laissant à l'utilisateur le soin de choisir<sup>1110</sup>. Ainsi la première chambre civile, le 5 décembre 1995, a censuré pour violation de l'article 1135, un arrêt qui avait rejeté « une demande en résiliation de contrat d'installation d'un matériel téléphonique pour l'équipement d'une clinique vétérinaire ». Aux motifs « que la société Matra communication NORD-EST, fabricant et installateur, avait proposé à son client plusieurs solutions, parmi lesquelles, il avait choisi la moins onéreuse ». Elle a jugé « qu'en se déterminant ainsi alors que l'obligation de conseil imposait au vendeur de s'informer des besoins de l'acheteur et d'informer son client de l'aptitude du matériel proposé à l'utilisation qui en était prévue, la cour d'appel a violé le texte susvisé<sup>1111</sup> ». Le législateur algérien va dans le même sens « en présence d'obligation ambiguës ou comportant certains risques » ou l'obligation d'information « se decline en obligation de conseil et de mise en garde<sup>1112</sup> ».

Plus récemment la Cour de Cassation a étendu à tous les produits cette obligation de s'informer de l'usage de la chose vendue<sup>1113</sup>. De même la jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation a consacré la nécessité d'un dialogue conduit par le professionnel. La

---

<sup>1107</sup>- Ibidem.

<sup>1108</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 1394.

<sup>1109</sup>- Bull. Civ. IV, n°284, p. 242; RTD civ. 1986, p.372, obs. Ph. Remy.

<sup>1110</sup>- J. Ghestin, préc.

<sup>1111</sup>- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 dec. 1995, Bull. civ. I, n°453, p. 315.

<sup>1112</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 52.

<sup>1113</sup>- Cass. Civ.1<sup>re</sup>, 7avr. 1998, Bull.civ. I, n°150, p. 99, RTD civ.,1998,p.84, obs. J. Mestre, Cass.Civ.1<sup>re</sup>, 30 mai 2006, Bull.civ. 1, n°280, p. 245, Cass.Civ.1<sup>re</sup>, 28 oct.2010,Bull. civ. I. n°215, pourvoi n°09-16913 ,Cass.Com.,4 janv. 2005, D. n°03-16790, contr.conc.consom. 2005, comm. 108, note L. Leveneur.

solution doit être approuvée. La vente comporte normalement une phase d'étude des besoins de l'utilisateur, de même qu'elle est suivie d'une période d'assistance technique et de maintenance. Cela ne signifie pas que l'acheteur même profane, n'ait pas de son côté l'obligation de dialoguer avec le professionnel afin de lui faire connaître notamment ses besoins et ses objectifs. En matière informatique notamment, il est nécessaire de faire état légitimement de la nécessité d'un véritable dialogue non seulement pour la mise en place d'un ordinateur complexe<sup>1114</sup>, ce qui ne concerne que l'exécution du contrat, mais aussi pour la préconisation d'un tel matériel. Même pour du matériel informatique, il faut qu'un dialogue puisse s'engager entre le fournisseur et l'utilisateur final, que le premier ait été en relation avec le second.

Nécessaire, voire indispensable, « ce dialogue doit être mené par le professionnel, c'est à lui de poser les questions, au moins lorsque celles-ci ne s'imposent pas en évidence à un profane »<sup>1115</sup>.

## **2- La connaissance de l'influence de l'information sur le consentement de l'autre partie.**

Celui qui détient une information déterminante du consentement de l'autre partie doit avoir connaissance de l'influence de cette information sur le consentement de son partenaire. Il en est ainsi sur le terrain des vices du consentement, l'annulation d'un contrat, sur le fondement de l'article 81 du code civil, analogue à l'article 1110 du code civil français, suppose que le défendeur ait connu ou qu'il ait dû connaître l'importance essentielle attachée par la victime de l'erreur à la qualité défailante<sup>1116</sup>.

Il en résulte d'ailleurs que l'erreur doit porter sur une qualité substantielle objective de la chose ou une qualité substantielle subjective de la chose<sup>1117</sup>.

Il en est de même, à fortiori, de la nullité pour dol, puisque la volonté de cacher certains faits montre bien que l'auteur des manœuvres connaissait leur influence sur le consentement de l'autre partie<sup>1118</sup>.

C'est très souvent la connaissance des attentes de l'autre partie qui permet de déduire le caractère déterminant de la qualité défailante<sup>1119</sup>.

---

<sup>1114</sup> - Cass.Com., 8 juin 1979, Bull. civ. IV, n°186, p. 52, pourvoi n°77-15987.

<sup>1115</sup> - J. Ghestin et B.Desche, La vente, LGDJ., 1990, n°868.

<sup>1116</sup> - J. Ghestin, La formation du contrat.op.cit., p.621.

<sup>1117</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 122.

<sup>1118</sup> - J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, th. LGDJ, 2 éd n° 103.p. 127.

L'article 82 du code civil précise la notion d'erreur essentielle « L'erreur est essentielle lorsque sa gravité atteint un degré tel que, si cette erreur n'avait pas été commise, la partie qui s'est trompée n'aurait pas conclu le contrat ». Il semble dans cet article « que le législateur ait eu à opter entre la protection de la volonté individuelle qui conduit à l'admission de toute erreur à l'annulation du contrat et la protection de la sécurité juridique qui voudrait qu'un contrat ne soit pas remis en cause pour n'importe quelle erreur »<sup>1120</sup>

Sur le terrain des vices cachés, la garantie du vendeur suppose qu'il ait connu, ou qu'il ait du connaître la destination du produit<sup>1121</sup>.

L'usage auquel on destine la chose, selon l'article 1641 du code civil français suppose une destination connue du vendeur et entrée par là dans le champ contractuel<sup>1122</sup>. « Un usage spécial implique des qualités correspondantes, dont le vendeur ne peut garantir l'existence s'il a ignoré la destination envisagée par l'acheteur<sup>1123</sup> ». C'est ainsi qu'un entrepreneur qui utilise le matériau acheté à une fin à laquelle il n'était en rien destiné ne peut ensuite se retourner contre le fabricant<sup>1124</sup>, C'est en effet, en fonction de sa destination que le vendeur peut savoir si la chose vendue est apte à l'usage auquel elle est destinée, ce qui est le but essentiel de l'acheteur.

En revanche le vendeur est tenu d'informer l'acheteur, même professionnel, de l'inaptitude de la chose à l'usage qu'il ne pouvait ignorer. En matière informatique, on a pu faire état légitimement de la nécessité d'un véritable dialogue<sup>1125</sup>, et même d'un devoir de collaboration<sup>1126</sup>. L'acheteur sera responsable des renseignements erronés qu'il aura transmis à son fournisseur<sup>1127</sup>. Ou même simplement de ne pas avoir été assez explicite<sup>1128</sup>. De même, est engagée la responsabilité civile du vendeur professionnel et a fortiori du fabricant qui n'a pas informé l'acquéreur de l'inadaptation de la chose à l'usage auquel ce dernier la destinait, alors qu'il le connaissait.<sup>1129</sup>

---

<sup>1119</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y.M. Serinet, op.cit. p. 1398.

<sup>1120</sup> - D. Allag-Zennaki, prec. p. 121.

<sup>1121</sup> - J. Ghestin, La responsabilité des fabricants et distributeurs, préc. , n° 20, p. 16 .

<sup>1122</sup> - V. en se sens, cass .com. 8 nov. 1972, Bull.civ. IV, p.266.

<sup>1123</sup> - J. Ghestin, th., précité, p. 329.

<sup>1124</sup> - Cass.civ.1<sup>re</sup>, 15 dec. 1965.Bull.civ.I.n° 715, p.547.

<sup>1125</sup> - Cass.Com.8 juin 1979, Bull.civ.IV.n°186, p.152.

<sup>1126</sup> - N. Benadida, L'obligation d'information et ses accessoires dans le domaine du droit de la consommation, thèse de doctorat, Université d'Oran 2018, p. 341 et s.

<sup>1127</sup> - Paris 12 nov.1985, Expertises.1985, n° 311.

<sup>1128</sup> - Tribunal com. de Paris, 11 oct.1985, Expertises, 1986, n° 25.

<sup>1129</sup> - Art. 08 de la loi 04-02.



## **B/ Le créancier de l'information.**

Le créancier de l'information est souvent un consommateur, il peut toutefois être un professionnel.

La qualité de professionnel joue cependant, à l'égard du créancier de l'information comme à l'égard du débiteur de celle-ci, un rôle décisif<sup>1130</sup>.

Le professionnel est sensé toujours connaisseur de l'information, tandis que le créancier est ignorant. Donc la qualité du créancier de l'information exige la nécessité d'une ignorance effective (1), qui peut être dévoilée par différentes présomptions (2).

### **1- La nécessité d'une ignorance effective du créancier.**

Le demandeur doit avoir ignoré l'information. Son ignorance est en particulier écartée lorsqu'il avait déjà reçu d'un autre que son cocontractant, des informations suffisantes.

L'interprétation par la Cour de Cassation de certaines lois spéciales sanctionne exceptionnellement un manquement à une obligation légale d'information, alors même que le demandeur connaissait l'information<sup>1131</sup>.

En principe, il faut que le demandeur ait ignoré l'information. Il n'est pas besoin d'informer celui qui sait déjà. En outre une telle information ne peut être déterminante. Tout recel d'information est écarté lorsque le demandeur la connaissait effectivement. Par évidence, l'obligation d'information ne peut être utilement invoquée que si le créancier de l'obligation peut se prévaloir de sa propre ignorance : le droit de savoir trouve logiquement sa limite lorsque le titulaire connaît déjà l'information<sup>1132</sup>.

Aussi bien, « le demandeur qui avait déjà reçu des informations suffisantes pour s'engager en connaissance de cause, ne peut prévaloir d'un défaut d'information »<sup>1133</sup>. La question est voisine de celle de l'objet de l'information et tend à se confondre avec celle-ci<sup>1134</sup>. Elle se pose en pratique aux tribunaux lorsque le demandeur reproche au défendeur de ne pas lui

---

<sup>1130</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 1401.

<sup>1131</sup> - Ibid. p. 1401.

<sup>1132</sup> - Rapport annuel de la Cour de Cassation pour 2010, cité par J. Ghestin.

<sup>1133</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 1403.

<sup>1134</sup> - Ibid. p. 1430.

avoir fourni des informations particulières qui aurait dû s'ajouter à celles qu'il possédait ou qu'il avait reçues déjà d'un autre que son cocontractant<sup>1135</sup>.

L'information déjà connue est suffisante lorsqu'elle devait inciter le demandeur à s'informer plus avant, comme il pouvait le faire. Comme on a signalé avant, l'interprétation par la Cour de Cassation de certaines lois spéciales sanctionne exceptionnellement un manquement à une obligation légale d'information, alors même que le demandeur connaissait l'information.

Il en est ainsi tout d'abord pour l'application de l'article 46 de la loi française n°65-557 du 10 juillet 1965, ajouté par la loi n°96-1107 du 18 décembre 1996, dite « loi carrez », selon laquelle, lorsque la vente porte sur un lot ou une fraction de lot de copropriété, il doit être porté sur l'acte qui constate la vente, à peine de nullité, la mention de la superficie de la partie privative du lot ou de la fraction de lot concerné<sup>1136</sup>.

Une solution similaire a été consacrée pour l'application de l'article L 514-20 du code de l'environnement, dans un litige qui concernerait la vente d'un terrain sur lequel avait été exploitée une installation classée soumise à autorisation<sup>1137</sup>. Comme l'observe le rapport annuel de la Cour de Cassation pour 2010, « alors que la nécessité d'une ignorance, au surplus légitime, fixe normalement la limite de l'obligation précontractuelle de renseignement, les obligations légales d'information résultant de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 et de l'article L 514-20 du code de l'environnement sont donc indifférentes à la connaissance que l'acquéreur peut avoir de l'information, ce qui s'explique par le fait qu'elles reposent sur des considérations d'ordre public, tenant notamment à la protection de la santé ou de l'environnement, qui dépassent le simple rééquilibrage des connaissances entre les contractants. L'accent est mis d'avantage sur la sanction du vendeur fautif que sur la protection du consentement de l'acquéreur ». Le droit spécial s'éloigne ainsi de l'obligation précontractuelle d'information de droit commun qui vise essentiellement à prévenir un vice du consentement<sup>1138</sup>.

## **02- Les présomptions d'une ignorance effective.**

La jurisprudence française prend en considération la profession du demandeur et plus précisément son incompetence. Elle retient également le fait qu'il ait adhéré à un contrat

---

<sup>1135</sup>- Ibidem.

<sup>1136</sup>- Cass.civ. 3<sup>e</sup>, 5 dec. 2007, Bull. Civ. III, n°218, D. n°07-14639.

<sup>1137</sup>- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2005, Bull. Civ. III, n°08, p.07, pourvoi n°03-18055.

<sup>1138</sup>- J. Ghestin. G. Loiseau. Y. M. Serinet, op. cit., p. 1405

n'ayant pas fait l'objet d'une négociation personnelle. Alors le profane est le créancier naturel de l'information.

Cette qualification de profane est très fréquemment retenue par la Cour de Cassation<sup>1139</sup>, spécialement pour imposer une obligation de conseil au professionnel.

En revanche, l'obligation d'information et de conseil à l'égard de l'acheteur professionnel n'existe que dans la mesure où la compétence de celui-ci ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques des biens qui lui sont livrés<sup>1140</sup>. Comme on a vu la Cour de Cassation a posé le principe selon lequel « il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné<sup>1141</sup> ».

Au-delà de la profession du demandeur ou plus généralement de sa qualification de profane, la jurisprudence prend également en considération la compétence personnelle du demandeur et que la présence d'un tiers au côté du créancier de l'information ne dispense pas le débiteur de celle-ci de la fournir<sup>1142</sup>.

Donc d'une part, le défaut de la compétence du demandeur est normalement pris directement en considération et il peut également conduire par déduction à la qualification de non professionnel, et d'autre part, la présence d'un tiers averti au côté du créancier de l'information ne dispense pas le débiteur de son obligation. « Il en est ainsi dans la vente, la présence de l'installateur au côté de l'acquéreur ne dispense pas le vendeur de son devoir de conseil quant à l'adéquation de la chose à la destination dont il doit s'enquérir »<sup>1143</sup>.

---

<sup>1139</sup> - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 fev. 1985, Bull. Civ.I, n°82, p. 75.

<sup>1140</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., p. 1406.

<sup>1141</sup> - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 fev. 1985, Bull. Civ.I, n°82, p. 75 et aussi, cass.civ. 1<sup>re</sup>, 03juill. 1985, Bull. Civ., n°211, p. 191.

<sup>1142</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, op. cit., pp. 1406-1407.

<sup>1143</sup> - Cass.civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2006, Bull. Civ. I, n°280, p. 245.

Enfin, l'adhésion du demandeur à un contrat n'ayant pas l'objet d'une négociation est considérée comme une présomption d'une ignorance effective pour lui, puisque le droit positif tend nettement à faire peser une obligation précontractuelle d'information sur les professionnels, qui porte sur le contenu des contrats d'adhésion, entendus comme des contrats n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle<sup>1144</sup>. Tel est, tout d'abord, le fondement de la plupart des obligations légales d'information, qui, dans les contrats imposent aux professionnels qui les rédigent de faire figurer diverses informations au profit des consommateurs<sup>1145</sup>. La même tendance se retrouve dans la jurisprudence française<sup>1146</sup>.

---

<sup>1144</sup>- Art. 110 du c.civ.

<sup>1145</sup>- Art. 08 de la loi 04-02.

<sup>1146</sup>- J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit., p. 641.

## **Chapitre 02: reconnaissance d'un délai de réflexion et d'un droit de rétractation.**

Afin de mieux protéger le consommateur, le législateur lui a reconnu un délai de réflexion avant de donner son accord final et un droit de rétractation si le consommateur n'a pas pris sa décision en pleine connaissance de cause.

### **Section 01: le délai de réflexion comme obligation au profit du consommateur.**

L'obligation de maintien de l'offre étant souvent insuffisante à ralentir le processus de formation du contrat, le législateur a voulu agir sur la date d'acceptation qui ne pourra intervenir avant un délai déterminé<sup>1147</sup>, ce délai de réflexion peut s'ajouter à l'obligation de maintien de l'offre, on va donc examiner dans un premier paragraphe l'importance du délai de réflexion et puis dans un deuxième paragraphe les effets du délai de réflexion.

#### **Paragraphe 01 : l'importance du délai de réflexion.**

Le délai de réflexion permet au consommateur de ne pas s'engager tout de suite dans un contrat. Comme son nom l'indique, il s'agit de laisser au consommateur le temps de réfléchir, d'apprécier l'intérêt du contrat et d'éviter un engagement immédiat irréfléchi ou insuffisamment réfléchi.<sup>1148</sup>

En contrepartie le professionnel n'exécute pas les obligations qui lui incombent, avant que ce délai ne soit expiré, afin de permettre au consommateur de prendre sa décision en pleine connaissance de cause, avec un consentement mieux éclairé. A cet égard l'existence du délai de réflexion apparaît essentielle<sup>1149</sup> et trouve sa justification dans le droit protecteur des

---

<sup>1147</sup>- Art.04 du décret exécutif n°06-306 du 10/09/2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives.

<sup>1148</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau, Y. Marie Serinet, op, cit, p. 655.

<sup>1149</sup>- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, les obligations, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 266.

contrats (contrat soumis à offre préalable) qui a développé de plus en plus son domaine d'application suivant les besoins des consommateurs.

#### **A/ Justification du délai de réflexion :**

D'une façon générale, on a pu faire remarquer la faiblesse du consommateur, même si elle est souvent exagérée, dans la formation du contrat<sup>1150</sup>, le délai de réflexion devient le moyen le plus favorable au consommateur, qui souvent conclut le contrat d'une façon négligente.

Il est attiré par les offres séduisantes, sollicité par des techniques de promotion des ventes toujours plus persuasives et s'aperçoit parfois qu'il n'a pas véritablement voulu ce qu'il a commandé ou acheté.

Spécialement pour les contrats d'adhésion, le consommateur se voit pressé de signer un contrat qu'il ne peut discuter et dont il ne perçoit qu'ensuite toutes les implications.<sup>1151</sup>

De plus encore, si ce contrat a été proposé et conclu dans des conditions qui sortent de la normale, à son domicile après démarchage, par télématique ou télé-achat à la suite de sollicitation téléphonique, le consommateur peut avoir été victime de ce qui a pu être qualifié de " vente agressive".<sup>1152</sup>

En effet, l'achat par correspondance peut se révéler trompeur lorsque l'objet présenté avantageusement sur le catalogue, arrive au domicile du consommateur, c'est la raison qui pousse le consommateur à accepter le produit proposé.

Les associations de consommateurs dans tous les pays dénonçaient ces inconvénients, qui ne justifient pas par ailleurs la condamnation même de ces techniques de ventes (seuls les abus sont condamnables), et « sollicitaient une protection, que le consommateur, isolé et peu rompu aux techniques contractuelles ne peut mettre en œuvre seul. C'est la raison pour la quelle on a songé à imposer un délai de réflexion ». <sup>1153</sup>

Le délai de réflexion s'est imposé comme moyen de combattre le plus efficacement le développement des contrats d'adhésion, et l'impossibilité grandissante pour le consommateur de jouer un rôle significatif dans les débats contractuels, s'il peut parfois encore discuter de la chose et du prix, les conditions générales et particulières de vente lui sont très souvent imposés et peuvent à elles seules déséquilibrer l'économie générale du contrat; dès l'or le meilleur moyen de rétablir un semblant d'équilibre contractuel est de forcer la partie faible au

---

<sup>1150</sup> - J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1<sup>er</sup> éd. 1996, p. 359.

<sup>1151</sup> - Ibid.

<sup>1152</sup> - J. Calais Auloy, D, 1970, chron., 37.

<sup>1153</sup> - J. Beauchard, op, cit, p. 360.

contrat à réfléchir, en lui interdisant d'exprimer son consentement avant une date prédéfinie et en contre partie d'obliger la partie forte au contrat de respecter le délai prescrit<sup>1154</sup>. Mais cela devait passer par l'exigence d'une offre préalable, maintenue un certain temps, qui serait mis à profit par le consommateur; d'abord pour lire attentivement les conditions générales du contrat<sup>1155</sup>, et comprendre le contrat ou se le faire expliquer par un tiers, ensuite éventuellement, pour consulter ou pour comparer avec les offres concurrentes. Cette fonction est particulièrement utile pour les contrats de crédit, d'assurance, de construction immobilière, d'enseignement à distance, de jouissance à temps partagé. Mais cette technique n'est pas utile en cas de vente par correspondance car dans cette vente le législateur préfère user la méthode du délai de rétractation<sup>1156</sup>, postérieur à la signature d'une convention, ce qui ne laisse pas de poser la question sur la protection du consommateur<sup>1157</sup>. Certes le délai de réflexion a une fonction importante puisqu'il permet au consommateur de revenir sur un engagement impulsif (par exemple en cas de démarchage) ou de vérifier la conformité de l'objet aux promesses du professionnel (ainsi pour la vente à distance), il n'en demeure pas moins que c'est dans la plus part des cas l'existence de conditions générales qui justifie l'octroi d'un délai de réflexion. Le temps de réflexion est ainsi aménagé pour le plus grand bien du consommateur.<sup>1158</sup>

## **B/ Domaine d'application :**

Dans l'article 04 du décret exécutif n° 06-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives<sup>1159</sup>, on remarque que le législateur algérien à indiquer implicitement le délai de réflexion qui doit figurer dans toutes les relations contractuelles entre les professionnelles et les consommateurs afin que ces derniers puissent examiner et conclure leurs contrats. Cette disposition concerne selon cet article, tout bien vendu ou prestation de service. De même l'article 20 de la loi 09-03<sup>1160</sup> faisait l'état de ce délai quand il

---

<sup>1154</sup> - D. Ferrier, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. 1980 chr.177, v. Christianos; Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des Consommateurs, D.1993, chr. p.28.

<sup>1155</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, op.cit.p.177 ; art.20 de la loi 09-03.

<sup>1156</sup> - Art.02 de la loi n°18-09 du 10juin2018 modifiant et complétant la loi n°09-03du 25février2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.

<sup>1157</sup> - J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, op, cit, p.360.

<sup>1158</sup> - Y. Picod, H. Davo, op.cit.p.116.

<sup>1159</sup> - V. Art. 04 du décret exécutif n°06-306 du 10 septembre 2006, J.O, n° 56 du 11/09/2006.

<sup>1160</sup> - V. Art. 20 de la loi 09-03.

disposait que " les offres de crédit à la consommation doivent reprendre à l'attente légitime du consommateur en ce qui concerne la durée de l'engagement". Mais le législateur algérien n'a pas déterminé la durée du délai de réflexion pour tel ou tel contrat, comme l'a fait son homologue français.

Le législateur français a consacré, pour la première fois cette technique<sup>1161</sup>, dans la loi n° 71-566 du 12 juin 1971 relative au contrat d'enseignement par correspondance afin d'assurer à l'élève un délai de réflexion pendant lequel il pourra apprécier l'utilité et les conditions de l'enseignement proposé.<sup>1162</sup>

Des lois de plus en plus nombreuses tant en France qu'à l'étranger interviennent pour protéger le consentement du consommateur préventivement, en retardant la formation du contrat définitif, soit en imposant un délai de réflexion préalable, soit en instituant au profit du consommateur un droit de repentir.

Il ne s'agit pas d'une règle relative à tous les contrats avec les consommateurs, mais d'une règle spéciale à certains contrats, mais qui finit par devenir une technique commune du droit de la consommation à force de se répéter dans les contrats les plus variés.<sup>1163</sup>

En France la loi du 22 décembre 1972, légèrement modifiée en 1989 a règlementé le démarchage et puis elle a été introduite en 1993 dans le code de la consommation dont elle forme les articles L. 121-21 à L. 121-33.

Le délai de réflexion constitue la pièce maîtresse du système de la loi de 1972, ayant constaté que les démarcheurs parviennent par habilité ou par insistance, à obtenir des engagements irréfléchis, le législateur français accorde au consommateur un délai de réflexion, et cela au moyen de trois règles combinées.<sup>1164</sup>

**1.** Le démarcheur qui obtient un consentement provisoire doit faire signer par le consommateur un contrat comportant diverses mentions destinées à éclairer le consentement de celui-ci: nom du fournisseur et du démarcheur, adresse du fournisseur, lieu de conclusion du contrat, prix global à payer, modalités de paiement, indication de la faculté de la renonciation<sup>1165</sup>, un exemplaire du contrat doit être remis au client.

---

<sup>1161</sup> - Lamy Droit économique 2001 n°4561.

<sup>1162</sup> - Y. Picod et H. Davo, op.cit.p.118.

<sup>1163</sup> - J. Beauchard, op.cit. p. 355.

<sup>1164</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p. 111.

<sup>1165</sup> - Art. L 121-12, C.consom. fr.



2. La loi permet au client de renoncer à sa commande, dans les sept jours<sup>1166</sup>, (jours fériés compris) qui suivent celui de la signature. Pour faciliter l'exercice de cette faculté, le contrat comporte obligatoirement un formulaire détachable<sup>1167</sup>, si le client désire renoncer, il lui suffit d'envoyer le formulaire à l'adresse indiquée par lettre recommandée avec accusé de réception.
3. La loi interdit au démarcheur de ne recevoir aucun paiement ou d'obtenir une contre-partie quelconque avant l'expiration du délai de sept jours (actuellement 14 jours).<sup>1168</sup>

La protection du consommateur en matière de crédit immobilier date de la loi française du 13 juillet 1979, elle est aujourd'hui insérée dans les articles L 312-1 et suivants du code de la consommation, L'article L 312-5 impose, en outre le rappel de certaines dispositions légales, notamment celles relatives au délai de réflexion.<sup>1169</sup>

Tout d'abord l'offre préalable d'un crédit immobilier doit satisfaire à de strictes conditions de forme; c'est ainsi que l'article L 312-08 du code de la consommation énumère des mentions obligatoires<sup>1170</sup>, qui sont:

- L'identité des parties et éventuellement des cautions.
- Nature, objet, modalités du prêt.
- Echancier des amortissements, pour les prêts à taux fixe.
- Coût total du crédit.
- Assurances et sûretés exigées.
- Conditions requises pour un transfert éventuel du prêt.
- Dispositions relatives au délai de réflexion.

Cette offre établie par le prêteur doit être envoyée par ce dernier au consommateur par voie postale, et doit être maintenue pendant trente jours, ce qui donne au consommateur qui le désire la possibilité de lire les documents envoyés et réfléchir pendant cette durée.<sup>1171</sup>

---

<sup>1166</sup> - Art. L 121-25, C.consom. fr., actuellement la durée est de 14 jours (la loi Hamon relative à la consommation du 17 mars 2014).

<sup>1167</sup> - Art. L 121-24, C.consom. fr.

<sup>1168</sup> - Art. L 121-26, C.consom. fr.

<sup>1169</sup> - Y. Picod et H. Davo, op, cit , pp., 285-286.

<sup>1170</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit, pp., 353-354.

<sup>1171</sup> - Raymond, Crédit immobilier, éd. Juris-Classeur, 2003, fasc. 941, n°54.

Le délai de réflexion peut être de trente jours puisque l'offre doit être maintenue pendant ce délai, le consommateur peut cependant s'engager plus tôt; il doit tout de même respecter un délai minimum de réflexion de dix (10) jours. Il ne peut donc envoyer son acceptation, toujours nécessairement par voie postale, que les onzièmes jours suivant réception de l'offre.<sup>1172</sup>

Encore faut-il intégrer le délai de réflexion dans le processus de formation du contrat, le législateur français utilise selon les cas, trois techniques différentes<sup>1173</sup>:

En certains cas, le délai précède la signature du contrat ainsi pour le crédit immobilier<sup>1174</sup>, à partir de la réception de l'offre écrite s'écoule d'abord un délai de dix jours pendant lequel l'offre ne peut être acceptée, puis un délai de vingt jours pendant lequel est possible; après les trente jours l'établissement de crédit n'est plus obligé de maintenir son offre<sup>1175</sup>, le consommateur dispose donc d'au moins dix jours et s'il le désire, de trente jours pour réfléchir avant de signer.

– En d'autre cas le délai de réflexion suit la signature du contrat, mais précède l'exécution de celui-ci, c'est notamment le cas du démarchage et du crédit à la consommation.<sup>1176</sup>

A compter du jour où il a accepté l'offre, le consommateur dispose d'un délai de sept jours, pendant lequel il peut renoncer par un acte exprès de volonté, sans donner le motif et sans verser d'indemnité.<sup>1177</sup>

– Enfin dans le cas de vente à distance, le délai de sept jours<sup>1178</sup> est à compter de la livraison, Pendant ce délai, le consommateur peut faire retour du produit au vendeur sans donner le motif et sans verser d'indemnité, on peut ici encore considérer que la conclusion définitive du contrat est retardée jusqu'à l'expiration du délai.<sup>1179</sup>

---

<sup>1172</sup> - Y. Picod et H. Davo, op. cit. , pp, 286-287.

<sup>1173</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op, cit, pp, 176-177.

<sup>1174</sup> - Y. Picod et H. Davo, op, cit , p, 286.

<sup>1175</sup> - Druffin - Bricca et L. Caroline Henry, Droit des obligations, L.G.D.J, 2007, p. 82.

<sup>1176</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, préc.

<sup>1177</sup> - J. Beauchard, op. cit. pp, 369-370.

<sup>1178</sup> - Ce délai actuellement est de 14 jours d'après la loi Hammon.

<sup>1179</sup> - D. Ferrier, La protection des consommateurs, op.cit.p.25.

Le délai de réflexion accordé par le législateur peut varier selon le contrat envisagé<sup>1180</sup>, depuis la loi Hamon de 2014 le délai de réflexion est de quatorze jours (contre sept jours au paravant), c'est le cas notamment pour les ventes à distances (Art. L.221-18 c. consom)<sup>1181</sup>, pour les contrats de crédit à la consommation (art L 222-7 c. consom)<sup>1182</sup>, pour les contrats d'enseignement à distance (loi du 12 juillet 1972 art 09), le contrat d'achat ou de construction d'un immeuble neuf (loi du 31 décembre 1989, art 20).

Pour le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé le délai de réflexion est de dix jours<sup>1183</sup>, il est de quinze jours lorsqu'un plan d'épargne en valeurs mobilières est proposé par démarchage (loi du 03 janvier 1972 art 21, il atteint trente jours pour l'assurance sur la vie.<sup>1184</sup> Généralement de délai de réflexion de quatorze jours, selon la loi Hamon, bien qu'institué dans l'intérêt des consommateurs, peut gêner certains d'entre eux, pressés d'obtenir un objet dont ils ont un urgent, En effet le vendeur n'est pas obligé de livrer tant que le délai n'est pas expiré.

Pour satisfaire les consommateurs pressés, la loi leur donne la possibilité de solliciter une livraison anticipée, sans que le délai soit inférieur à trois jours.<sup>1185</sup>

C'est-à-dire le délai de réflexion peut être réduit jusqu'à trois jours, pour rendre le consommateur conscient de la réduction du délai, la demande de livraison rapide doit être rédigée, datée et signée de sa main.

Toute autre forme de renonciation au délai de sept jours serait inopérante.<sup>1186</sup>

## **Paragraphe 02: Les effets du délai de réflexion.**

Le délai de réflexion est une technique différant la formation du contrat (A) et son inobservation est suivie de sanctions (B).

---

<sup>1180</sup> - Lamy Droit économique, 2001, n°4562.

<sup>1181</sup> - Code de la consommation français, dernière modification le 01 janvier 2017, document généré le 06 janvier 2017.

<sup>1182</sup> - Art. L 222-7 du nouveau code de la consommation français.

<sup>1183</sup> - Art. L 121- 64, c.assur.fr.

<sup>1184</sup> - Art. L 121-5-1 et L 132-5-2, c. assur.fr.

<sup>1185</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op, cit, p. 387.

<sup>1186</sup> - Civ., 31 mai 1988, D. 1988, S. 406 , obs, Aubert; RTD civ. 198, 65, obs. Mestre.

## **A/ Une technique différant la formation du contrat:**

En freinant le mécanisme de formation des contrats les plus dangereux pour les consommateurs, le législateur a perturbé le mécanisme classique de l'offre et de l'acceptation, il impose dans lesdits contrats une période de transition entre l'émission de l'offre par le professionnel et l'expression du consentement du consommateur.<sup>1187</sup>

Alors que l'offre est par principe librement révocable, le législateur crée pour certains contrats une obligation de maintien de l'offre à la charge du professionnel. Dans d'autres cas, il préfère agir sur la liberté d'acceptation en imposant un délai préalable de réflexion.<sup>1188</sup>

Alors, ce délai permet au consommateur de réfléchir, et il peut refuser le contrat avant la conclusion définitive. Donc d'une part, le délai de réflexion constitue un moyen de réparer les conditions du principe de la liberté contractuelle, de l'autre part, il restreint ce principe, puisque la volonté des parties contractantes est impérativement retardée jusqu'à l'expiration du délai fixé<sup>1189</sup>.

Certains auteurs voient dans cette technique une étape dans le processus de formation du contrat : à l'instar de la théorie de la " ponctuation", la formation du contrat serait simplement retardée<sup>1190</sup>; la formation définitive du contrat serait en quelque sorte l'expression d'une volonté irréversible de s'engager, laquelle découlerait du non- exercice par le consommateur de la faculté de dénonciation du contrat. L'effectivité de la protection du consommateur en dépend<sup>1191</sup>.

Il à été également soutenue que « la perfection du contrat serait acquise à l'échange des consentements, mais que son efficacité serait suspendue pendant le cours du délai »<sup>1192</sup>.

D'autres auteurs<sup>1193</sup>, analysent ces mécanismes comme une véritable faculté de dédit.

La question relevant des atteintes à la force obligatoire du contrat et non de la formation de celui-ci. En effet, si le législateur a lui-même décidé de suspendre la prise d'effet du contrat pendant le délai de réflexion et de repentir en interdisant, par exemple en matière de

---

<sup>1187</sup>- Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit., p. 151 ; art.20 de la loi 09-03.

<sup>1188</sup>- Art.04 du décret n°06-306.

<sup>1189</sup>-J. Ghestin, Traité de droit civil " La formation du contrat", op, cit, p. 122.

<sup>1190</sup>- Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation op.cit.p.115.

<sup>1191</sup>- Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit, p. 151.

<sup>1192</sup>- Y. Cristian, " Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs", D. 1993, chron. 28.

<sup>1193</sup>- J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, op, cit, n°187.

démarchage à domicile au professionnel de recevoir le moindre paiement pendant le délai de rétractation, c'est bien la preuve qu'il considère le contrat comme définitivement conclu<sup>1194</sup>.

En matière de vente à distance, le contrat produit normalement ses effets, mais le consommateur dispose d'un " droit de retour" de l'objet à partir de sa réception, ce qui montre ici que le contrat a été exécuté et que l'on revient sur l'engagement qui a été souscrit<sup>1195</sup>, dans ces hypothèses, le législateur accorde au consommateur après réflexion, un droit de repentir qui est, à la différence de droit de résiliation unilatérale, purement discrétionnaire. Le consommateur n'ayant pas à se justifier. Il s'agit donc bien d'une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat inspirée par des considérations d'équité<sup>1196</sup>.

La jurisprudence française semble consacrer cette analyse selon laquelle le contrat serait parfait dès l'accord sur la chose et le prix<sup>1197</sup>, néanmoins les projets de réforme du droit des contrats français traitaient de cette question à propos de la conclusion du contrat, voire du consentement. L'article 22 du projet de l'académie de sciences morales et politiques (groupe terré) considèrent même que le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'après l'expiration du délai de rétractation comme du délai de réflexion: c'est la formation du contrat qui est ici retardée. Le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats reprenait la même analyse<sup>1198</sup>. L'ordonnance n° 2016/131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, décrit le délai de réflexion dans l'article 1112<sup>1199</sup>: « la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation.... », cette présentation inscrit clairement le délai de réflexion dans le processus de formation du contrat comme une technique visant à différer celle-ci en vue de laisser à l'une des parties le temps d'apprécier l'intérêt du contrat et d'éviter un engagement immédiat irréfléchi ou insuffisamment réfléchi.

« Le processus de formation du contrat se trouve en conséquence temporairement gelé, d'un coté l'offre est forcément maintenue durant le temps de l'écoulement du délai de réflexion, et de l'autre côté, l'acceptation est neutralisée à partir de la connaissance de l'offre et privée d'efficacité jusqu'à l'expiration de ce délai, il ya donc un décalage imposé du moment de formation du contrat dans l'objectif que ce retardement soit mis à profit pour éclairer le

---

<sup>1194</sup> - Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, op.cit., p.116.

<sup>1195</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit, p.152.

<sup>1196</sup> - Y. Picod, " effet obligatoire des conventions, exécutions de bonne foi des conventions", J- cl. civ, n°70.

<sup>1197</sup> - Civ, 1<sup>re</sup> 10 juin 1992, ccc. 1992, comm, n° 195.

<sup>1198</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit., p. 152.

<sup>1199</sup> - Art.1112 du nouveau code civil français.

consentement de celui dont on peu craindre qu'il s'engage trop précipitamment, sans avoir pleinement conscience de la portée de son engagement »<sup>1200</sup>.

Cette décomposition autoritaire du processus normalement spontané de la rencontre des volontés ne peut évidemment qu'être exceptionnelle, « réservée à des contrats dont l'importance économique justifie qu'un temps soit organisé pour la réflexion et à des contractants qui sont, plus que d'autres dans une situation d'impréparation par rapport à ces contrats, ce qui paraît ainsi en matière de crédit immobilier<sup>1201</sup> ou en cas d'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation<sup>1202</sup> et aussi en matière d'enseignement à distance »<sup>1203</sup>.

En outre, le délai de réflexion ayant pour effet de retarder la formation du contrat; cela suppose que le délai de réflexion soit stipulé dans un contrat distinct de celui que sur lequel le délai de réflexion produit ses effets c'est à dire un avant contrat<sup>1204</sup>. Techniquement on peut donc imaginer qu'un délai contractuel de réflexion soit stipulé dans une promesse unilatérale de vente : un tel délai imposerait au bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente d'attendre un certain délai avant de lever l'option. On pourrait également imaginer qu'un délai de réflexion soit stipulé dans un contrat cadre, à propos des contrats d'application. En pratique, toutefois, on ne voit pas véritablement l'intérêt de stipuler des délais de réflexion dans tels contrats.

Il pourrait peut-être s'agir d'un moyen pour les parties de limiter le risque d'annulation du contrat pour erreur<sup>1205</sup>.

## **B/ Les sanctions encourues :**

A la différence du législateur algérien, le législateur français a imposé des sanctions concernant le délai de réflexion qui doivent être strictement respectées par le professionnel, ce sont des sanctions civiles et pénales surtout en matière de démarchage et de crédit.

L'inobservation des règles concernant le démarchage est d'abord sanctionnée par la nullité du contrat, celle-ci n'est expressément prévue que pour l'omission d'une mention obligatoire (art

---

<sup>1200</sup> - J. Ghestion, G. Loiseau, Y. Marie Serinet, op, cit, p. 656.

<sup>1201</sup> - Art. L312-10, al. 2 ,c. consom.fr.

<sup>1202</sup> - Art. L 271-1 al 5,c. c.h.fr.

<sup>1203</sup> - Art. L 444-8, c. Education.fr.

<sup>1204</sup> - [http:// IEJ. Univ-Paris 1.fr](http://IEJ.Univ-Paris 1.fr).

<sup>1205</sup> - [http:// IEJ. Univ-Paris 1.fr](http://IEJ.Univ-Paris 1.fr).

L.121-33, mais elle peut être certainement invoquée pour toute autre inobservation de la loi, du moment qu'il s'agit de dispositions d'ordre public<sup>1206</sup>.

La nullité du contrat est relative, elle ne peut être demandée que par le client irrégulièrement démarché.

La loi prévoit en outre une sanction pénale; l'omission d'une mention obligatoire, l'absence de formulaire détachable, l'entrave à l'exercice de la faculté de renonciation, l'obtention d'un paiement ou d'une contrepartie avant l'expiration du délai de sept jours sont punies d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement<sup>1207</sup>.

Si le client exerce l'action civile devant la juridiction répressive, il peut invoquer la nullité du contrat et demander la restitution des sommes payées sans préjudice de tous dommages et intérêts<sup>1208</sup>. En droit algérien, on peut aborder la question sur le fondement de l'article 124 du code civil.

Les peines sont applicables au démarcheur qui a commis l'une des infractions ci-dessus énumérées, et la jurisprudence française les applique aussi au dirigeant de l'entreprise pour la quelle le démarchage était effectué même de façon indépendante<sup>1209</sup>.

Les agents de la DGCCRF recherchent et constatent les infractions, dans les conditions prévues par l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Les infractions aux règles sur le démarchage ont souvent une dimension collective, et alors les associations de consommateurs peuvent exercer l'action civile en réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des consommateurs<sup>1210</sup>.

En matière de crédit, en droit français l'emprunteur immobilier, comme la personne qui est appelée à se porter caution de ce dernier, se voit interdire d'accepter l'offre de crédit avant l'expiration d'un délai minimum de 10 jours<sup>1211</sup>, certains auteurs relèvent qu'il s'agit là d'une protection non seulement juridique mais encore " économique" puisqu'elle permet à l'emprunteur de réfléchir sur les moyens financiers dont il dispose et d'obtenir " le meilleur prix" en comparant avec les conditions d'autres établissements prêteurs<sup>1212</sup>. Pour assurer

---

<sup>1206</sup> - Ainsi l'obtention d'un paiement avant l'expiration du délai de réflexion entraîne la nullité du contrat (civ.1<sup>ère</sup>, 7 oct. 1998, JCP. éd. E, 1999, 279, note Gervais, RTD civ. 1999, 383; obs. Mestre).

<sup>1207</sup> - Art. L121- 28. c. consom.fr.

<sup>1208</sup> - Art. L.121- 31c.consom.fr.

<sup>1209</sup> - Crim. 11 janv. 1990, D.1990, S.360, obs. R. De Boubee.

<sup>1210</sup> - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op.cit.p.114.

<sup>1211</sup> - Art. L 312-10 al. 2, c. consom.fr.

<sup>1212</sup> - N. Sauphanor, op, cit., p. 198.

l'effectivité de ce droit à la réflexion, le législateur français a interdit, en prévoyant une sanction pénale, tout versement de la part de l'emprunteur et du prêteur immobilier tant que le délai de réflexion n'est pas expiré, le droit pénal intervient ici de façon originale non pas pour sanctionner l'inobservation de ce délai, mais le fait qui nuit à son exercice.<sup>1213</sup>

Etant donné que le délai de réflexion est d'ordre public<sup>1214</sup>, il faut en déduire non seulement la nullité de toute clause de renonciation, mais encore la nullité de toute stipulation contraire à l'interdiction de paiement pendant de délai de réflexion<sup>1215</sup>.

Il a été, à juste titre suggéré qu'une disposition générale du code de la consommation français énonce que le non respect des délais de réflexion soient sanctionné, d'une façon générale par la nullité du contrat<sup>1216</sup>.

La Cour de Cassation française l'a rappelé en matière de crédit immobilier en précisant que la nullité est une nullité relative qui se prescrit pour cinq ans et qui ne peut être soulevée que par la personne qu'elle a vocation à protéger<sup>1217</sup>.

Le prêteur qui pour ne pas respecter le délai de réflexion, remettrait une offre sans date ou avec une fausse date s'exposerait à une amende de 30.000 €<sup>1218</sup>, et depuis la loi Hamon l'amende est de 300.000€<sup>1219</sup>.

Le non respect de ce délai par le prêteur l'expose en outre à la déchéance du droit aux intérêts en application de l'article L 312-33 du code de la consommation.

La loi algérienne n'a rien précisé pour le sujet de sanctions concernant le délai de réflexion, sauf l'article 81 de la loi 09-03 relative à la protection du consommateur et à la repression des fraudes, qui indique la sanction d'une amende de 500.000DA à 1000.000DA pour l'inobservation des obligations prévues à l'article 20 de la présente loi.

---

<sup>1213</sup> - Ibid.

<sup>1214</sup> - En effet, l'article L 313- 16 du code de la consommation. Fr.

<sup>1215</sup> - N. Sauphanor, op, cit., p. 198.

<sup>1216</sup> - D. Mazeaud, Faut ilrecodifier le droit de la consommation ? Economica, 2002 (sous la direction de D. Fenouillet et F. Labarthe), p.87

<sup>1217</sup> - Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 fév. 2001, D.2001, AJ.1388: obs. A. Robardet; civ.1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2001, D. 2002, IR.456.

<sup>1218</sup> - Art. L.312-33 al.2, c.consom. Fr.

<sup>1219</sup> - Art. L.312-34, c.consom. Fr.



## **Section 02: Le droit de rétractation au seul profit du consommateur.**

Le droit de rétractation représente l'élément principal du dispositif de protection du consommateur, ce nouveau procédé consiste à permettre au consommateur<sup>1220</sup>, après signature d'un contrat, ou avant contrat de revenir sur son acceptation pendant un certain délai<sup>1221</sup>, c'est une règle exceptionnelle adoptée par la législation qu'on doit chercher, tout d'abord son existence (paragraphe 1) en suite ses effets (paragraphe 2).

### **Paragraphe 01: l'existence du droit de rétractation.**

Conscient que l'extraordinaire perfectionnement des " techniques de tentation"<sup>1222</sup>, offres alléchantes, publicité en tout genre, des " ventes agressives"<sup>1223</sup>, démarchage à domicile, par téléphone et des contrats "conclus dans des conditions qui sortent de la normale"<sup>1224</sup> - contrats par télématique ou télé-achat-, constituaient autant de pressions susceptibles de s'exercer sur la prise de décision des consommateurs et donc de risque d'altération de leur volonté, « le législateur a institué un procédé permettant aux consommateurs de revenir sur leurs engagements ». <sup>1225</sup>

Donc, le fondement du droit de rétractation réside dans l'idée que le consommateur n'est pas en mesure, à la vue d'images ou de descriptions souvent flatteuses, d'apprécier véritablement le produit ou le service avant de se décider et d'exprimer son consentement par l'emploi d'une technique de consommation à distance.<sup>1226</sup>

D'une manière générale, le droit de rétractation est essentiel en matière de contrats à distance<sup>1227</sup>. C'est le droit français de la consommation qui a institué en premier, un délai de

---

<sup>1220</sup> - Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, op, cit, p. 50.

<sup>1221</sup> - J. Beauchard, droit de la distribution et de la consommation, op, cit, p. 361.

<sup>1222</sup> - N. sauphanor, op, cit, p. 200.

<sup>1223</sup> - J. Calais Auloy, les ventes agressives, D.1970, chro. p. 37.

<sup>1224</sup> - J. beauchard, préc, p. 359.

<sup>1225</sup> - N. sauphanor, préc, p. 200.

<sup>1226</sup> - N. Moreau, La formation du contrat électronique, D.E.A, droit des contrats mémoire soutenu le 30/09/2003, université Lille 02, p.61.

<sup>1227</sup> - EK, Elodie, la directive du 25 Octobre 2011 et la loi Hammon du 17 mars 2014 relative aux droits des consommateurs sur la vente à distance, mémoire de Master02 droit des contrats, université, paris sud, année universitaire 2013/2014, p. 22.

rétractation, appelé auparavant droit de retour, pour assurer la protection des consommateurs face à certaines techniques de vente.<sup>1228</sup>

Ce droit a d'abord été prévu pour le démarchage à domicile, qui est une méthode de vente particulièrement agressive, puis pour le crédit à la consommation<sup>1229</sup> et pour les contrats de vente à distance. Ce droit de rétractation permet au consommateur de disposer d'un délai bien déterminé<sup>1230</sup> (sept jours francs) à compter de la livraison du bien pour faire retourner le produit au vendeur ou pour l'échange ou le remboursement, sans avoir à donner de motif et sans pénalité à l'exception des frais de retour<sup>1231</sup>. Les délais de rétractation sont actuellement issus du droit de la consommation, qui en a été le premier concepteur et qui reste le principal usager. La liste des droits spéciaux qui y font appel se développe toutefois progressivement: le droit des assurances dont des dispositions sont d'inspiration consumériste<sup>1232</sup>, le droit immobilier<sup>1233</sup> ou encore, plus récemment le droit du travail<sup>1234</sup>. Dans ces conditions, la question se pose de l'opportunité de faire une place dans le code civil aux délais de rétractation en tant que technique susceptible de perturber le processus de formation du contrat<sup>1235</sup>, c'est ce que s'était proposé de faire le projet de réforme du droit des contrats et qui a fini par la promulgation de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>1236</sup>, qui prévoit dans son article 1122: « la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

« Cette perspective d'intégration, qui mérite d'être saluée »; dit monsieur Jacques Ghestin, « permettrait de redonner au droit commun des contrats sa fonction de matrice des concepts

---

<sup>1228</sup> - N, Moreau, préc.

<sup>1229</sup> - Le législateur Algérien a adopté le délai de rétractation en matière de crédit à la consommation dans les articles 11 et 14 de décret exécutif n°15-114 du 12 mai 2015 relatif aux conditions aux modalités d'offres en matière de crédit à la consommation.

<sup>1230</sup> - depuis la loi Hammon de 2014, le délai de rétractation est de 14 jours (contre un délai de 07 jours auparavant).

<sup>1231</sup> - Art. L 121-16, c. consom. Fr.

<sup>1232</sup> - Art. L 121-20-12, C. assur. Fr.

<sup>1233</sup> - Art. L271-1. CCH. Fr.

<sup>1234</sup> - Art. L 1237-13 du code de travail fr.

<sup>1235</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, La formation du contrat, op, cit, p. 654.

<sup>1236</sup> - Ordonnance n°2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats du régime générale et de la preuve des obligations, J.O n°0035 du 11/02/2016 texte n°26.

contractuels quand bien même leur mise en œuvre se destinerait à certains contrats spéciaux seulement ». <sup>1237</sup>

Une telle conception du délai de rétractation est défendue par une partie de la doctrine qui estime qu'il affecte le déroulement du processus de formation du contrat en reportant à son expiration le moment où l'acte devient parfait. <sup>1238</sup>

Il y aurait ainsi, une formation progressive du contrat : la première étape que réalise la rencontre des volontés et qui est suivie du maintien de celles-ci durant le délai de rétractation pour parvenir à la perfection du contrat.

Durant cette période, la volonté du bénéficiaire du droit de rétractation ne serait pas mure, il lui faudrait encore persister jusqu'à l'écoulement du délai pour que le contrat se trouve conclu <sup>1239</sup>. Donc vu l'importance du droit de rétractation, il convient de rechercher sa nature juridique (A) ensuite sa mise en œuvre (B).

#### **A/ La nature juridique du droit de rétractation:**

L'institution du droit de rétractation perturbe le droit commun de la formation du contrat et concerne aussi la nature de la faculté de rétractation ou droit de repentir et également celle de la convention signée <sup>1240</sup>.

Pour une bonne partie de la doctrine <sup>1241</sup>, le droit de repentir vient effacer un contrat déjà formé et parfait, comme le dit parfois la loi : par exemple la loi du 10 juin 2018 <sup>1242</sup> dans son article 02 modifiant l'article 19 de la loi 09-03 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, dit que « la rétractation est le droit du consommateur à se rétracter, sans motif, pour l'acquisition d'un produit ».

Le droit de rétractation est une exception au principe de l'irrévocabilité des contrats, en permettant à l'une des parties, alors que l'autre reste tenue, de se délier de son engagement postérieurement à la conclusion du contrat <sup>1243</sup>. Suivant cette analyse seule l'efficacité du contrat serait suspendue le temps du délai de rétractation, sans que le processus de formation

---

<sup>1237</sup> - J. Ghestin, préc.

<sup>1238</sup> - G. Cornu, la protection du consommateur et l'exécution du contrat, tran, ass, H. captatnt, 1973, J. calais Auloy, D.1973, chron., p.266.

<sup>1239</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op, cit, p. 656.

<sup>1240</sup> - J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, op, cit., p. 359.

<sup>1241</sup> - R. Baillord, Le Droit de repentir, RTD. civ.1984.227.

<sup>1242</sup> - Loi n°18-09 du 10 juin 2018 modifiant et complétant la loi n°09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, J.O n°35 du 13 juin 2018.

<sup>1243</sup> - M. Fabre- Magnan, Droit des obligations, 1- contrat et engagement unilatéral, 3<sup>e</sup>, éd., 2012, p. 283.

soit lui-même altéré<sup>1244</sup>. Le droit de rétractation a aussi été analysé comme une atteinte à la force obligatoire d'un contrat déjà formé, il a été proposé de le concevoir comme une faculté légale de dédit susceptible d'être exercée pendant une certaine durée<sup>1245</sup>.

Le droit de repentir représente pour certains auteurs, une atteinte au principe de l'autonomie de la volonté ou plus exactement, la preuve que l'autonomie de la volonté ne suffirait pas à créer le contrat<sup>1246</sup>. Par contre, le droit de repentir représente pour d'autres auteurs, un droit de résolution unilatérale voire de résiliation, ou comme une condition résolutoire, comparable au mécanisme de la vente à réméré.<sup>1247</sup>

Selon une autre opinion, c'est la formation même du contrat qui est retardée jusqu'à l'expiration du délai de réflexion, il ne s'agit pas de porter atteinte à l'autonomie de la volonté, ni à la force obligatoire du contrat, mais de permettre au contraire au consommateur d'exprimer sa volonté réelle<sup>1248</sup>.

On aboutit ainsi au contrat réfléchi. Donc ici le consommateur ne donne pas un consentement définitif dans un premier temps, mais seulement une sorte de pré consentement au quel il peut renoncer ou qu'il peut confirmer implicitement après réflexion. Pour cela, et comme le consommateur n'est pas un expert aux techniques contractuelles, ni conseillé par ses juristes dans la formation du contrat comme des contractants professionnels, c'est la loi qui vient réglementer le processus de formation du contrat par le mécanisme original du délai de rétractation.<sup>1249</sup>

Si la technique de rétractation tend à s'étendre aux différents contrats, sa généralisation à l'ensemble des rapports contractuels n'est cependant pas souhaitable.

Il ne s'agit pas, dans le cadre des contrats d'adhésion, de faire du droit de repentir la méthode générale de protection des contractants. Son utilité est incontestable, mais ses inconvénients ne sont pas pour autant négligeables : atteinte à la sécurité juridique, déstabilisation du contrat, ralentissement des transactions.<sup>1250</sup>

Donc le droit de rétractation doit rester une disposition particulière attaché à certains contrats et doit être strictement encadré afin d'atteindre son objectif : protéger une des parties, sans

---

<sup>1244</sup> - F.Terré, Ph. Simpler et Y. Lequette, Les obligations, 10<sup>e</sup>, éd., 2009, p. 279.

<sup>1245</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Serinet, op, cit, p. 656.

<sup>1246</sup> - J. Ghestin, La formation du contrat, op, cit., p. 153.

<sup>1247</sup> - D. Ferrier, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D.1980, ch.177, n°747.

<sup>1248</sup> - G. Cornu, L'évolution du Droit des contrats en France, RIDC, 1974, vol1., 447.

<sup>1249</sup> - J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, op, cit. p.360.

<sup>1250</sup> - Le droit de repentir d'origine conventionnelle ne soulève pas les mêmes objectifs, puisqu'il repose sur le principe de la liberté contractuelle, R. Bailod, op, cit, p. 232.

pour autant désavantager l'autre. La protection de l'acheteur est aujourd'hui recherchée dans des dispositions d'ordre public qui visent à rendre son consentement plus libre, plus éclairé et réfléchi<sup>1251</sup>. La technique de rétractation s'inscrit parfaitement dans le cadre des mesures de protection qui visent à ce qu'avant de se lier, un contractant soit bien au fait des conséquences de son engagement : octroi d'un délai de réflexion, information préalable...

« La seule différence est qu'avec le droit de rétractation, on s'éloigne du schéma habituel de la protection du droit commun puisque la réflexion du contractant intervient après la conclusion du contrat ». <sup>1252</sup>

Le principe de l'autonomie de la volonté se manifeste essentiellement à travers deux conséquences : la souveraineté de la volonté et la force obligatoire du contrat. Or l'institution du droit de rétractation ne porte atteinte qu'au deuxième de ces aspects. Paradoxalement, si cette mesure particulière bouscule la force obligatoire des contrats, elle illustre, peut être contrairement aux apparences, un renforcement du principe de la souveraineté de la volonté : seul un consentement délibéré manifeste une volonté plénière.

## **B/ La mise en œuvre du droit de rétractation.**

Il convient de comprendre la mise en œuvre de ce droit de rétractation, en étudiant tout d'abord son domaine (1) et d'observer son exercice (2).

### **1- Le domaine du droit de rétractation :**

Le droit de rétractation n'est pas un droit réciproque : seule la personne que la loi a entendue protéger bénéficie du droit de rétractation, son cocontractant ne peut pas l'exercer<sup>1253</sup>. Ce droit n'existe que dans les domaines définis par la loi. En droit français, les lois n° 72-06 du janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement à distance et n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relatives à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile sont les premiers à avoir institué cette faculté de rétractation. <sup>1254</sup>

---

<sup>1251</sup> - N. Chardin, Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté, thèse, LGDJ. 1988, préface, J.L. Aubert.

<sup>1252</sup> - I. Demeslay, le droit de repentir, op, cit., p. 174.

<sup>1253</sup> - [Http:// www.legavox.fr/article/consommation/droit-retraction-outil-protection-87-htm](http://www.legavox.fr/article/consommation/droit-retraction-outil-protection-87-htm).

<sup>1254</sup> - J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, op, cit.. p.357.

« La redoutable efficacité au droit de rétractation fait en tous cas son succès ». <sup>1255</sup>

La loi tend aujourd'hui à multiplier les cas où elle impose ce droit au profit du consommateur, que ce soit en matière de biens ou de services. <sup>1256</sup>

Le législateur s'est ensuite inspiré directement de ces dispositions pour prévoir une faculté de rétractation dans de nombreux autres contrats: ainsi, dans le contrat de crédit à la consommation <sup>1257</sup> où le délai est de sept jours à compter de la signature de l'offre de crédit par l'emprunteur, dans les contrats d'assurances vie <sup>1258</sup>, où le délai est de trente jours en France, en vertu de la loi du 7 janvier 1981, dans le contrat de courtage matrimonial <sup>1259</sup>, où le délai est également de sept jours, dans les contrats de réservation d'immeubles à construire <sup>1260</sup> où le délai est de sept jours également.

La loi française n°88-21 du 06 janvier 1988 a étendu le régime du droit de rétractation à toutes les opérations de ventes à distances, ce qui comprend les ventes par correspondance, le télé-achat, les offres par téléphone ou télématique pour les quelles elle a instituée un délai général de sept jours à compter de la livraison. <sup>1261</sup>

En fin la loi Hamon en France du 17 mars 2014 qui transpose la directive communautaire n°2011/83 du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, réaffirme le principe d'un droit de rétractation pour le consommateur tout en transposant les nouveautés édictées, sous l'influence du droit communautaire. <sup>1262</sup>

La loi Hamon procède à la fusion des régimes, auparavant distincts du démarchage à domicile (contrat hors établissement) et de la vente à distance notamment en ce qui concerne les informations précontractuelles et le droit de rétractation. <sup>1263</sup>

D'une manière générale le droit de rétractation est essentiel dans le paysage des contrats à distances, non seulement, la directive met en avant un droit de rétractation pour le consommateur, même si celui-ci reste limité à certains cas, mais elle permet également

---

<sup>1255</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. M. Serinet, op, cit, p. 659.

<sup>1256</sup> - Art. 02 de la loi 18-09; art.11al.02 du décret exécutif n°15-114 du 12 mai 2015 relatif aux conditions et aux modalités d'offres en matière de crédit à la consommation.

<sup>1257</sup> - Arts. 11 et 14 du décret exécutif cité.

<sup>1258</sup> - Art. 70 bis de l'ordonnance n°95-07 du 26janvier1995 modifiée et complétée par la loi n°06-04 du 20février 2006 relative aux assurances ; Art. L132- 5-1c. assur. Fr.

<sup>1259</sup> - Art.6-2, Loi du 23 juin 1989.

<sup>1260</sup> - Art.L271-1, c.cons et hab. fr.

<sup>1261</sup> - J. Beauchard, préc.

<sup>1262</sup> - E.Elodie, La directive du 25 octobre 2011 et la loi Hammon du 17 mars 2014 relatives aux droits des consommateurs sur la vente à distance, mémoire de master2, Université Paris- Sud, 2013/2014, p. 21.

<sup>1263</sup> - [Http://: www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html](http://www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html)

l'harmonisation sur le plan européen du délai de rétractation celui-ci à désormais vocation à s'appliquer de manière uniforme dans chaque Etat membre.<sup>1264</sup>

L'article L 121-21 du code de la consommation<sup>1265</sup> français prévoit que le consommateur dispose d'un droit de rétractation lorsqu'il s'engage à distance, suite à un démarchage téléphonique, ou hors établissement.

Le champ d'application de ce texte est particulièrement large puisqu'il concerne tant les ventes à distance, que ce soit par téléphone, correspondance ou internet, que les ventes dites hors établissements.

Le législateur français a pris soin de définir ce type de vente à l'article L 121-16<sup>1266</sup>. En application de ce texte, est considérée comme une vente hors établissement celle conclue :

– Dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle, en présence physique simultanée des parties, y compris à la suite d'une sollicitation ou d'une offre faite par le consommateur.

– Ou dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément présentes.

– Ou pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur.

Pour les contrats conclus à distance et hors établissement, le consommateur doit être informé de l'existence de ce droit et de ses modalités d'exercice.<sup>1267</sup>

La loi Hamon modifie la réglementation applicable au délai de réflexion pour les contrats à distance et hors établissement conclus après le 13 juin 2014<sup>1268</sup>. Le consommateur disposera à

---

<sup>1264</sup> - E. Elodie, préc, p. 22.

<sup>1265</sup> - Art. L121- 21, c.consom.fr.

<sup>1266</sup> - Art. L121- 16, c.consom.fr.

<sup>1267</sup> - [Http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/publications/vie-pratique/fiches-pratiques/delais-de-retractation-ou-de-retour](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/publications/vie-pratique/fiches-pratiques/delais-de-retractation-ou-de-retour).

<sup>1268</sup> - [Http:// www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html](http://www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html).

cette date d'un délai de rétractation de 14 jours et non plus de sept (07 jours, qu'il pourra exercer, sans motiver sa décision et sans en supporter les frais.<sup>1269</sup>

Il est prévu que le délai de rétractation soit porté à 12 mois dans l'hypothèse où le professionnel n'a pas informé de consommateur de l'existence de son droit de rétractation, si au cours de ce délai de 12 mois, le professionnel fournit les informations au consommateur, la durée de 14 jours reprendra vigueur au jour où le consommateur aura reçu l'information.<sup>1270</sup>

En outre, il est important de préciser que le droit de rétractation est exclu ou peut être écarté dans certains cas, notamment dans les contrats<sup>1271</sup>:

- De fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de la fluctuation sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptible de se produire pendant le délai de rétractation.
- De fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation.
- De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés.
- De fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement.
- De fourniture de biens qui ont été descellés par le consommateur après la livraison et qui ne peuvent être renvoyés pour des raisons d'hygiène ou de protection de la santé.
- De fourniture de biens qui après avoir été livrés et de par leur nature sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles.
- De fourniture de boissons alcoolisées dont la livraison est différée au delà de trente jours et dont la valeur convenue à la conclusion du contrat dépend de fluctuation sur le marché échappant au contrôle du professionnel.
- De travaux d'entretien ou de réparation en urgence à domicile du consommateur et expressément sollicités par lui, dans la limite des pièces de rechange et travaux strictement nécessaires pour répondre à l'urgence.
- De fourniture d'enregistrement audio ou vidéo ou de logiciels information lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur après la livraison.

---

<sup>1269</sup> - Art. L121- 21, nouveau c.consom.fr.

<sup>1270</sup> - Art. L 121- 21- 1, c.consom.fr.

<sup>1271</sup> - Art. L121- 21- 8,c.consom.fr.



- De fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications.
- Conclut lors d'une enchère publique.
- De prestations de services d'hébergement, autres que l'hébergement résidentiel de services de transport de biens de location de voitures, de restauration ou d'activités de loisirs qui doivent être fournis à une date ou à une période déterminée.
- De fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable express du consommateur et renoncement express à son droit de rétractation.

Le but d'exclure le droit de rétractation dans ces contrats, étant de prendre en considération la spécificité de certains contrats et les conséquences que l'exercice de ce droit pourrait avoir sur la sécurité des relations professionnels- consommateurs<sup>1272</sup>. Hors ces exceptions prévues à l'article précité, la loi prévoit très clairement qu'il n'est pas possible de renoncer à l'exercice de son droit de rétractation. Toute clause prévoyant que le consommateur renonce à son droit de rétractation sera considérée comme nulle.<sup>1273</sup>

## **2- L'exercice du droit de rétractation :**

Le contrat proposé au consommateur doit d'abord contenir un certain nombre de mentions obligatoires et notamment, les noms du fournisseur et du démarcheur, l'adresse du fournisseur, le prix à payer et l'indication de la faculté de rétractation. En outre le contrat doit comporter un formulaire détachable destiné à faciliter l'exercice de la faculté de rétractation.<sup>1274</sup>

La nouvelle loi algérienne sur le commerce électronique reconnaît un droit de rétractation au e-consommateur quant elle prévoit dans son article 11 alinéa 13 que « le e-fournisseur doit présenter l'offre commerciale électronique de manière visible, lisible et compréhensible. Elle doit comporter, sans toutefois s'y limiter, les informations..., surtout, concernant les conditions et les délais de rétractation..... »

---

<sup>1272</sup>- [Http://: www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html](http://www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html).

<sup>1273</sup>- Art. L121- 21- 4, c.consom.fr.

<sup>1274</sup>- J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, op, cit.p.358.

En droit français, le décret du 9 août 1973, pris pour l'application de la loi sur la vente par démarchage à domicile, a précisé minutieusement les mentions obligatoires devant figurer sur le formulaire de rétractation, qui indique la marche à suivre.

Pour user de cette faculté il suffit au consommateur de compléter ce formulaire, selon les indications données et de le renvoyer par lettre recommandée dans les sept jours (quatorze jours actuellement<sup>1275</sup>) à compter de la commande ou de l'engagement d'achat.<sup>1276</sup>

La Cour de Cassation apprécie largement les conditions d'exercice de ce droit de rétractation, puisqu'elle considère que l'emploi d'un formulaire détachable n'est pas obligatoire et que la rétractation peut s'exercer selon toute forme appropriée<sup>1277</sup>, le formalisme légal, protecteur du consommateur, ne doit donc pas se retourner contre lui.

Les modalités d'exercice du droit de rétractation diffèrent selon le domaine d'application de ce droit. Hors contrat, la question du délai d'exercice du droit de rétractation est secondaire<sup>1278</sup>, mais, dans le cadre d'un contrat, cette question devient capitale, se posent alors deux problèmes essentiels : le premier concerne de délai d'exercice du droit de rétractation et le second est relatif à sa gratuité.

-Le droit de rétractation permet au consommateur de retirer, dans un délai variable (de 7 à 30 jours) son consentement donné à certains " contrats de consommation"<sup>1279</sup>. Ainsi, dans la loi du 3 janvier 1972, le souscripteur d'un plan d'épargne dispose d'un délai de 15 jours pour revenir sur son engagement. La loi du 10 janvier 1978 a repris ce mécanisme en octroyant à l'emprunteur une rétractation de l'offre préalable de crédit pendant sept jours. En fin la loi Hammon du 17/03/2014 qui transpose la directive communautaire n° 2011/83 du 25/10/2011 relative aux droits des consommateurs, prévoit un délai de 14 jours au lieu de sept jours, en droit algérien, le décret exécutif n°15-114 du 12 mai 2015<sup>1280</sup>, concernant le crédit à la consommation prévoit dans son article 14 un délai de rétractation de 07 jours ouvrables, quelque soit la date de livraison ou de fourniture du bien.

---

<sup>1275</sup>- Art. L121- 18, nouveau c.consom.fr.

<sup>1276</sup>- Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, op, cit, p. 51.

<sup>1277</sup>- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 fev.1991, Dalloz 1191, I.R. 87, RTDciv. 1991.525, obs. J. Mestre.

<sup>1278</sup>- [Http://www.persée.fr/doi/juro-0990-1027](http://www.persée.fr/doi/juro-0990-1027).

<sup>1279</sup>- Dans le démarchage et les ventes à domicile, la loi confère au contractant qui est sollicité, le droit de rétractation pendant un certain delai: art. L 121-25, c.consom.fr.

<sup>1280</sup>- Décret exécutif n°15-114 du 12mai 2015 relatif aux conditions et aux modalités d'offres en matière de crédit à la consommation, J.O n°24 du 13 mai2015.

Toute clause par laquelle le client abandonnerait son droit de rétractation est nulle. Pour laisser toute liberté au consommateur, il est interdit au démarcheur, sous peine de sanction pénale, d'exiger sous quelque forme que ce soit, directement ou indirectement, une contre partie, ou un engagement avant l'expiration du délai légal.<sup>1281</sup>

Toute renonciation au droit de rétractation est nulle. Le droit de rétractation institué dans les différents textes a un caractère d'ordre public.<sup>1282</sup>

S'il est impossible d'y renoncer, le délai légal prévu pour son exercice peut toutefois être réduit, certains textes prévoient que la partie titulaire de ce droit peut réduire le délai de rétractation sous certaines conditions.<sup>1283</sup>

Il faut pour cela respecté des formalités précises, comme recopier un texte imposé, faire une demande expresse, rédigée, datée et signée de la main du titulaire du droit de repentir. La Cour de Cassation apprécie strictement ces conditions, en considérant qu'il n'ya pas renonciation de son droit de rétractation par le simple fait d'exiger la livraison du véhicule dans trois jours , il est prévu que le délai de rétractation soit porté à 12 mois dans l'hypothèse ou le professionnel n'a pas informé le consommateur de l'existence de son droit de rétractation, si au cours de ce délai de 12 mois, le professionnel fournit les informations au consommateur, la durée de 14 jours reprendra vigueur au jour ou le consommateur aura reçu l'information.<sup>1284</sup>

-Afin que le droit de rétractation soit efficace, il doit être garanti par la gratuité<sup>1285</sup>, elle doit être considérée comme un rempart contre les abus de certaines méthodes de vente. Sa finalité dicte la gratuité totale de la rétractation et cette solution est retenue par les diverses lois de protection des consommateurs, qui interdisent toute contre partie financière<sup>1286</sup>. En principe aucun paiement sous quelque forme que se soit ne peut intervenir durant toute cette période, si non le titulaire du droit de rétractation pourrait se sentir lié et freiné dans sa faculté de

---

<sup>1281</sup> - J. Beauchard, préc.

<sup>1282</sup> - Isabelle Demeslay, le droit de repentir, revue juridique de l'ouest, 1997,n° 2, p.169.

<sup>1283</sup> - L'article 03 de la loi du 10 janvier 1978 prévoit la formule manuscrite suivante pour toute demande de rétractation: " je demande à être livré immédiatement, je reconnais avoir être informé que cette demande a pour effet de réduire le délai légal de rétractation, celui-ci expirera le jour de la livraison du bien sans pouvoir être inférieur à trois jours, ni supérieur a sept jours".

<sup>1284</sup> - Cass. 1<sup>er</sup> civ, 31mai 1988, Dalloz, 1988, I .R, p. 171, RTD civ, 1989, 65, obs., J. Mestre.

<sup>1285</sup> - [Http://: www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-régime.17093.html](http://www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-régime.17093.html), v. aussi art. L 121-21-1 du nouveau c. consom. Fr.

<sup>1286</sup> - I.Demeslay, le droit de repentir, op, cit, p.170.

rétractation<sup>1287</sup>. Ainsi s'explique que, dans les cas où l'opération rétractée a reçu un commencement d'exécution, il y a restitution de la prestation.<sup>1288</sup>

Il s'agit enfin d'un droit discrétionnaire, le consommateur n'ayant pas à justifier d'un motif légitime, ni même à alléguer un motif quelconque, pour exercer ce droit de repentir.<sup>1289</sup>

Concernant l'utilisation du bien avant l'exercice du droit de rétractation, certains marchands considèrent que le déballage ou l'utilisation du bien prive le consommateur de son droit de rétractation.<sup>1290</sup>

Cependant les juges ont une position ferme sur ce sujet, le tribunal de grande instance de Paris, le 04 février 2003 a décidé que le droit de rétractation est absolu et discrétionnaire, et permet au consommateur d'essayer l'objet commandé et d'en faire usage.<sup>1291</sup>

## **Paragraphe 02 : les effets du droit de rétractation.**

Pour traiter les effets du droit de rétractation, il convient d'envisager tout d'abord les conséquences de l'exercice du droit de rétractation (A) ensuite, les sanctions encourues (B).

### **A/ Conséquences de l'exercice du droit de rétractation:**

« L'exercice du droit de rétractation a pour effet d'éteindre l'obligation des parties »<sup>1292</sup>, cette obligation étant celle d'exécuter le contrat ou, si le consommateur en était resté au stade de l'offre de contrat, celle de conclure le contrat.<sup>1293</sup>

Il y a donc là, confirmation du fait que le contrat est bien conclu au moment de l'engagement qui est pris, mais que, pendant les quatorze jours, le consommateur peut renoncer à remplir les obligations nées du contrat.<sup>1294</sup>

---

<sup>1287</sup> - Art. L121-18-2, c. consom.

<sup>1288</sup> - I.Demeslay, préc.

<sup>1289</sup> - J. Calais Auloy et H.Temple, Droit de la consommation, op. cit., p.123.

<sup>1290</sup> - [Http : //www.leguide.com/information /fr. textes - de loi/droit de rétractation.](http://www.leguide.com/information/fr/textes-de-loi/droit-de-retractation)

<sup>1291</sup> - Ibid.

<sup>1292</sup> - Art.12 de la Directive 2011/83/CE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

<sup>1293</sup> - E. Elodie, la Directive du 25 octobre 2011 et la loi Hammon du 17 mars 2014 relatives aux droits des consommateurs sur la vente à distance, op., cit., p. 26.

<sup>1294</sup> - Ibid, p. 26.

L'extinction des obligations des parties contractantes, à savoir l'exécution du contrat à distance ou de la conclusion du contrat à distance lorsque le consommateur a fait une offre emporte des conséquences tant à l'égard du consommateur que du professionnel<sup>1295</sup>. Le droit de rétractation produit des effets par son exercice, mais aussi par sa seule existence.<sup>1296</sup>

Lorsqu'il exerce son droit de rétractation, le consommateur est lui-même tenu par certaines obligations: celles de renvoyer ou de restituer le bien au professionnel ou à la personne désignée par lui dans un délai raisonnable, en tout cas au plus tard dans les quatorze jours suivants la communication de sa décision de rétractation.<sup>1297</sup> En droit algérien, ce délai est de quatre jours ouvrables, à compter de la date de la livraison effective du produit<sup>1298</sup>.

De façon à ne pas dissuader le consommateur d'exercer son droit de rétractation, le consommateur ne supporte que les coûts directs de renvoi du bien, toutefois, la règle ne s'applique pas lorsque le professionnel accepte de les prendre en charge (ce qui peut être une stratégie commerciale) ou qu'il n'a pas informé le consommateur que ces coûts étaient à sa charge<sup>1299</sup>. Il est même prévu -pour les contrats hors établissement livrés au domicile du consommateur - que le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent, compte tenu de leur nature, être renvoyés normalement par voie postale.<sup>1300</sup>

Selon l'article 14 de la directive de 2011, le consommateur doit réexpédier la marchandise reçue à ses frais sauf si le professionnel accepte de prendre en charge cette réexpédition ou qu'il n'a pas informé le consommateur de cette information.<sup>1301</sup>

En matière de prestation de services une disposition spécifique est prévue par l'article L 121-21-5 du code de la consommation: l'exécution peut intervenir avant la fin du délai de rétractation si le consommateur en fait la demande expresse sur support écrit ou durable<sup>1302</sup>, s'il exerce son droit de rétractation par la suite, il verse au professionnel un montant correspondant au service fourni jusqu'à communication de sa décision de rétractation<sup>1303</sup>, ce montant sera proportionné au prix total de la prestation.

---

<sup>1295</sup> - Art.L121-21-7, c.consom.fr.

<sup>1296</sup> - E. Elodie, préc.

<sup>1297</sup> - Art. L121-21-3, c. consom.fr.

<sup>1298</sup> - Art. 22 de la loi n°18-05 du 10 mai 2018 relative au commerce électronique.

<sup>1299</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op. cit., p. 64.

<sup>1300</sup> - Ibid, p. 64.

<sup>1301</sup> - E.Elodie, La Directive du 25 octobre 2011 et la loi Hammon du 17 mars 2014 relatives aux droits des consommateurs sur la vente à distance, op. cit., p. 27.

<sup>1302</sup> - Y. Picod, préc, p. 64.

<sup>1303</sup> - Ibid, p. 64.

Pour les contrats de fourniture d'un contenu numérique, aucun cout ne pèse sur le consommateur s'il n'a pas donné un accord exprès pour que l'exécution du contrat commence avant l'expiration du délai de rétractation, ou s'il na pas perdu son droit en donnant son accord, ou alors si le professionnel n'a pas envoyé de confirmation du contrat<sup>1304</sup>. Concernant la réexpédition, celle- ci doit se faire dans un délai de quatorze jours suivant la communication d'exercer son droit de rétractation<sup>1305</sup>. Bien que la directive n'en parle pas, la preuve de la réexpédition devra être supporté par le consommateur, il semble cependant que la seule preuve de la remise à un transporteur soit suffisante.<sup>1306</sup>

Partant de ce fait, le professionnel devra supporter les risques de perte de la détérioration dans le transport.<sup>1307</sup>

L'article L121-21-3 de la loi Hamon prévoit une disposition spéciale sur la responsabilité du consommateur, laquelle ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation du bien résultant de manipulations non nécessaires, le consommateur n'est donc pas totalement exonéré de la responsabilité.<sup>1308</sup>

De plus, le professionnel est tenu d'adresser un accusé de réception de la rétractation sur un support durable, autrement dit, il doit lui envoyer cet accusé de réception le plus rapidement possible, par exemple par Email.

La rétractation d'un contrat à distance entraine également, sans frais pour le consommateur, la résiliation de tout contrat accessoire passé comme par exemple location voiture (contrat principale) et l'assurance pour la durée de la location (contrat accessoire).<sup>1309</sup>

Par ailleurs de droit de rétractation donne la capacité de " non achat" au consommateur, certains magistrats ont pu déplorer ce droit arbitraire laissé aux consommateurs<sup>1310</sup>. En effet, il existe une réelle volonté de protéger le droit de rétractation du consommateur. Partant de cela, il est nécessaire de considérer que le droit de rétractation se cumule avec le droit de l'acheteur d'essayer et de retourner, en cas d'insatisfaction, des objets qu'il a pu acquérir. Ainsi l'autonomie du droit de rétractation vis-à-vis de la faculté d'essai, est très favorable au

---

<sup>1304</sup> - Art.6, S1, h et j de La Directive 2011/83/CE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

<sup>1305</sup> - E.Elodie, préc, p. 27.

<sup>1306</sup> - Art.6, S1, h et j de La Directive 2011/4E.

<sup>1307</sup> - E. Elodie, préc.

<sup>1308</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op., cit., p. 64.

<sup>1309</sup> - Y. Picod, préc.

<sup>1310</sup> - E. Bazin, " le droit de repentir du consommateur", D.2008.

consommateur et largement préjudiciable au professionnel<sup>1311</sup>. La directive du 25 octobre 2011, indique dans son article 37 que " le consommateur devrait être autorisé à essayer et inspecter le bien qu'il a acheté, dans la mesure nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement" puisqu'il n'est pas en mesure de le voir avant de l'acheter, d'autre part, elle indique dans son article 47 que " pour établir, la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement des biens, le consommateur devrait uniquement les manipuler et les inspecter d'une manière qui lui serait également permise en magasin. Par exemple, il devrait seulement essayer un vêtement et non pas le porter". Il résulte de cette " faculté d'essai" du bien, qu'elle n'entraîne pas la disparition du droit de rétractation pour le consommateur.<sup>1312</sup>

En ce qui concerne le professionnel, il est tenu d'une obligation de remboursement de la totalité des sommes versées, y compris les frais et ce, sans retard injustifié, au plus tard dans les quatorze jours de la date à laquelle il est informé de la rétractation<sup>1313</sup>. Sur ce point, la directive de 2011, précise que le professionnel est tenu d'effectuer le remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui auquel le consommateur a eu recours dans la transaction initiale à moins que le consommateur ait donné expressément son accord pour recevoir de remboursement par un autre moyen<sup>1314</sup>. Ces modalités étaient déjà en vigueur depuis la loi chatel, à une distinction près, puisqu'elle interdisait le remboursement d'achat sous forme d'avoirs ou de bons cadeaux (à moins d'obtenir l'accord du client).<sup>1315</sup>

La loi Hamon, quant à elle, permet de rembourser sous forme d'avoirs ou de bons cadeaux, uniquement les clients qui ont réglé leur commande par ce même mode de paiement. Cela permet donc d'éviter que les consommateurs ne puissent abuser de leur droit de rétractation pour transformer leurs avoirs ou bons cadeaux en argent.<sup>1316</sup>

Cependant, des interrogations peuvent se poser sur les livraisons plus rapides proposées par certaines entreprises de vente à distance, et notamment de savoir si ces modes de livraison devront être assimilés au mode standard ou au mode le plus couteux. Si le consommateur choisit le mode de livraison le plus couteux, il n'est pas précisé, si l'entreprise était obligée de

---

<sup>1311</sup>- E. Elodie, La Directive du 25 octobre 2011 et la loi Hamon du 17 mars 2014 relatives aux droits des consommateurs sur la vente à distance, op., cit., p. 30.

<sup>1312</sup>- Ibid, p.30.

<sup>1313</sup>- Y. Picod, Droit de la consommation, op, cit, p. 64.

<sup>1314</sup>- E. Elodie, La Directive du 25 octobre 2011 et la loi Hamon du 17 mars 2014 relatives aux droits des consommateurs sur la vente à distance, op., cit., p. 31.

<sup>1315</sup>- Ibid, p. 31.

<sup>1316</sup>- Ibidem.

rembourser le prix d'une telle livraison ou si elle pourrait limiter son remboursement aux frais de livraison standard. Ses interrogations, qui avaient déjà émergées avec la loi Chatel, trouveront leurs réponses dans la loi Hamon, en effet il est désormais prévu que le professionnel peut rembourser au coût d'une livraison standard le consommateur se rétractant qui avait choisi un mode de livraison expresse<sup>1317</sup>. Le remboursement doit être effectué au plus tard dans un délai de quatorze jours suivant le jour où le professionnel est informé de la livraison du consommateur de se rétracter.<sup>1318</sup>

En revanche, le professionnel peut avoir la possibilité de différer les remboursements<sup>1319</sup>. La directive de 2011 prévoit tout de même, la possibilité pour le professionnel de différer ses remboursements jusqu'à ce qu'il récupère les biens vendus ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve de l'expédition de ces biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits<sup>1320</sup>. Il doit ne pouvoir rembourser qu'à partir du moment où il a récupéré les biens, du moins, qu'il sait pouvoir les récupérer. Un auteur considère notamment qu'on doit voir dans cette disposition une manifestation du caractère équilibré de la loi qui entend préserver également les intérêts des petits professionnels.<sup>1321</sup>

## **B/ Les sanctions encourues:**

La loi algérienne n'a pas donné directement et explicitement les sanctions applicables au non respect des dispositions concernant le droit de rétractation reconnu au consommateur, mais on peut les extraire implicitement de l'article 14 de la loi n°18-05 relative au commerce électronique qui dispose « dans le cas de non respect par le e-fournisseur des dispositions de l'article 10 ou des dispositions de l'article 13 ci-dessus, le e-consommateur peut demander l'annulation du contrat et demander une réparation du préjudice subi », par contre en droit français, le législateur a imposé des règles précises concernant le droit de rétractation qui doivent être strictement respectées par le professionnel, ces règles sont munies de sanctions civiles (1) et pénales (2).

---

<sup>1317</sup> - E. Elodie, préc.

<sup>1318</sup> - Art. L 121-21-4, c. consom. fr.

<sup>1319</sup> - Art.13, S3 de la Directive du 25 octobre 2011.

<sup>1320</sup> - Art.L 121-21-4, al2, c. consom.fr.

<sup>1321</sup> - E. Elodie, préc., p.32.



## 1- Sanctions civiles:

Le droit de rétractation est, comme le délai de réflexion d'ordre public, ce qui entraîne d'une part la nullité de toute stipulation contraire à l'interdiction de paiement pendant le délai de rétractation et d'autre part, la nullité du contrat lorsque il y a eu contrepartie<sup>1322</sup>. La Cour de Cassation a très clairement jugé, s'agissant de l'article L 121-26 du code de la consommation que " la méconnaissance de cette disposition d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat.<sup>1323</sup>

La nouvelle loi algérienne sur le commerce électronique<sup>1324</sup> apporte de nouvelles sanctions, si quelques obligations ne sont pas respectées : l'article 39 de cette loi dispose « est puni d'une amende de 50000DA à 500.000DA, tout e-fournisseur qui enfreint l'une des obligations prévues par les articles 11 et 12 de la présente loi. Son accès à toute plate-forme de paiement électronique peut être suspendu, sur injonction de la juridiction saisie, pour une durée n'exédant pas 06 mois ».

En France la loi Hamon<sup>1325</sup> impose aux professionnels de fournir aux consommateurs de manière lisible et compréhensible et avant la conclusion du contrat une information détaillée sur :

- Les conditions, le délai et les modalités d'exercice du droit de rétractation.
- Le formulaire type de rétractation.

Un modèle de formulaire ainsi que de clause type sont fournis dans le décret d'application de la loi Hamon du 17 septembre 2014.

Si ces informations ne sont pas fournies au consommateur, le droit de rétractation se prolongera de 12 mois à l'expiration du délai de 14 jours.<sup>1326</sup>

Des sanctions administratives sont prononcées par la loi : que tout manquement aux dispositions des articles L 221-18 à L121-28 du nouveau code de la consommation encadrant les conditions d'exercice du droit de rétractation reconnu au consommateur, ainsi que ses

---

<sup>1322</sup> - N. Sauphanor, op, cit, p. 202.

<sup>1323</sup> - Cass.civ, 1re, 7 October 1998, J C P. éd, G, II, 10039, note S, Gervaic.

<sup>1324</sup> - Loi n°1805 du 10 mai 2018 relative au commerce électronique. J.O n°28 du 16 mai 2018.

<sup>1325</sup> - La loi du 17/03/2014 qui transpose la directive communautaire n°2011/83 du 25/10/2001 relative aux droits des consommateurs.

<sup>1326</sup> - Art L.121-21-1, c.consom. fr.

effets, est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15000 euros pour une personne physique et 75000 euros pour une personne morale.<sup>1327</sup>

Les amendes administratives pouvant être prononcées par le DGCCRF en cas de non respect des règles concernant l'exercice du droit de rétractation par le consommateur et ses effets sont encore plus élevés que celles liées au défaut d'informations. Elles peuvent atteindre jusque à 75000 euros pour une personne morale.<sup>1328</sup>

La DGCCRF est compétente pour prononcer les amendes administratives, avant d'en arriver là, certaines étapes doivent être respectées :

- La constatation du manquement ne devant pas être prescrite (03 ans).
- Information écrite et motivée du professionnel de la sanction prévue.
- 60 jours de délai de réponse orale ou écrite, assistance d'un avocat et consultation des pièces possibles.
- Prononcé de l'amende le cas échéant.

Le professionnel a donc toujours la possibilité de se défendre et de régulariser sa situation. Par ailleurs, la procédure reste confidentielle et les décisions de la DGCCRF, ne sont pas publiées.<sup>1329</sup>

Désormais, les sanctions civiles consistent à dispenser le consommateur de certain paiement ou autres couts : paiement de certains frais lorsqu'il n'a pas reçu d'information à cet égard, ou paiements supplémentaires si le professionnel a eu recours à des options par défaut<sup>1330</sup>. On note que la loi française donne la possibilité au professionnel de mettre certains frais à la charge du consommateur dans le cadre de l'exercice du droit de rétractation, cependant sous certaines conditions. La condition principale est d'informer le consommateur à l'avance, sur le fait qu'il devra supporter des frais et sur le montant de ces frais, lorsqu'il ne s'agit pas de frais habituels<sup>1331</sup>, ainsi le consommateur doit être informé avant la conclusion du contrat: sur les frais de transport, de livraison, d'affranchissement, les frais du renvoi du bien et le fait que ceux ci sont à la charge du consommateur, ainsi que le cout de renvoi de biens ne pouvant être

---

<sup>1327</sup>- Art L.242-13, nouveau, c.consom. fr.

<sup>1328</sup>- [www.net-iris.fr/veille-juridque/actualite/33021/droit-de-retractation-du consommateur pour les contrats-conclus-a distance-php](http://www.net-iris.fr/veille-juridque/actualite/33021/droit-de-retractation-du-consommateur-pour-les-contrats-conclus-a-distance-php)

<sup>1329</sup>- [www.net-iris.fr/veille-juridque/actualite/33021/droit-de-retractation-du consommateur pour les contrats-conclus-a distance-php](http://www.net-iris.fr/veille-juridque/actualite/33021/droit-de-retractation-du-consommateur-pour-les-contrats-conclus-a-distance-php).

<sup>1330</sup>- [http://editionlarcier-larciergroupe.com/revuedu droit des technologies de l'information n°56/2014, p.25.](http://editionlarcier-larciergroupe.com/revuedu-droit-des-technologies-de-l-information-n-56/2014-p-25)

<sup>1331</sup>- [http://shop.trusted.shops.com/fr/actualites/droit-de-retractation-attention-aux sanctions-preuves-par-la loi-Hammon.](http://shop.trusted.shops.com/fr/actualites/droit-de-retractation-attention-aux-sanctions-preuves-par-la-loi-Hammon)

renvoyés par la poste, les exceptions et les sommes dues en cas de rétractation pour certains contrats particuliers.<sup>1332</sup>

Notamment, si une prestation de service a été partiellement exécutée sur demande du consommateur avant que celui-ci n'exerce son droit de rétractation, le consommateur sera redevable au professionnel de la somme proportionnelle à la prestation exécutée.<sup>1333</sup>

A défaut des informations sur ces points, ces frais resteront à la charge du professionnel, le consommateur ne sera pas tenu à leur paiement.<sup>1334</sup>

Une fois que le consommateur exerce son droit de rétractation, le professionnel est tenu de rembourser au consommateur la totalité des sommes versées y compris les frais de livraison et ce, sans retard injustifié et au plus tard dans les 14 jours suivant la date à laquelle, il est informé de la décision du consommateur de se rétracter.

En effet la loi a mis en place des sanctions bien plus persuasives qu'auparavant à l'égard du professionnel qui tarderait à rembourser le consommateur<sup>1335</sup>:

- Majoration de la somme du taux d'intérêt légal entre 0 et 10 jours de retard.
- Pénalité de 05% entre 10 et 20 jours de retard.
- Pénalité de 10% entre 20 et 30 jours de retard.
- Pénalité de 20% entre 30 et 60 jours de retard.
- Pénalité de 50% entre 60 et 90 jours de retard.

## **2- Sanctions pénales :**

Afin d'assurer l'effectivité de la faculté de rétractation du consommateur, la loi intervient sévèrement par des règles assorties de sanctions pénales correspondant à des peines d'emprisonnement et des peines d'amendes, ainsi que des peines complémentaires.

Antérieurement, en droit français la violation de l'une des dispositions protectrices du consommateur en matière de démarchage à domicile était passible d'une peine d'emprisonnement d'un an et/ ou d'une amende s'élevant à 3750 euros, ainsi que d'une peine complémentaire d'interdiction d'exercer une activité professionnelle. Pour toutes les violations

---

<sup>1332</sup> - <http://shop.trusted.shops.com/fr/actualités/droit-de-retractation-attention-aux-sanctions-preuves-par-la-loi-Hamon>.

<sup>1333</sup> - Art.06.S1, h et j de la directive 2011/83/4E du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

<sup>1334</sup> - <http://shop.trusted.shops.com>, préc., Art. L121-17, c.consom.

<sup>1335</sup> - Art. L121-21- 4 al, 3, c .consom, V. aussi Art 242-4, c.consom.

relatives au formalisme contractuel, c'est-à-dire à la fourniture au consommateur démarché d'un contrat mentionnant certaines dispositions<sup>1336</sup>, au quel est joint un formulaire détachable permettant l'exercice du droit de rétractation<sup>1337</sup>, à l'interdiction de réception par le professionnel de toute contrepartie de la part du démarché.<sup>1338</sup>

Concernant la vente à distance, la loi Hamon a procédé à la dépenalisation totale de celle-ci (par exemple, le défaut d'information était sanctionné par l'article R121-1-1 du code de la consommation, par une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe), marquant sa préférence pour les sanctions civiles et administratives.<sup>1339</sup>

« En revanche, pour les contrats conclus hors établissement, autrefois plus pénalisés que la vente à distance, subsistent des sanctions délictuelles alourdies prévues par l'art. L121-23 nouveau: deux ans d'emprisonnement et une amende de 150.000 euros, mais dans deux hypothèses seulement: le non respect du formalisme de l'article L.121-18-1 nouveau, concernant la remise d'un exemplaire daté du contrat dans les conditions fixées et l'interdiction de recevoir un paiement avant sept jours formulée à l'article L.121-18-2, outre des peines complémentaires d'interdiction professionnelle d'exercer une activité ou une fonction publique antérieurement prévues par la loi du 04 Aout 2008 »<sup>1340</sup>.

De la même façon, pour assurer l'efficacité du délai de rétractation en matière de crédit à la consommation, les articles L 311-14 et L 311-40 prévoient qu'aucun commencement d'exécution au profit du prêteur, du vendeur ou du prestataire de services ne pourra être effectué pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur sous peine d'une amende fixée par la loi Hamon à 300.000 euros.<sup>1341</sup>

---

<sup>1336</sup> - Art. L 121-3 ancien du code de la consommation.fr.

<sup>1337</sup> - Art. L 121-24 ancien du c.consom.fr.

<sup>1338</sup> - Art. L 121-26 ancien du c.consom.fr.

<sup>1339</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op. cit., p. 67., Art. L 121-22 nouveau du c. consom.fr.

<sup>1340</sup> - Y. Picod, Droit de la consommation, op. cit., p. 67.

<sup>1341</sup> - Art. L 311-50, c.consom.fr.

La même amende sera encourue par le prêteur ou le bailleur qui accepte de recevoir de l'emprunteur ou du preneur un quelconque versement avant l'acceptation de l'offre de crédit immobilier.<sup>1342</sup>

Est puni de la même peine d'amende de 300.000 euros, en matière de contrat d'utilisation de bien à temps partagé, celui qui se fera remettre des fonds avant l'expiration de délai de rétractation.<sup>1343</sup>

Si le consommateur exerce l'action civile devant la juridiction répressive, il peut demander restitution des sommes payées, sans préjudice de tous dommages et intérêts.<sup>1344</sup>

---

<sup>1342</sup> - Art. L 312-33, c.consom.fr.

<sup>1343</sup> - Art. L 121-79-3, c.consom.fr.

<sup>1344</sup> - Art. L 121-23 al. 3, c.consom.fr.

## **Titre deuxième : les conséquences découlant de la phase précontractuelle.**

L'étude de ce titre est consacré dans un premier chapitre à l'engagement de la responsabilité à cause du préjudice qui peut être commis durant la période des négociations, en suite, il est évident de traité dans un deuxième chapitre, la réparation de ce préjudice.

### **Chapitre 01: l'engagement de la responsabilité.**

En principe la responsabilité engagé pendant la phase précontractuelle est de nature délictuelle (section1), mais elle peut en quelques sortes être de nature contractuelle (section2).

#### **Section 01: la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle.**

« En l'absence de tout accord préalable, la faute dommageable commise pendant la négociation et qui compromet celle-ci fait l'objet de l'intervention du droit »<sup>1345</sup>. Durant la phase précontractuelle, l'absence d'avant contrat empêche la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, mais rien ne fait obstacle à l'application du régime de droit commun de la responsabilité délictuelle. Les mécanismes généraux de la responsabilité civile constituent des remèdes aux effets dommageables de la rupture des négociations ou bien de l'inobservation d'une obligation précontractuelle d'information ou de conseil, l'article 124 du code civil, de par sa généralité, étant l'instrument idéal au traitement des fautes dommageables commises pendant les négociations.<sup>1346</sup> Donc, sera traitée dans un premier paragraphe, la rupture abusive des pourparlers et dans un deuxième, la violation de l'obligation précontractuelle d'information.

---

<sup>1345</sup>-D. Allag-Zennaki, op., cit., p. 48.

<sup>1346</sup>- Ibid, p. 49.

## **Paragraphe 01: rupture abusive des pourparlers.**

Le principe étant qu'il n'existe aucune sanction à la rupture des pourparlers, sauf si cette rupture s'est faite abusivement. La sanction n'a donc pas de rapport avec le refus en lui-même, mais avec les conditions de ce refus, l'exercice de la rupture est soumis à certaines règles, il faut donc parvenir à combiner la liberté et la loyauté.<sup>1347</sup>

Même si la liberté contractuelle engendre le droit de ne pas contracter, il ya lieu de ne pas abuser de ce droit<sup>1348</sup>. Autrement la responsabilité de l'auteur de la rupture des pourparlers peut être engagée sur la base de l'article 124 bis du code civil pour rupture abusive des négociations.<sup>1349</sup>

En effet, le déroulement des négociations, et particulièrement des négociations commerciales nécessite le respect de certains devoirs, surtout de ne pas engager des pourparlers sans réelle intention de contracter (A), et de ne pas les rompre de façon brutale (B).

### **A/ Les pourparlers engagés sans réelle intention de contracter:**

L'intention de causer un dommage à l'autre négociateur avec la rupture des pourparlers est tout à fait opposée à la simple faute ou négligence ordinaire<sup>1350</sup>. Dans un cas, il s'agit d'une négligence qui doit être déduite à partir de certains indices que la jurisprudence française nomme " critères", mais dans l'autre, il s'agit de la simple inexécution d'une obligation de bonne foi.

Cette différence entre l'abus et la faute dans la rupture des pourparlers apparait clairement à l'examen de l'influence de l'intention de causer un dommage sur le processus de négociation: « lorsqu'une personne s'engage, d'une façon qui n'est pas réfléchie, dans les pourparlers, alors qu'elle n'a pas l'intention de conclure le contrat, ce qui explique qu'elle ait rompu les pourparlers ». <sup>1351</sup>

---

<sup>1347</sup> - [http:// Jurimaroc.vraiforum.com/ t422-la-faute-precontractuelle.html](http://Jurimaroc.vraiforum.com/t422-la-faute-precontractuelle.html).

<sup>1348</sup> - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., n°185.

<sup>1349</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 51.

<sup>1350</sup> - B. M. Martinez- Cardenas, La responsabilité précontractuelle, thèse doctorat, Université Pantheon- Assas, 17 avril 2013, p. 288.

<sup>1351</sup> - Com. 11 juillet 2000, conc, consomm, 2000, n°174, obs, Leveneur, petites affiches, 21 mars 2001, note Dagorme- Labbé, R.J.D.A, 2001, n°26.

De même qu'il peut être préconisé de ne retenir la faute des négociateurs qu'en cas de mauvaise foi de ces derniers tel que cela est prévu dans les Principes d'Unidroit dont l'article 2-15 qui prévoit que " la partie qui dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi, est responsable du dommage qu' elle cause à l'autre partie", il a été objecté que cette position des Principes d'Unidroit « ne correspond pas à l'exigence de l'article 124 du code civil qui pose le principe de la généralité de la faute délictuelle, lequel conduit à prendre en compte toute faute sans exiger qu' elle présente un caractère intentionnel ou qu' elle revête une certaine gravité ». <sup>1352</sup>

Même en droit français ou deux articles différents ont été consacrés à la faute: l'un à la faute intentionnelle <sup>1353</sup>, et l'autre à la faute non intentionnelle. <sup>1354</sup> « La jurisprudence a retenue la responsabilité précontractuelle sur le fondement de la faute de négligence ». <sup>1355</sup>

Toutefois, s'agissant de la période précontractuelle, période non réglementée par le code civil, Mme Dalila Zennaki recommande « il serait plus judicieux de ne retenir que la faute intentionnelle ou d'une certaine gravité, lorsqu'il s'agit de rupture des négociations, particulièrement dans les négociations entre professionnels, afin de ne pas trop altérer la liberté de contracter ». <sup>1356</sup>

Même si le droit de ne pas contracter est engendré par la liberté contractuelle, il ne faut pas abuser de ce droit <sup>1357</sup>, si non, la responsabilité de l'auteur de la rupture des pourparlers peut être engagée sur la base de l'article 124 bis du code civil pour rupture abusive des négociations. <sup>1358</sup>

D'ailleurs, on peut constater que la pratique contractuelle rapproche les notions d'abus et de dol. Ainsi, l'abus ou le dol comme fait générateur de responsabilité précontractuelle consiste à tromper ou séduire abusivement l'autre négociateur. <sup>1359</sup>

Faire croire à son partenaire que l'on va conclure est une faute, mais à la condition d'être accompagné de diverses circonstances aggravantes qui caractérisent l'abus de droit par la déloyauté de l'auteur de la rupture. <sup>1360</sup>

---

<sup>1352</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 50.

<sup>1353</sup>- V. Art. 1382 du c. civ. Fr.

<sup>1354</sup>- V. Art. 1383 du c. civ. Fr.

<sup>1355</sup>- C. A, Versailles, 1/04/1999, RJDA, 1999, 1285.

<sup>1356</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 51.

<sup>1357</sup>- F.Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op, cit, n°185.

<sup>1358</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 51.

<sup>1359</sup>-B. M. Martinez- Cardenas, op. cit., p. 288.

<sup>1360</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Marie Serinet, op.cit., p. 537.



Il en est ainsi lorsque le défendeur a entretenu l'illusion d'une volonté d'aboutir, absente en fait<sup>1361</sup>, laissé se poursuivre des pourparlers couteux et inutiles par son fait<sup>1362</sup>, profite des engagements pris par le demandeur sur la foi de la conclusion du contrat pour lui imposer des obligations non prévues à l'origine ou négocier parallèlement avec un tiers et conclure le contrat avec celui-ci à l'insu du demandeur.<sup>1363</sup>

La création d'une confiance légitime comme moyen de tromper le cocontractant est, en effet, constitutive d'un indice de dol, mais non pas par elle-même, il faut aussi qu'elle soit accompagnée d'autres indices.<sup>1364</sup>

L'abus, voire le dol dans la rupture des pourparlers peut se déduire de certains critères, ainsi, le manquement de véritable intention d'entamer les pourparlers peut être indiqué, tout d'abord, du fait que les pourparlers se sont déroulés sur une très longue période, ou de fait qu'ils ont atteint un certain degré d'avancement en vue de la formation du contrat.<sup>1365</sup>

Au stade de la formation du contrat, il est dolosif d'agir vers une finalité différente à celle de conclure le contrat. La Cour de Cassation, au vu de l'article 1134 alinéa 3 retient que : " la rupture des pourparlers pourrait être source de responsabilité civile pour celui qui en a eu l'initiative, si elle était intervenue dans des conditions telles qu'elle ne serait pas loyale".<sup>1366</sup>

En effet la longueur des pourparlers est l'un des premiers indices vers cette solution.

« Toutefois, le seul fait d'avoir pris du temps pour arriver à un accord n'est pas en soi dolosif, cette durée des pourparlers doit être accompagnée d'autres indices, tels que l'absence d'élément nouveau ou de motif légitime qui peuvent justifier la rupture ou le prolongement artificiel des négociations afin d'en tirer des renseignements confidentiels ». <sup>1367</sup>

Lorsqu'une responsabilité précontractuelle est fondée sur la rupture abusive ou dolosive des pourparlers, l'intention de n'être pas vraiment entré en pourparlers peut être déduite de la durée des pourparlers, « quand de façon intempestive et en l'absence d'élément nouveau dans la négociation pouvant justifier cette rupture, le cocontractant aurait fait croire à son partenaire que le contrat serait conclu ». <sup>1368</sup>

---

<sup>1361</sup> - Cass. Com., 18 juin 2002, D. n° 99- 16488.

<sup>1362</sup> - Cass. Civ, 2<sup>ème</sup>, 10 octobre 2002, D. n°01.03079.

<sup>1363</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Marie Serinet, préc.

<sup>1364</sup> - B. M. Martinez- Cardenas, op. cit., p. 293.

<sup>1365</sup> - Com. 22 avril 1997, D. 1998, p. 45.

<sup>1366</sup> - Ch. Larroumet, Droit civil- les obligations- le contrat, n°236, p. 214.

<sup>1367</sup> - B.M. Martinez- Cardenas, op, cit, p. 294.

<sup>1368</sup> - Com. 20 mars 1972, J C P. 1973, II, 17543.

La chambre commerciale de la Cour de Cassation française, le 18 janvier 2011<sup>1369</sup>, a relevé qu'une rupture des pourparlers " sans raison légitime" engageait la responsabilité de son auteur.

On note aussi que le fait d'avoir prolongé artificiellement les pourparlers sans réelle intention de contracter, afin d'obtenir des renseignements plus ou moins confidentiels constitue un autre indice de dol ou d'abus dans la rupture<sup>1370</sup>, ainsi une Cour d'appel retient à bon droit que « des négociations aussi laborieuses ne pouvaient être rompues par un simple coup de téléphone ». <sup>1371</sup>

L'avancement des pourparlers, contrairement à leur durée, est un critère qui consiste à déterminer dans quelle mesure le consentement était presque formé, ce critère est donc particulièrement utile pour analyser la rupture des pourparlers dont le consentement se forme par étape. <sup>1372</sup>

L'obligation de conclure s'intensifie alors que les discussions avancent et que les parties trouvent un accord sur un nombre de points de plus en plus important. <sup>1373</sup>

Ainsi, la rupture intervenant au cours de pourparlers qui ont duré un temps plus ou moins avancé peut être considéré comme fautive. <sup>1374</sup> Il en est même en présence de pourparlers très avancés.

## **B/ La rupture brutale des pourparlers :**

La jurisprudence française se réfère souvent au caractère brutal et abusif de la rupture afin de sanctionner son auteur. « La rupture de négociation est qualifiée de brutale et d'unilatérale lorsqu'elle est faite d'une manière soudaine, inopinée et inattendue ». <sup>1375</sup>

La Cour de Cassation a retenu « qu'après avoir sans exprimer aucune réserve, fait connaître à ses interlocuteurs., qu'elle était disposée à accompagner leur projet selon des modalités restant à définir, la société générale, avait sans motif légitime, rompu brutalement et

---

<sup>1369</sup> - Cass. Com, 18 janvier 2011, D. n°09-14617.

<sup>1370</sup> - D. Allag-Zennaki, Contrats, op. cit. p. 54.

<sup>1371</sup> - Com. 20 mars 1972, Bull. civ, IV n°93, J C P. 1973, II ,17543.

<sup>1372</sup> - B. M. Martinez-Cardenas, op. cit., p. 297.

<sup>1373</sup> - Ibid, p. 297.

<sup>1374</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 55. , Cass. 1re, civ, 14 juin 2000, n°98-17.494.

<sup>1375</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 356.

unilatéralement, sans aucune perspective de négociation, les pourparlers engagées, ..., celle-ci a, en revanche, manqué à la bonne foi ».<sup>1376</sup>

La brutalité et l'unilatéralité de la rupture mettent donc en exergue la violation de la confiance légitime de la victime, qui n'imaginait pas l'échec des pourparlers suite aux circonstances et à situation positive créée par son partenaire.

« La faute réside donc dans la " surprise" produite sur le partenaire dont " la conviction ferme" ou la " croyance raisonnable" que les négociateurs se poursuivraient avait été induite ou entretenue, délibérément ou non, par des promesses, des attitudes ou même des silences de la part de l'auteur de la rupture ».<sup>1377</sup>

Cette interprétation s'illustre dans une décision de la cour d'appel de Versailles, du 18 mars 2004 qui retient que « l'auteur de la rupture engage sa responsabilité délictuelle lorsque son initiative est intervenue brutalement alors même que les pourparlers se trouvaient à un stade avancé.... Considérant que c'est donc d'une manière inattendue que les sociétés du groupe JTW ont pris l'initiative de mettre fin aux pourparlers; qu' il s'ensuit qu' en rompant brutalement et sans motif légitime les négociations conduites depuis plus d'une année et parvenues désormais à un stade avancée, les sociétés... ont manqué à leur obligation de loyauté dans les relations commerciales avec leur partenaire, qu' elles ont maintenue de manière fautive dans l'illusion d'un très prochain dénouement de l'opération de cession de ses actions ».<sup>1378</sup>

Constitut aussi une faute, la rupture abusive de négociation qui désigne la rupture non justifiée de cette dernière, dans ce cas la responsabilité de l'auteur de la rupture voir sa responsabilité engagée sur la base de l'article 124 bis du code civil<sup>1379</sup>. En effet, « abuser du droit de rompre les pourparlers, c'est trahir la confiance légitime que le partenaire a pu placer, sinon dans l'aboutissement même de ces derniers, du moins dans la relation qu'ils impliquent ».<sup>1380</sup>

En principe, le négociateur n'a pas à motiver l'utilisation de son droit de rompre les négociations, sinon l'impossibilité de rompre sera le principe, et la rupture devient une exception possible uniquement lorsqu' elle est bien motivée.

---

<sup>1376</sup> - Cass. Com, 8 nov. 2005, juris- Data, n° 2005/030701.

<sup>1377</sup> - R. Monzer, préc.

<sup>1378</sup> - CA. Versailles, 18 mars 2004, Sté Walter thompson c/ Annie Bourdoux, Juris- Data, n°2004/282580.

<sup>1379</sup> - D. Allag-Zennaki, Contrats, op. cit., p. 51.

<sup>1380</sup> - R. Monzer, op. cit, p. 357.

Cela n'est pas le cas en droit français, qui n'exige pas que le négociateur motive sa rupture, cette rupture ne sera abusive, que lorsqu' elle viole une confiance raisonnablement formée chez la victime à la future conclusion du contrat en question.<sup>1381</sup>

La réalité jurisprudentielle démontre combien il est important pour le juge de distinguer s'il est en présence d'une faute ordinaire ou d'un dol dans la rupture des pourparlers.<sup>1382</sup>

Tout d'abord, la notion de faute dans la rupture ne peut être confondue avec le dol dans la rupture. D'une part, leur fondement est différent : la faute est une négligence qui, dans la sphère précontractuelle, correspond aux prévisions que les négociateurs faisaient lorsqu' ils ont entrés en pourparlers, alors que le dol est la négligence intentionnelle à vouloir causer un dommage au négociateur avec les pourparlers.<sup>1383</sup>

D'autre part, leur régime est aussi distinct : la faute simple implique l'indemnisation du préjudice prévisible, voire, du dommage qui résulte des négociations, alors que l'indemnisation par dol peut s'étendre aux préjudices non prévus : tel le gain manqué ou la perte d'une chance.<sup>1384</sup>

Ensuite, c'est aussi à partir du critère de la confiance légitime que l'on peut distinguer la responsabilité précontractuelle des autres sortes de responsabilité civile.<sup>1385</sup>

La protection de la confiance légitime comme conséquence de l'exigence d'agir de bonne foi au stade de la formation du contrat ne consiste pas à limiter la liberté contractuelle mais à assurer que les parties puissent agir en sécurité. Elle entraîne un modèle de comportement pour les négociateurs.<sup>1386</sup>

Elle est, donc, le modèle qui sert à déterminer le degré de négligence du négociateur qui décide de ne pas poursuivre les pourparlers.

Les négociateurs sont, en principe, libres de rompre les pourparlers avant la conclusion du contrat définitif<sup>1387</sup>, ils ont, dès leur premier contact consciemment accepté de prendre le risque de non aboutissement des négociations.<sup>1388</sup>

« Par contre, l'avancement positif des pourparlers et l'accumulation des comportements convergents, permettent aux négociateurs de croire légitimement à leur bon achèvement et à

---

<sup>1381</sup> -Ibid.

<sup>1382</sup> - B. M, Martinez- Cardenas, op. cit., p. 304.

<sup>1383</sup> - B. M, Martinez- Cardenas, op. cit, p. 315.

<sup>1384</sup> - Ibid.

<sup>1385</sup> - Ibidem.

<sup>1386</sup> - J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Marie Serinet, op.cit., pp. 536- 537.

<sup>1387</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 46 et s.

<sup>1388</sup> -R. Monzer, op.cit., p. 317.

la future conclusion du contrat. L'avancement des négociations et les comportements convergents<sup>1389</sup>, ne sont que les manifestations de la volonté des parties de conclure le contrat. Chacun d'entre eux a le droit de compter sur la réalité et la sincérité des manifestations de volonté de l'autre, cette confiance entrainera des décisions stratégiques, concernant l'avenir de ces négociations, voire d'importantes dépenses et investissements que les parties n'auraient jamais faites en l'absence de cette croyance ». <sup>1390</sup>

Le droit positif, s'est donc senti dans l'obligation de protéger cette confiance du négociateur qui, de bonne foi et d'un espoir bien fondé de conclure l'affaire négociée, s'est investi intellectuellement et financièrement. <sup>1391</sup>

C'est dans le principe générale de bonne foi que cette obligation puise son fondement<sup>1392</sup>, c'est ce qu'a affirmé clairement la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Sté Koetsier c / Cachou Lajaunie, en jugeant que : « a manqué de bonne foi et de loyauté, agi avec légèreté dans la phase précontractuelle... et ainsi eu un comportement fautif, le fabricant qui,... a fait croire à son partenaire , par des courriers encourageant, à la poursuite des négociations, puis par son silence l'a tenu dans l'ignorance de sa position, pour en définitif, laisser sans suite les pourparlers déjà avancés pour des raisons internes et étrangères aux difficultés d'un accord<sup>1393</sup> ». Cette décision a été inspirée de la décision de la Cour d'appel de Riom qui a posé le principe selon lequel « si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure, et, partant pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice, et donne lieu à réparation ». <sup>1394</sup>

Ainsi la faute imputée à la partie qui se retire , réside dans le fait de rompre sans avancer de motif sérieux et objectif, la Cour de Cassation française a ainsi condamné l'auteur d'une

---

<sup>1389</sup>- M. L. Izorche, L'avancement de l'engagement unilatéral en Droit privé contemporain, PUAM, 1995, p. 98 et s.

<sup>1390</sup>- R. Monzer, préc, p. 317.

<sup>1391</sup>- C. Dupont, La négociation, conduite, théorie, applications, Dalloz, 4<sup>e</sup>, éd. 1994, p. 16.

<sup>1392</sup>- H. Aubry, L'influence du Droit communautaire sur le Droit français des contrats, PUAM, 2002, p. 323 ; art. 107 du code civil.

<sup>1393</sup>- C. A. Versailles 1 Avril 1999, 12 ch. Le seet, Sté Koetsier c/ cachon lajaunie RJDA12/1999, n° 1285.

<sup>1394</sup>- C. A. RIOM, 10 juin 1992, JCP, éd., E. 1993, I., n°231, note J. Schmidt, RJDA 1992, n°893, RTDciv., 1993, p. 343, obs. J. Mestre.

rupture sur le fondement du caractère fallacieux du prétexte invoqué pour rompre les discussions.<sup>1395</sup>

La Cour de Cassation a également condamné l'auteur d'une rupture sur le fondement du caractère fallacieux du prétexte invoqué pour rompre les discussions (en l'espèce, l'auteur de la rupture, avait invoqué une réponse trop tardive de l'autre partie).<sup>1396</sup>

Il s'agit donc des hypothèses qui indiquaient un certain degré d'aggravation de la faute dans la rupture, dans le code civil, les hypothèses d'aggravation de la responsabilité du débiteur de mauvaise foi sont prévues par les articles 176<sup>1397</sup> en ce qui concerne le retard du débiteur dans l'exécution de ses obligations ; 178 al.2<sup>1398</sup> et 182<sup>1399</sup>, par rapport à sa mauvaise foi, l'obligent à payer des intérêts du jour de la demande.

« Serait aussi déloyal le comportement du partenaire à la négociation, qui rompt les pourparlers, de façon brutale, à un moment ou rien ne laissait présager à l'autre partie, la brutalité de la rupture empêchant cette dernière d'envisager une solution de remplacement pour atténuer les effets de la rupture ».<sup>1400</sup>

Par une interprétation large de l'article 11 alinéa 6 de l'ordonnance 03-03, qui prohibe " la rupture d'une relation commerciale au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées", dans ce cas le juge peut considérer comme déloyale la rupture de pourparlers avancés.<sup>1401</sup>

En effet « cet article est rédigé de façon suffisamment large pour accueillir l'extension de la notion de "relation commerciale" qui peut tout autant convenir à la phase précontractuelle quand les négociations sont avancées, qu'à la phase de la renégociation d'une relation commerciale déjà existante et que l'un des partenaires conditionne le maintien de celle-ci, en imposant des conditions injustifiées ».<sup>1402</sup>

Comme il est déloyal, le comportement de l'auteur de la rupture qui en profite seulement de soutirer des informations confidentielles de son partenaire ou pour profiter de son savoir faire.<sup>1403</sup>

---

<sup>1395</sup> - Cass. Com, 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n°984.

<sup>1396</sup> - Cass. Com, 22 avril 1997, préc.

<sup>1397</sup> - V., Art. 176, C. Civ.

<sup>1398</sup> - V., Art. 178 al.2, C. Civ.

<sup>1399</sup> - V., Art. 182, C. Civ.

<sup>1400</sup> - D.Allag- Zennaki, op., cit., p. 55.

<sup>1401</sup> - Ibid., p. 55.

<sup>1402</sup> - Ibidem.

<sup>1403</sup> - D.Allag-Zennaki, op. cit., p. 56.

En effet, le comportement de référence- celui d'un homme normalement avisé - consiste à négocier loyalement et de bonne foi. « La mauvaise foi et la déloyauté sont donc l'arché type de la faute précontractuelle ». <sup>1404</sup>

La jurisprudence française offre des exemples de pareilles fautes précontractuelles dans la situation la plus classique ou la responsabilité précontractuelle est invoquée : le demandeur se plaint de la rupture, alors qu'il pouvait légitimement s'attendre au succès de la négociation. <sup>1405</sup>

En pareil cas, « les tribunaux analysent le caractère plus ou moins avancé des pourparlers ; des négociations peu avancées peuvent être rompues à tout moment, mais dès lors que l'un des partenaires a pu raisonnablement croire que le contrat serait conclu, l'autre ne peut rompre sans justification ». <sup>1406</sup>

La Cour de Cassation a ainsi approuvé les juges du fond d'avoir admis la responsabilité de celui qui a " rompu sans raison légitime des pourparlers avancées <sup>1407</sup>, cette solution se justifie par le fait que le degré de confiance augmente au fur et à mesure que les négociations progressent vers l'accord.

On observe que même si la jurisprudence a évolué favorablement pour admettre que la rupture fautive soit une source de responsabilité civile, elle a posé des limites à la notion de la faute précontractuelle. Ainsi, il faut que la partie rompe loyalement les négociations, en se fondant sur un motif légitime et sérieux. <sup>1408</sup>

## **Paragraphe 02 : La violation de l'obligation précontractuelle d'information.**

L'obligation précontractuelle d'information existe, comme on l'a déjà précisé. Donc c'est la communication au partenaire éventuel de toute information en sa possession pouvant avoir une incidence sur la formation et l'exécution du contrat (article 53 du décret exécutif n°13-378). <sup>1409</sup>

La violation de cette obligation peut engendrer plusieurs types de fautes. On peut les classer en deux catégories : les fautes d'action (A) qui se manifestent par la communication

---

<sup>1404</sup>-J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français in: revue internationale de droit comparé, vol. 42 n°02, Avril- Juin 1990, p. 547.

<sup>1405</sup> - Ibid, p. 550.

<sup>1406</sup>-Ibidem.

<sup>1407</sup>-Cass. Com. 20 mars 1972, Bull. Civ. IV, n°93, RTD Civ. 1972, p. 779.

<sup>1408</sup> - S. Radu, op. cit., p. 185.

<sup>1409</sup> - Décret exécutif n°13-378 du 09/11/2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information des consommateurs, J O., n°58.

d'informations fautives ou incomplètes, et les fautes d'abstention (B) lors du manquement à une obligation positive d'information.

### **A/ Les fautes d'action :**

Les fautes d'action peuvent revêtir plusieurs formes, dont les plus importantes sont la communication d'informations incorrects (1), la communication d'informations incomplètes (2) et la dissimulation des défauts et les faits défavorables (3).

#### **1- La communication d'informations incorrectes :**

Les informations incorrectes ou erronées sont des fausses informations communiquées au partenaire dans le seul but de l'inciter à contracter dans des circonstances qu'il n'aurait pas acceptées s'il connaissait leur fausseté.<sup>1410</sup>

La communication de telles informations est fautive qu'elle soit faite en exécution d'une obligation de renseignement ou volontairement. Le caractère fautif de ce comportement ne dépend pas de l'inexécution d'une obligation d'information, mais de l'intention de tromper que manifeste un tel comportement<sup>1411</sup>, cette faute est reconnue dans tous les régimes juridiques. Elle peut être sanctionnée, qu'elle soit découverte avant ou après la conclusion du contrat négocié.<sup>1412</sup>

« De même la communication de renseignements incorrects en cours de négociation constitue une faute tout comme le fait de revenir à la légère sur un point déjà acquis, particulièrement lorsque le bénéficiaire de l'information est un professionnel. Il lui appartient non seulement de rechercher l'information mais de vérifier celle que lui fournit son partenaire »<sup>1413</sup>

De même, aussi, commet une faute précontractuelle le négociateur qui ne corrige pas des informations qu'il a communiquées à son partenaire en les croyant correctes alors qu'elles s'avèrent plus tard fausses.<sup>1414</sup>

---

<sup>1410</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 51 et 52.

<sup>1411</sup> - R. Monzer, op. cit, p. 336.

<sup>1412</sup> - Ibid.

<sup>1413</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit, p. 52.

<sup>1414</sup> - R. Monzer, préc.



C'est d'ailleurs le cas aussi en droit français, puisque l'abstention intentionnelle de corriger des informations erronées communiquées au partenaire constitue un dol tant qu'elle est destinée à tromper ce dernier.<sup>1415</sup>

De même la commun law sanctionne la communication d'informations incorrectes par négligence. Dans ce cas, l'intention de nuire ou de tromper n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité de celui qui a donné ces informations.

Selon la doctrine la « *Négligent Misreprésentation* », pose une obligation de prendre soin par le négociateur au profit de ses partenaires qui seront affectés d'une manière proche est directe par ses comportements, ou ses omissions. Il doit raisonnablement penser à ces partenaires lors de l'exécution de son comportement<sup>1416</sup>. Commet, par exemple une faute, le banquier qui donne des conseils négligents à son client lui causant alors des dommages.

## **2- La communication d'informations incomplètes:**

S'il est évident que la communication d'informations erronées constitue une faute précontractuelle, comment peut on qualifier la communication d'information incomplète ?

Selon J.Ghestin, les informations doivent être exactes et suffisantes durant la négociation<sup>1417</sup>. Généralement, l'information inexacte ou incomplète provoque l'erreur de celui qui à été mal informé, notamment sur les avantages qu'il pouvait tirer du contrat<sup>1418</sup>. La communication intentionnelle d'informations erronées constitue donc, sans aucun doute, un dol.

Egalement les informations, même correctes, mais insuffisantes, c'est-à-dire partielles ou incomplètes peuvent être qualifiées de manœuvres dolosives quand elles tentent à tromper le partenaire<sup>1419</sup>.

« La communication d'informations partielles, mêmes correctes, peut constituer une sorte de manœuvres dans le but de créer chez le partenaire une fausse impression et une fausse croyance ou une illusion concernant le contrat, dans le but de l'inciter à contracter. Il a été

---

<sup>1415</sup> - Ibid.

<sup>1416</sup> - R. Monzer, op., cit., pp. 237-238.

<sup>1417</sup> - J. Ghestin, Traité de Droit civil, La formation du contrat, op, cit, p. 589.

<sup>1418</sup> - G. Viney, Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 2<sup>ème</sup>, éd., 1995, n°200 et s.

<sup>1419</sup> - R. Monzer, op., cit., p. 338.

ainsi considéré comme dol, le fait de laisser un partenaire se méprendre sur l'interprétation d'une information ambiguë ». <sup>1420</sup>

Facultative ou obligatoire l'information doit être suffisante et exacte. La distinction entre ces deux aspects est parfois difficile, car une information incomplète est souvent, par là même inexacte. Il en est ainsi par exemple, d'une annonce qui fait état d'un parc centenaire à proximité de l'immeuble mis en vente, sans préciser que celui – ci est privé et entièrement clos. <sup>1421</sup>

L'intervention du législateur se manifeste sur un double plan. Certaines des dispositions prescrivent à l'une des parties de fournir à l'autre diverses informations. Elles imposent une initiative. D'autres supposent que l'une des parties a pris d'elle-même l'initiative d'informer son cocontractant, spécialement au moyen de la publicité. Le législateur régleme alors cette information <sup>1422</sup>, afin d'être exacte et suffisante.

Il a ainsi été jugé, en droit anglais dans l'affaire *Dimmock v. Hallett* <sup>1423</sup>, que « constitue une *misreprésentation* le fait d'informer l'acheteur que toutes les fermes sur le terrain acheté ont été louées, mais ne pas l'informer qu'un des locataires a déposé un préavis pour quitter ». <sup>1424</sup>

Cette vision a été également adoptée en droit allemand <sup>1425</sup> qui a engagé la responsabilité d'un industriel voulant céder son entreprise et qui avait communiqué par négligence à l'acheteur des informations incomplètes.

Ce dernier acheta l'entreprise alors que s'il avait connu toute la réalité des faits, il ne l'aurait probablement pas acquise. <sup>1426</sup>

La *commun law* a même considérée « qu'une affirmation peut être fautive même si elle est complètement exacte, mais qu'elle peut laisser entendre des faits qui ne le sont pas, c'était le cas dans l'affaire *Goldsmith v. rodger* ». <sup>1427</sup>

Il a été jugé que « l'affirmation de l'acheteur d'un yacht, qui a trouvé des défauts à la quille du bateau, lors de la négociation de réduction du prix, est une *misreprésentation* ». <sup>1428</sup>

---

<sup>1420</sup> - J. M. Mousseron, D. Mainguy, et M. Guibal, *L'avant contrat*, Lefebvre, 2001, n°83.

<sup>1421</sup> - J. Ghestin, op., cit., p. 589.

<sup>1422</sup> - Art. 17 de loi 09-03, art. 04 de la loi 04-02 ; art. 04 du décret exécutif n°13-378 du 09/11/2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information du consommateur.

<sup>1423</sup> - *Dimmock. V. Hallett*, 1986 LR 2 CH App 21, cité par R. Monzer.

<sup>1424</sup> - Voir dans ce sens *Central Railway Co of Venezuela v. kisch*, 1867 LR2 HL99, 114, cité par R. Monzer.

<sup>1425</sup> - M. Tegethoff, "*Culpa in Contrahendo in German and Dutch law- a comparison of Precontractual liability*" 1998, p. 357, cité par R. Monzer.

<sup>1426</sup> - Bundes-gerichtshof, 25 mai 1977, BGHZ 69, p.53, cité par R. Monzer.

<sup>1427</sup> - *Goldsmith v., Rodger*, 1962, 2 Loyd's Rep 249, cité par R. Monzer.

<sup>1428</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 339.

Donc les informations incomplètes peuvent toujours constituer une faute précontractuelle sanctionnable. Même, en l'absence d'une obligation d'information, lorsqu'un négociateur décide de fournir volontairement des informations, elles doivent être aussi suffisantes qu'exactes. « Le négociateur ne peut pas alléguer le volontarisme de son initiative pour justifier la communication d'informations incorrectes ou incomplètes ». <sup>1429</sup>

### **3- La dissimulation des défauts :**

Le fait de cacher intentionnellement durant la négociation, même en l'absence d'une obligation d'information, des défauts et ou des faits défavorables constitue dans tous les régimes juridiques, une faute précontractuelle sanctionnable. <sup>1430</sup>

Ce comportement peut être qualifié de manœuvre dolosive, ces manœuvres ont été définies par l'article 86 du code civil : « les manœuvres pratiquées par l'une des parties ou par son représentant, qui ont été telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » <sup>1431</sup>. Il est considéré comme tel « le silence gardé sur un fait de nature à diminuer la valeur des parts peut être constitutif d'un dol ». <sup>1432</sup>

Il suffit de rappeler le principe, aujourd'hui fermement posé par le législateur selon lequel le dol peut être constitué « par le silence intentionnel de l'une des parties... quand il est prouvé que le contrat n'aurait pas été conclu, si l'autre partie en avait eu connaissance ». La réticence dolosive ainsi consacrée par le législateur constitue au moins indirectement, une faute précontractuelle attachée à l'obligation précontractuelle d'information. <sup>1433</sup>

Il faut également faire état de l'évolution de la jurisprudence quant à la responsabilité des vendeurs professionnels. L'assimilation du vendeur professionnel et du fabricant à celui qui connaissait les défauts cachés est aujourd'hui, pour la Cour de Cassation, une règle de droit <sup>1434</sup>. Il en résulte que selon l'article 379 du code civil et l'article 1645 du code civil français, il doit réparer toutes les conséquences dommageables de ces défauts sans pouvoir, conformément à l'article 384 du code civil et l'article 1643 du code civil français, limiter

---

<sup>1429</sup> -Ibid.

<sup>1430</sup> - Cass. 3ème, civ., 15 janv. 2003, Bull. Civ. III, n°9, D. 2003, Jur. p. 1190, note H. Kenfack

<sup>1431</sup> - Art. 86 al. 01 du c. civ.

<sup>1432</sup> - J. M. Mousseron, M. Guibal et D. Maingy, L'avant- contrat, op. cit., n°83.

<sup>1433</sup> - Art.86 al. 02 du c. civ.

<sup>1434</sup> - J.Ghestin, op. cit., p. 603.

conventionnellement sa responsabilité<sup>1435</sup>. Or la jurisprudence admet logiquement qu'il n'ya plus de défaut caché, et par là plus de garantie, si le vendeur a fait connaître à l'acheteur le défaut, cette information ne peut s'analyser comme une clause limitative de responsabilité, même si le vendeur en a déduit expressément une exclusion de garantie à cet égard<sup>1436</sup>. La mise en œuvre de la garantie des vices cachés peut ainsi se comprendre, conformément à son origine historique, comme la sanction d'une obligation d'information, qui sera souvent précontractuelle. Le vice, en effet, n'est découvert qu'après l'exécution du contrat, mais il est fréquemment antérieur à sa formation.<sup>1437</sup>

## **B/ Les fautes d'abstention : la réticence.**

La réticence consiste à s'abstenir intentionnellement d'exécuter une obligation préexistante d'information.<sup>1438</sup>

L'alinéa 2 de l'article 86 du code civil cite expressément « Le silence intentionnel » comme élément constitutif du dol. « Il s'agit du silence gardé sur les éléments déterminants, c'est-à-dire viciant le consentement, c'est la réticence dolosive »<sup>1439</sup>. La bonne foi contractuelle recommande à chaque contractant d'informer l'autre sur tout ce qui peut l'éclairer sur la véritable portée du contrat.

Il s'agit d'une véritable obligation d'information<sup>1440</sup> qui est parfois expressément mentionnée, telle par exemple l'article 379 du code civil qui oblige le vendeur à révéler à l'acheteur certains défauts de la chose vendue ou l'article 624 du code civil qui impose à l'assuré l'obligation de fournir à l'assureur tous les renseignements de nature à lui permettre d'apprécier l'entendue du risque couvert ou encore les nombreuses dispositions légales édictant une obligation d'information en faveur des consommateurs<sup>1441</sup>. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que le législateur sanctionne expressément la réticence. Celle-ci est considérée comme dolosive chaque fois qu'elle fait apparaître une intention de nuire.<sup>1442</sup>

---

<sup>1435</sup> - V. arts. 379, 384 du c. civ. et arts. 1643, 1645 du c. civ. fr.

<sup>1436</sup> - J. Ghestin, Conformité et garanties dans la vente, LGDJ, 1983, n°254 et s.

<sup>1437</sup> - J. Ghestin, Traité Droit civil, La formation du contrat, op. cit., p. 607.

<sup>1438</sup> - Art. 86 al. 02 du c. civ.

<sup>1439</sup> - D. Allg-Zennaki, op. cit., p. 132.

<sup>1440</sup> - Ph. LeTourneau, et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, D. 2000/2001, p. 635.

<sup>1441</sup> - Décret exécutif n°13-378 du 09/11/2013 fixant les conditions et modalités relatives à l'information des consommateurs, J. O, n°58.

<sup>1442</sup> - J. Ghestin, La réticence, Le dol et L'erreur, D. 1971, chron. p. 248 et s.

« L'article 86 dans son alinéa 2 insiste sur le caractère intentionnel du silence, car, admettre le simple silence comme cause d'annulation du contrat, en dehors de toute mauvaise foi, porterait atteinte à la sécurité qui doit régner dans le commerce juridique »<sup>1443</sup>. À ce caractère intentionnel de cette dissimulation doit s'ajouter le caractère déterminant des informations dissimulées.<sup>1444</sup>

La jurisprudence française a refusé longtemps d'admettre la suffisance d'une telle réticence à constituer un vice du consentement<sup>1445</sup> : le silence était une habileté permise.

Comme les autres manœuvres, la réticence constitue un dol, lorsqu'elle a pour but d'amener quelqu'un à contracter en le trompant, ce qui suppose que le contractant soit tenu d'une obligation de renseignement.<sup>1446</sup>

La justification technique de la réticence dolosive semble résider dans l'existence d'une obligation précontractuelle d'information<sup>1447</sup>. La réticence dolosive apparaît en effet, comme l'inexécution intentionnelle de cette obligation<sup>1448</sup>. Elle suppose au surplus de ce manquement à l'obligation de renseignement une intention de tromper.<sup>1449</sup>

Cette faute a été également sanctionnée en droit allemand. Les tribunaux ont ainsi engagé la responsabilité pour violation de l'obligation d'information du négociateur qui n'a pas expliqué le contenu du projet du contrat à son partenaire malvoyant.<sup>1450</sup>

En droit anglais, « si le droit romano-germanique a facilement déterminé une obligation d'information, le droit anglo-saxon a franchi plusieurs difficultés pour pouvoir aboutir à un résultat similaire ».<sup>1451</sup>

La question ne pose aucune difficulté en présence de dispositions législatives expresses comme c'est le cas, par exemple, en droit de protection des consommateurs dans les contrats « *uberimae fidei* »<sup>1452</sup>, tel que les contrats d'assurance, et dans les relations fiduciaires.

---

<sup>1443</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit, p. 132.

<sup>1444</sup> - Art. 86, al. 02 du c. civ.

<sup>1445</sup> - Cass. Civ, 30 mai 1927, DH, 1927. 416, S. 1928, I, 105, note, A. breton.

<sup>1446</sup> - Cass. 3<sup>ème</sup>, civ. 15 janvier 1971, JCP. 1971, IV, 43, Bull, III, n°38, p. 25.

<sup>1447</sup> - R. Monzer, op. cit. , p. 341.

<sup>1448</sup> - Art.86 al. 02 du c. civ.

<sup>1449</sup> - Art.86 al. 02 in fine du c. civ.

<sup>1450</sup> - OLG Stuttgart, 16 nov. 1931, JW 1934, p.571.

<sup>1451</sup> - R. Monzer, op. cit, p. 341.

<sup>1452</sup> - De bonne foi absolue, cité par R. Monzer.

« Le droit Américain est plus favorable à imposer une obligation d'information et à sanctionner ensuite la réticence des négociateurs, cette tendance s'est même manifestée par des dispositions législatives ». <sup>1453</sup>

L'alinéa (b) de l'article 161 du Restatement Second of Contracts prévoit que : « la non révélation d'un fait connu d'une personne équivaut à une affirmation que le fait n'existe pas seulement dans les situations suivantes :

Lorsqu'il sait que la révélation du fait corrigerait une erreur de l'autre partie quant à la supposition fondamentale sur la quelle cette partie conclut le contrat et si la non révélation du fait équivaut à un agissement contraire à la bonne foi et non conforme aux exigences raisonnables de la loyauté contractuelle ». « La référence de cet alinéa à la notion de bonne foi à élargi le champ d'application de l'obligation d'information, et l'a fortement rapproché de celle adoptée dans les régimes romano- germaniques ». <sup>1454</sup>

« La Cour d'appel d'Arizona, a par exemple retenue dans l'affaire Hill v. Jones <sup>1455</sup>, la faute de vendeur d'une maison qui na pas informé l'acheteur de l'invasion des termites, afin de ne pas diminuer le prix .En se référant à l'article 161 du Restatement Second of Contracts, la Cour a conclu que le vendeur est tenu d'une obligation d'informer l'acheteur sur les éléments matériels du contrat, et que la " suppression de faits matériels qu'une partie est obligé selon le principe de bonne foi de révéler est équivalent à une fausse affirmation ». <sup>1456</sup>

« Cette Cour avait identifié l'existence en droit américain d'une politique judiciaire promouvant l'honnêteté et le fair dealing dans les relations d'affaires, exprimée par la *fraudulent* et la *négligent misreprésentation* ». <sup>1457</sup>

« En reprenant les lettres de l'article 161, elle a considèré que le silence est une présomption implicite d'une affirmation qu'il n'ya aucune information qui doit être révélée selon le principe de la bonne foi. S'il s'avère plus tard que ce n'était pas le cas, et que d'importantes informations étaient dissimulées, l'auteur de cette réticence sera sanctionné selon la technique de *Misreprésentation* ». <sup>1458</sup>

Cette vocation du droit américain dispense le juge de chercher, comme c'est le cas en droit anglais, à qualifier les fausses affirmations afin de pouvoir sanctionner les dissimulations d'informations.

---

<sup>1453</sup> - R. Monzer, préc.

<sup>1454</sup> - Ibid.

<sup>1455</sup> - Hill v. Jones, Arizona Court of Appeals, 151 Ariz, 81,725 p. 2d 1115, 1986, cité par R.Monzer.

<sup>1456</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 342.

<sup>1457</sup> - Ibid.

<sup>1458</sup> - Ibidem.

Les Principes d'Unidroit et les principes du droit européen des contrats ont adopté une vision commune des fautes, lors du manquement à l'obligation d'information.<sup>1459</sup>

L'article 3.8 des Principes d'Unidroit prévoit : « La nullité du contrat pour cause de dol peut être invoquée par une partie lorsque son engagement à été déterminé par les manœuvres frauduleuses de l'autre partie, notamment son langage ou ses actes, ou lorsque cette dernière, contrairement aux exigences de la bonne foi en matière commerciale, a omis frauduleusement de faire part à la première de circonstances particulières qu'elle aurait du révéler ».

De même l'article 4.107 des Principes européens du droit des contrats prévoit que:

« Une partie peut provoquer la nullité du contrat lorsque l'autre, par ses manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, a déterminé la conclusion du contrat ou a omis frauduleusement de révéler une information que la bonne foi lui commandait de révéler ».

" Des manœuvres ou une non- révélation sont dolosives lorsqu'elles sont destinées à tromper...".

Les deux textes sanctionnent l'omission frauduleuse d'information que la bonne foi invite à révéler.<sup>1460</sup>

## **Section 02: la responsabilité précontractuelle de nature contractuelle.**

Pour qu'elle soit de nature contractuelle, la responsabilité précontractuelle exige l'existence d'une faute précontractuelle de nature contractuelle (paragraphe 1), mais cette faute n'a d'importance qu'après avoir envisagé sa qualification (paragraphe 02).

### **Paragraphe 01: l'existence d'une faute précontractuelle de nature contractuelle.**

En dépit de la théorie générale de la liberté absolue, certaines tentatives ont été faites afin de sanctionner les débordements précontractuels.<sup>1461</sup> Du fait de l'absence d'une vision unique, viennent des théories proposant l'application de la responsabilité contractuelle à la phase précontractuelle. Il s'agit de la théorie de la *cupla in contrahendo* (A), ensuite l'existence d'un avant contrat(B), destiné à préparer l'accord définitif au moyen de la création d'obligations spécifiques.

---

<sup>1459</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 343.

<sup>1460</sup>- Ibid.

<sup>1461</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 57.

## **A/ La théorie de la culpa in contrahendo :**

La théorie de la culpa in contrahendo est née de la pratique doctrinale et jurisprudentielle. Cette notion vise la violation des obligations dans la phase précontractuelle, à savoir, pendant les pourparlers, avant que le contrat ne se forme ou durant la formation du contrat.

Il est utile de préciser que le principe de la liberté contractuelle impose que lorsque deux personnes négocient un contrat, elles restent libres de ne pas se lier par le contrat envisagé. Cela étant, cette liberté n'est pas absolue et une partie pourrait voir sa responsabilité engagée à la suite du comportement qu'elle a adopté durant les négociations<sup>1462</sup>. Cette responsabilité précontractuelle est également appelée culpa in contrahendo.<sup>1463</sup>

Par conséquent, la violation des obligations d'une des parties dans la phase précédant le contrat, notamment les normes de bon comportement, est susceptible d'engager la responsabilité de cette personne.

La théorie de culpa in contrahendo, instaurée par la doctrine allemande a influencé sur tous les régimes juridiques d'origines romano- germaniques.<sup>1464</sup>

Donc, cette théorie a eu des effets directs notamment sur le droit allemand et aussi sur le droit français.

### **-En droit allemand :**

La théorie de la culpa in contrahendo est insaturée pour la première fois par l'auteur allemand " Rudolf von Ihering"<sup>1465</sup>, qui a cherché à déterminer le fondement de la faute de celui qui par son erreur a entraîné l'annulation du contrat<sup>1466</sup>. Il a remarqué que, si une telle erreur existe, elle doit être commise dans la période préalable à la formation du contrat ; c'est-à-dire la phase précontractuelle. Il a conclu qu'il serait équitable que l'auteur de la faute prenne en charge les préjudices subis par la victime.<sup>1467</sup>

---

<sup>1462</sup>- M. Dupont, "La culpa in contrahendo: une application particulière de la responsabilité civile ( note d'observations sous Liège; 3<sup>e</sup> ch., 7 Mai 2008); For, Ass., 2009/2, n°92, p.50.

<sup>1463</sup>- J. Stichelbaut, "la période précontractuelle, la rencontre des consentements », in Obligations ; Traité théorique et pratique, éd. Kluwer, Bruxelles, 2007, II . 1. 4-11, II. 1. 4-66.

<sup>1464</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 121.

<sup>1465</sup>- Rudolf Von Ihering, De la culpa in contrahendo, 1860, uvres choisies, Traduction de Meulenaère, Tome II, p1-100.

<sup>1466</sup>- A. Belhadj Larbi, op. cit., p. 159.

<sup>1467</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 121.



Le fondement d'une telle responsabilité précontractuelle, lui a causé certaines difficultés notamment à cause de l'absence en droits romain et allemand d'un principe général de responsabilité.<sup>1468</sup>

Pour remédier à la carence d'un tel principe, il a estimé que dès le premier contact, un avant-contrat tacite se forme entre les parties. « La décision prise par les négociateurs d'entrer en pourparlers est un acte de volonté aussi important que celui requis pour la formation du contrat, elle dissimule une acceptation de formation d'un contrat organisant la relation entre ces parties, voulant le contrat, les négociateurs ont voulu ses préliminaires ». <sup>1469</sup>

Ce contrat tacite a pour but d'organiser la relation entre les négociateurs. Il leur impose une obligation de se comporter selon la « *diligentia in contrahendo* ». <sup>1470</sup>

La « *diligentia in contrahendo* » englobe deux obligations : la première est une obligation de loyauté et de diligence durant le processus de négociation s'appliquant aux pourparlers informels qui n'aboutissent pas à la conclusion du contrat définitif.

La seconde s'applique aux contrats annulés et se contente d'assurer la validité du contrat projeté. <sup>1471</sup>

La violation des obligations dérivantes de la « *diligentia in contrahendo* » constitue une faute précontractuelle, et engage une responsabilité contractuelle de son auteur. <sup>1472</sup>

Suite à la phase précontractuelle, trois hypothèses peuvent se rencontrer: soit le contrat n'est pas conclu, soit il est conclu mais annulé car affecté d'un vice, soit le contrat est conclu et maintenu. Chacune de ces hypothèses va être analysée:

- lorsque le contrat n'est pas conclu entre les parties, la responsabilité d'une d'entre elle peut être engagée s'il y a eu rupture abusive des pourparlers.

Toute rupture ne peut pas être considérée comme abusive, sauf qu'elle a lieu suite à un simple prétexte ou sans explication raisonnable. <sup>1473</sup>

Dans cette situation, la "victime" peut réclamer une réparation comprenant, notamment, les dépenses exposées dans la négociation du contrat, le fait d'avoir perdu des occasions de conclure d'autres contrats et le cas échéant, l'atteinte à la réputation. <sup>1474</sup>

---

<sup>1468</sup> - Ibidem.

<sup>1469</sup> - M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse paris II, 1985, p. 213.

<sup>1470</sup> - U. Draetta et R. lake, «*Letter of intent and precontractual liability*», RDAI. 1993, p. 852, cité par R Monzer.

<sup>1471</sup> - M. Geninet, op. cit., p. 212.

<sup>1472</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 122.

<sup>1473</sup> - Bruxelles, 05 février 1992, J.T, 1993, p. 130.

<sup>1474</sup> - www. Actualités Droit Belge. .be.

D'autres hypothèses peuvent mener à la responsabilité précontractuelle d'une partie lorsque le contrat ne se conclut pas. Il s'agit de l'utilisation abusive d'informations reçues durant la phase de négociation ainsi que le non- renouvellement d'un contrat.<sup>1475</sup>

- La responsabilité d'une partie dans la phase précontractuelle peut également être engagée lorsque le contrat est annulé. En effet dans cette situation le contrat est conclu mais est atteint d'un vice affectant sa validité de sorte qu'il est annulé, les vices peuvent consister en un dol<sup>1476</sup> ou une erreur<sup>1477</sup>, là aussi, le dommage pourra être réparé en demandant le remboursement des charges et des dépenses encourues dans le cadre de la conclusion du contrat, la perte de temps,...etc.

-Enfin, le contrat peut après la phase précontractuelle être formé et maintenu. Dans cette hypothèse, le contrat est conclu mais la responsabilité peut être engagée eu égard à un comportement d'une des parties ayant eu lieu antérieurement à la formation du contrat, il s'agit notamment du cas du dol incident.<sup>1478</sup>

Dans la pratique, il s'agit le plus souvent d'un manque d'informations lors de la phase précontractuelle. Ainsi, le manque d'information ou de conseil peut entraîner une responsabilité sans pour autant annuler le contrat conclu entre les parties.<sup>1479</sup>

Certaines obligations d'informations et de conseils trouvent leur fondement dans des règles déontologiques applicables à certains professionnels<sup>1480</sup>. C'est notamment le cas du notaire, de l'avocat, de l'architecte...etc.

Par ailleurs certaines réglementations accordent une importance à la phase précontractuelle et à l'obligation d'information et de conseil. C'est le cas dans les réglementations relatives aux pratiques du commerce et de la protection du consommateur.<sup>1481</sup>

La théorie de la « cupla in contrahendo » a mis en valeur la phase précontractuelle, elle la présente pour la première fois comme une phase de droit et non pas une phase libre.

En effet l'importance de cette théorie ne se limite pas aux régimes juridiques qui l'ont adoptée. Elle touche, en effet, tous les régimes nationaux et internationaux puisqu'elle a instauré une nouvelle notion juridique: celle de la " responsabilité précontractuelle", qui démontre de plus

---

<sup>1475</sup>- Bruxelles 28 janvier 1958, J.T, 1959, p. 491.

<sup>1476</sup>- Cass. 2 mai 1974, pas., I.p. 906.

<sup>1477</sup>- Com, Bruxelles, 24 juin 1975, JCB, 1976, P 131.

<sup>1478</sup>-P.VAN. OMMESLAGHE, "Section 3 - La responsabilité précontractuelle (la cupla in contrahendo)" in *Traité Droit civil Belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 535.

<sup>1479</sup>-J.L. FAGANRT, " L'obligation du vendeur -fabricant", note sous cass, 28 février 1980, R.C.J.B, 1983, p. 223

<sup>1480</sup>- A. Belhadj Larbi, op. cit., p. 86.

<sup>1481</sup>- Art. 08 de la loi 04-02, Art. 17 de la loi 09-03, Décret exécutif n°13-378 du 09/11/2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information des consommateurs, J.O, n°58.

en plus son importance dans la vie contemporaine du contrat, indépendamment de la nature de cette responsabilité.<sup>1482</sup>

Concernant l'application de la théorie de la « culpa in contrahendo » et en l'absence des dispositions législatives organisant la responsabilité précontractuelle, avant la réforme du B G B en 2002, ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont insaturé ses bases en droit allemand.<sup>1483</sup>

Elles étaient unanimement d'accord sur l'application de la théorie de la culpa in contrahendo. Ainsi adhérer à la théorie d'Ihering, était la solution naturelle du droit allemand en l'absence de toute autre alternative<sup>1484</sup>. Cependant la théorie de la culpa in contrahendo n'était conçue que pour s'appliquer à des dispositions spécifiques. Les juristes allemands avaient donc à modifier cette théorie et l'étendre pour englober toutes les hypothèses précontractuelles, qu'Ihering n'avait pas probablement envisagées.<sup>1485</sup>

« On peut donc dire que l'institution de la responsabilité précontractuelle procédant de la culpa in contrahendo est une création jurisprudentielle et doctrinale et qu'elle a valeur de droit coutumier ». <sup>1486</sup>

La théorie de la culpa in contrahendo s'est transformée, d'une simple théorie applicable à certaines dispositions précontractuelles indemnifiant la nullité du contrat, à un principe général de responsabilité précontractuelle.

La doctrine allemande a déterminé trois conditions nécessaires à l'application de la théorie de la « culpa in contrahendo » :<sup>1487</sup>

-Elle exige tout d'abord, un rapport d'obligation issu de l'engagement des pourparlers ou même d'une simple prise de contact en vue de la conclusion d'un éventuel contrat.

-La faute ou au moins la négligence d'un négociateur sera aussi nécessaire pour l'application de cette théorie. Cette faute doit être imputable au manquement à l'une des obligations issues du rapport précontractuel. " Il faut établir que l'auteur du manquement n'a pas respecté l'obligation générale précontractuelle de prudence et de loyauté imposée dans de telles circonstances". <sup>1488</sup>

---

<sup>1482</sup> - R. Monzer, op. cit, pp. 122-123.

<sup>1483</sup> - Ibid.

<sup>1484</sup> - Ibidem.

<sup>1485</sup> - M. Pedamon, Le contrat en Droit allemand, 2<sup>ème</sup>, éd., 2002, p. 33 et s.

<sup>1486</sup> - R. Monzer, op. cit, p. 123.

<sup>1487</sup> - Ph. LeTourneau, " La rupture des négociations": in La négociation du contrat, colloque organisé le 19 mai par l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, I. RTD Com, juill. – sept. 1998, p. 479.

<sup>1488</sup> - M. Pedamon, op. cit, p. 33 et s.

-La dernière condition est que cette faute cause de dommage à l'autre négociateur.

La réforme du droit allemand, entrée en vigueur le premier janvier 2002 a prévu des dispositions spécifiques à la phase précontractuelle, elle a intégré " les acquis jurisprudentiels de la responsabilité précontractuelle".<sup>1489</sup>

Le nouvel article 311<sup>1490</sup> alinéa 2 précise qu'un rapport contractuel générateur d'obligations accessoires au sens de l'article 241<sup>1491</sup> alinéa 2 peut même naître avant la conclusion du contrat.

Cet article a identifié trois types de situations précontractuelles qui peuvent engager ces obligations accessoires. Tout d'abord " l'engagement des pourparlers" : une période qui commence dès le premier contact entre les négociateurs jusqu'à la conclusion du contrat définitif. Ensuite les mesures préparatoires à la conclusion du contrat, visant la solution classique ou la responsabilité précontractuelle sert à couvrir la carence d'un principe général de responsabilité délictuelle. Enfin les " rapports d'affaires similaires" qui laissent la porte ouverte à l'intervention jurisprudentielle dans des situations imprévues par cet article.

Ce rapport d'obligation les parties dans ces trois situations à protéger, selon le deuxième alinéa de l'article 241, réciproquement les droits et les intérêts de l'autre. Des obligations que la jurisprudence a dégagées du principe de la bonne foi.

Donc, le nouveau droit civil allemand n'a ainsi apporté rien de nouveau dans ce contexte, il a consacré les solutions jurisprudentielles déjà appliquées.

Après avoir déterminé les conditions d'applications de la responsabilité précontractuelle on se demande quelle est la nature de cette responsabilité après la réforme ? Conserve-t-elle sa nature contractuelle ?

---

<sup>1489</sup>-W.T. Shneider, "La codification d'institutions précontractuelles"; in Aspects de Droit allemand, le nouveau Droit allemand des obligations, L'impact de la réforme dans les relations franco- allemands du 31 mai 2002, RIDC, n°4, 2002, p. 959 et s. V. aussi, A. Belhadj Larbi, Le cadre juridique de la période précontractuelle à la lumière du droit civil comparé" Etude comparative", op, cit, p. 1162.

<sup>1490</sup>- l'article 311 dispose : " rapports d'obligations contractuels et quasi- contractuels :

-la création ou la modification d'un rapport d'obligation suppose l'existence d'un contrat entre les parties, à moins que la loi n'en dispose autrement.

- un rapport d'obligation générateur d'obligations prévues à l'art. 241 naît aussi :

De l'engagement de pourparlers, de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un Contrat par laquelle l'une des parties accorde à l'autre la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et intérêts ou les lui confie, ou , de rapports d'affaires similaires.

<sup>1491</sup>- L'article 241 dispose : obligations issues du rapport d'obligations :

- En vertu du rapport d'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut également consister à une abstention.

- Le rapport d'obligation peut, de par son contenu, obliger chaque partie à respecter les droits, les biens et les intérêts de l'autre".

Certains auteurs éprouvaient avant la réforme des doutes sur la nature contractuelle de cette responsabilité et revendiquaient sa nature particulière<sup>1492</sup>. Pourtant après la réforme de 2002 qui a confirmé explicitement cette nature, elle a été unanimement acceptée par la doctrine.

Ainsi M. Pedamon qui supportait le concept de la nature particulière de la responsabilité précontractuelle, affirme après la réforme, que " les effets de la responsabilité précontractuelle sont calqués, eux aussi sur ceux de la responsabilité contractuelle<sup>1493</sup>. En effet le non respect des obligations stipulées dans le 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 241 du BGB constitue " une violation contractuelle, une notion clef du nouveau système de responsabilité".<sup>1494</sup>

### **-En droit français :**

La doctrine française a connu beaucoup de théories qui ont proposés l'application de la responsabilité contractuelle à la phase précontractuelle. Multiples sont les théories qui ont qualifié la responsabilité précontractuelle de contractuelle, la plus évidente est celle de la culpa in contrahendo qui a fait couler beaucoup d'encre en droit français.<sup>1495</sup>

Des auteurs, comme par exemple, Saleilles<sup>1496</sup> et Demogue<sup>1497</sup>, ont adhéré à la théorie d'Ihering. Ils ont conçu la formation d'un avant contrat tacite entre les négociateurs dès leur premier contact, ces auteurs cherchaient à justifier la jurisprudence sanctionnant la rupture abusive des pourparlers.<sup>1498</sup>

M. Demolombe<sup>1499</sup> s'est référé à cette théorie pour justifier l'obligation du maintien de l'offre après son émission. Il a estimé que cette obligation résultait d'un avant-contrat tacite entre l'offrant et le destinataire. Il a donc conclu que la relation entre les deux parties de l'offre est de nature contractuelle régie par l'avant- contrat tacite.

La théorie de culpa in contrahendo a été largement critiquée en droit français, qui s'est opposé à toute application de la responsabilité contractuelle durant la phase précontractuelle en l'absence de contrats préparatoires.<sup>1500</sup>

---

<sup>1492</sup> - B. De Coninck, " Le Droit commun de la rupture des négociations précontractuelles" in, le processus de formation du contrat, sous la direction de M. Fontaine 2002, LGDJ, p.54.

<sup>1493</sup> - M. Pedamon, op.cit., p. 36.

<sup>1494</sup> - W.T. Schneider, "La codification d'institutions prétoriennes", op. cit., p. 961.

<sup>1495</sup> - C. Aubry et C. Rau, Cours de Droit civil: les obligations, tome IV, 6<sup>ème</sup> éd., éd. technique 1975, p. 473 et p. 483.

<sup>1496</sup> - R. Saleilles, De la responsabilité précontractuelle, RTDC, 1907. Cité par R. Monzer.

<sup>1497</sup> - Demogue, Traité des obligations, T. VI, Paris, éd. Librairie Arthur Rousseau, 1931, p. 168.

<sup>1498</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 127.

<sup>1499</sup> - Demolombe, Cours de Code Napoleon, tome XXIV, n°63 et s.

<sup>1500</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 128.

Le reproche le plus important à la théorie de la culpa in contrahendo reposait, bien évidemment, sur la nature contractuelle de la responsabilité contractuelle et l'auto formation du contrat tacite dès le premier contact entre les négociateurs.<sup>1501</sup>

En effet, les négociateurs n'ont pas besoin d'introduire un avant contrat dans leur relation contractuelle, plutôt l'approfondissement du lien de confiance entre eux, s'avère suffisant dans la conduite des pourparlers contractuelles, il est illusoire de prétendre que le rapprochement entre les négociateurs a créé un contrat tacite entre eux, puisque ce contrat n'a qu'un seul rôle, c'est d'engendrer la responsabilité contractuelle<sup>1502</sup>. D'ailleurs rien ne justifie l'existence de ce contrat en cas de l'échec des négociations.<sup>1503</sup>

Ainsi le recours à une telle formation automatique d'un contrat lors du déclenchement des négociations s'oppose au principe de base de l'autonomie de la volonté. Donc un accord de volonté est nécessaire pour la formation d'un contrat, il ne peut pas être présumé, de façon à obliger les parties à accepter un contrat qu'elles n'ont jamais voulu.<sup>1504</sup>

Parmi les auteurs qui ont proposé l'application partielle de la responsabilité contractuelle on trouve J. Carbonnier qui a proposé l'application de la responsabilité contractuelle aux fautes précontractuelles lorsque le contrat présumé sera finalement conclu. Ainsi si le contrat définitif est conclu, la responsabilité précontractuelle sera contractuelle si non on aura recours à la responsabilité délictuelle pour sanctionner la faute précontractuelle.<sup>1505</sup>

M. Huet a confirmé cette théorie, en considérant que le contrat est apte "à prendre en charge le passé". " Comme étant un projet d'avenir, le contrat constitue en même temps une synthèse de passé<sup>1506</sup> . Cette théorie a été rejetée puisqu'il est inconvenable de faire dépendre la nature de la responsabilité précontractuelle du résultat de la négociation.<sup>1507</sup>

Labbé a constaté que le fait d'entrer en négociation peut créer une situation particulière entre les parties, qui ne peuvent pas rester dans leur relation comme des tiers, mais ils sont tenus d'obligations résultant de leur propre volonté et non pas de la loi. Ainsi, chaque partie qui rentre en relation avec une autre afin de conclure un contrat, est tenu d'une obligation de bonne conduite des négociations jusqu'à leur fin. Toute rupture des négociations ou

---

<sup>1501</sup>-H. et L. Maseud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1, 6<sup>ème</sup> éd., libr. Montchrestien 1965, n°116 et s.

<sup>1502</sup> - Ph. LeTouneau, *op. cit.*, p. 481 et s.

<sup>1503</sup> - B. Lassale, *op. cit.*, 848.

<sup>1504</sup> - R. Monzer, *op. cit.*, p. 128.

<sup>1505</sup> - J. Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, T. III, 20<sup>ème</sup>, éd. PUF. 1996, p.72.

<sup>1506</sup> - J. Huet, *La responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, thèse, Paris II, 1978, n°243.

<sup>1507</sup> - G. Durry, *RTD Civ* 1976, 549.

inexécution du contrat projeté, produit une responsabilité de nature contractuelle revenant à une obligation précontractuelle commutative fondée sur la bonne foi et la confiance qui doit retenir dans toutes les étapes de formation du contrat.<sup>1508</sup>

Fabre Magnan a envisagé l'application de la responsabilité contractuelle à la phase précontractuelle dès lorsque le manquement à l'obligation d'information a une incidence sur l'exécution du contrat convenu.<sup>1509</sup>

Par contre si le manquement à cette obligation n'a d'incidence que sur le consentement, la responsabilité précontractuelle sera, selon elle de nature délictuelle.

Si cette théorie est envisageable théoriquement, son application paraît très difficile en pratique.<sup>1510</sup>

En effet, les fautes précontractuelles font normalement obstacle à la formation du contrat définitif. Il serait donc délicat d'imaginer la formation du contrat projeté pour déterminer si ces fautes auront des effets sur le consentement présumé des parties.<sup>1511</sup>

Quant à la jurisprudence française, elle a manifesté une claire volonté d'imposer une norme générale de comportement durant toutes les phases de la vie du contrat. Ce principe général de bonne foi en droit des contrats, et plus spécifiquement durant la phase précontractuelle, exige une obligation de se conformer, en toute situation, à un impératif social et entraîne une appréciation de la conduite des parties. Le manquement à ce principe général, à la norme de conduite qu'il établit, et aux intérêts du partenaire qu'il garantit, constitue une cause de responsabilité, une faute sanctionnable. Le droit français, en rejetant la théorie de Ihering a dénié toute application de la responsabilité contractuelle aux fautes précontractuelles.

## **B/ l'existence d'un avant- contrat :**

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle suppose, conformément aux règles générales, la preuve de l'existence d'un contrat et celle de son inexécution.

---

<sup>1508</sup> - H. Abdallah, Le régime juridique de la phase précontractuelle- étude comparée, éd., SADER, Liban, 2004, p. 165.

<sup>1509</sup> -M. Fabre- Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai de théorie, LGDJ, n°281 et s, 453 et s, p. 228 et s.

<sup>1510</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 129.

<sup>1511</sup> -P. Mousseron, " Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle", RTD Com, 51, 1998, p. 250.

En revanche, la négociation d'un contrat peut donner lieu à la passation d'avants contrats (1), destinés à préparer l'accord définitif au moyen de la création d'obligations spécifiques<sup>1512</sup>, l'inexécution de tels contrats préparatoires (2) est évidemment, sanctionnée par la responsabilité contractuelle.

### **1- moyens de preuve de l'avant-contrat :**

L'existence d'un avant contrat est plus ou moins difficile à admettre selon les moyens de preuve exigés. Si l'on admet la nature contractuelle de ces conventions, on devait exiger que la preuve de leur existence fût apportée par écrit, conformément à l'article 333 du code civil et à l'article 1341 du code civil français. Or, les manifestations de volonté auxquelles donne lieu la période précontractuelle sont souvent peu formalisées.<sup>1513</sup>

En effet, la jurisprudence a apporté des assouplissements à l'exigence de la preuve écrite des actes juridiques qui présentent un intérêt particulier à propos des avant-contrats.<sup>1514</sup>

D'ailleurs on présente souvent les avant-contrats comme des contrats préparatoires à la conclusion du contrat organisant l'opération économique que les parties, ont en vue. Cette présentation est cependant trop distendue et imprécise car il y a des contrats préparatoires qui se destinent à l'organisation de la négociation susceptible d'aboutir à la conclusion d'un contrat.<sup>1515</sup>

D'après la conception classique, l'avant contrat est la convention par laquelle au moins une des parties s'engage à conclure à des conditions déterminées le contrat projeté. M. Demogue l'a défini comme : " l'engagement synallagmatique d'organiser la perfection du contrat principal lorsque seraient réunies les conditions d'existence, de validité ou de perfection du contrat définitif, conditions imposées par la loi ou voulues par les parties aux termes de l'avant contrat, étant bien entendue que le contrat principal doit respecter les clauses déjà arrêtées dans l'avant-contrat".<sup>1516</sup>

Ainsi l'avant-contrat, au sens classique du terme, regroupe les accords préliminaires et les conventions qui ont directement pour objet la formation du contrat définitif dont ils

---

<sup>1512</sup>- J. Schmidt- Szalewski, La période précontractuelle en Droit français, in *Revue Internationale de Droit comparé*, vol. 42 n°02, Avril-juin 1990, p.555.

<sup>1513</sup>- Ibid.

<sup>1514</sup>- J. Schmidt, op. cit., p. 555.

<sup>1515</sup>- J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Marie Serinet, op. cit., p. 572.

<sup>1516</sup>- R. Demogue, "Des Droits éventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance", *RTD civ*, 1905, p.723.



constituent une étape<sup>1517</sup>. Il est concrétisé par les deux formes unilatérales et synallagmatiques de promesses du contrat.<sup>1518</sup>

Cette définition classique des avant-contrats a évolué avec le temps, suite à la complexité et la longueur des négociations des contrats contemporains.

Cependant, d'après la nouvelle vision, l'avant-contrat ne se limite plus aux simples promesses de contrat. Sa conception s'est élargie afin d'englober toute convention qui entre dans le champ du contrat négocié<sup>1519</sup>, et qui prépare sa conclusion<sup>1520</sup>. M. Carbonnier a ainsi affirmé que "la notion recouvre tantôt des accords préliminaires conclus au cours des pourparlers, tantôt de véritables contrats autonomes, mais sur lesquels des contrats ultérieurs doivent venir s'articuler"<sup>1521</sup>. Cela comprend les contrats de pourparlers, les contrats qui organisent la négociation, et tous les contrats préliminaires qu'ils soient définitifs ou éventuels, obligatoires ou provisoires, d'où la définition de J.M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy : " la police d'avant-contrat peut précéder toutes sortes d'opérations... Il en va de même des formes contractuelles de pourparlers, de contrats préalables qui peuvent précéder la conclusion d'accords de toutes sortes, voire même s'unir avec eux- même...".<sup>1522</sup>

Ainsi que celle proposée tout récemment par P. Malaurie, L. Aynes et P. Stoffel- Munck" : les avant-contrats recouvrent des réalités diverses, qui ont pour élément commun d'être des contrats préparatoires d'un contrat final ; ils règlent des difficultés relatives à la conclusion d'un contrat définitif, ils sont provisoires et obligatoires<sup>1523</sup>. « Ils ne sont pas tous complètement soumis au régime des contrats par ce qu'ils ne se suffisent pas à eux-mêmes ». <sup>1524</sup>

La réforme opérée par les juristes français a débarrassé la théorie d'avant-contrat de son cadre classique traditionnel, en lui donnant un grand dynamisme.

---

<sup>1517</sup> - J. Ghestin, *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup>, éd. LGDJ. Paris 1988, n° 229 et s.p. 253 et s.

<sup>1518</sup> - Voir, rapports au 62<sup>e</sup> congrès des notaires de France sur la formation du contrat, l'avant-contrat, 1964, cité par R Monzer.

<sup>1519</sup> - R. Monzer, *op.cit.*, p. 172- 173.

<sup>1520</sup> - Accordé par la Cour de Cassation dans son arrêt polleval/ sandoz de 7 avril 1998, la cour d'appel a envisagé que si les parties ont organisé contractuellement leurs obligations " notamment au moyen d'une lettre d'intention et de projet de contrats ou d'avant-contrats: qu'il en résulte contrairement à ce qu'a estimé le tribunal, des obligations non pas de nature qu si délictuelle mais de nature contractuelle".

<sup>1521</sup> - J. Carbonnier, *Droit civil-Les obligations*, T. IV, 22<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 2000, n°67.

<sup>1522</sup> - J. M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, *L'avant contrat*, cité par R. Monzer, préc.

<sup>1523</sup> - Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel Munck, *Droit civil, Les obligations*, Défrénois, 2004, p. 204.

<sup>1524</sup> - D. Allag-Zennaki, *op. cit.*, p. 68.

Elle a contribué certainement à la sécurisation de la phase précontractuelle, et a encouragé les approches commerciales, en fournissant des instruments juridiques fiables aux négociateurs facilitant la fixation de leurs accords.<sup>1525</sup>

Concernant la preuve de l'avant-contrat, en principe la preuve écrite est exigée pour établir l'existence et le contenu de tout contrat, quel que soit son mode de conclusion<sup>1526</sup>, la jurisprudence française applique cette règle à la preuve du contrat explicite, mais se montre plus hésitante à propos des contrats tacites.<sup>1527</sup>

Le contrat est considéré comme tacite si le consentement n'est pas déclaré par la parole ou l'écriture, mais résulte de certains faits, actes, ou circonstances, l'existence d'un contrat est parfois déduite de ces éléments en particuliers d'actes d'exécution, de relations d'affaires de famille ou même d'amitié entre les intéressés.<sup>1528</sup>

D'une façon générale l'écrit ou ce qu'on appelle formalisme à fin de preuve, résulte essentiellement de l'article 333 du code civil qui prévoit que " la preuve d'un acte juridique ou celle de l'extinction de l'obligation ne peut être faite par témoin si sa valeur est supérieure à 100.000.00 dinars ou est indéterminée". « Cette règle<sup>1529</sup> est logique et s'applique par la sécurité juridique qu'elle offre, encore faut il que l'acte sous seing privé soit signé, daté et que les engagements des contractants y soient consignés, la forme écrite offrant un minimum de sécurité en empêchant le contractant malhonnête de se contredire ». <sup>1530</sup>

Un document quelconque peut donc servir de preuve de l'existence d'un avant-contrat, dès lorsqu'il exprime de manière suffisamment claire l'intention d'être lié par une obligation précise. Le principal problème est, dès lors, d'interpréter l'intention des parties exprimée dans un tel document. La solution est souvent délicate, en raison de l'imprécision des manifestations de volonté émises pendant les pourparlers<sup>1531</sup>, en particulier, ces échanges préliminaires sont parfois matérialisés par des "lettres d'intentions", documents envisageant de manière plus ou moins vague la conclusion d'un contrat futur<sup>1532</sup>. La valeur juridique de telles

---

<sup>1525</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 174.

<sup>1526</sup> - J. Schmidt, op. cit., p. 556.

<sup>1527</sup> - P. Godé, Volonté et manifestations tacites, 1971, p. 25 et s.

<sup>1528</sup> - J. Schmidt, préc.

<sup>1529</sup> - C.S.Ch. Com et Mar .07/07/1990, Dossier n°84034, Revue judiciaire n° 3, 1993, p. 164.

<sup>1530</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 223.

<sup>1531</sup> - J. Schmidt, op. cit., p. 557.

<sup>1532</sup> - M. Fontaine, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », Rev. Droit et Prat. du Comm. Int. 1977, p. 109 et s.

lettres varie en fonction des expressions employés et du contenu de l'ensemble du document<sup>1533</sup>.

Le facteur le plus probant est, sans doute, le degré de précision quant aux éléments du contrat projeté et le degré de fermeté de la volonté exprimée. L'expression "avoir l'intention de s'engager", équivaut à "prendre l'engagement", dès lors que le contenu de l'engagement est clair et précis<sup>1534</sup>. Dans le domaine des relations financières, par exemple : "les lettres de confort", adressées par une société-mère à la banque de sa filiale sont généralement interprétées comme constituant un avant-contrat de garantie au profit du destinataire.<sup>1535</sup>

Mais la lettre de confort ne se confond pas avec la lettre d'intention<sup>1536</sup>. La jurisprudence admet également la présence d'un engagement contractuel dans le cas, plus discutable, où une personne a exprimé sa volonté de s'engager "moralement"<sup>1537</sup>, un engagement d'honneur" revêt, ainsi, une force obligatoire dès lors qu'il est formulé en termes clairs et précis<sup>1538</sup>, un engagement juridique peut également résulter de la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile.<sup>1539</sup>

Les prestations de services gratuits, longtemps maintenues par la jurisprudence en dehors du domaine contractuel, sont aujourd'hui qualifiées de contrats.<sup>1540</sup>

En dehors de ces questions, le formalisme afin de preuve se manifeste fréquemment dans les dispositions du code civil, il en va ainsi en matière de cautionnement ou l'article 645 du code civil prévoit qu'il "ne peut être constaté que par écrit".

Ce formalisme est également souvent exigé par des textes spéciaux comme par exemple en matière de cession de brevets<sup>1541</sup>, et des droits patrimoniaux.<sup>1542</sup>

Ce formalisme afin de preuve ne doit pas impérativement résulter d'un écrit sur support papier, comme cela ressort d'ailleurs de l'article 323 bis du code civil qui prévoit que " la preuve écrite résulte d'une suite de lettres ou de caractères ou de chiffres ou de tout autre signe ou symbole doté d'une signification intelligible, quelque soient leurs supports et leurs modalités de transition".

---

<sup>1533</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 63 et 64.

<sup>1534</sup> - J. Schmidt, préc.

<sup>1535</sup> - M. Vasseur, Droit et économie bancaires, 2<sup>e</sup>, éd. 1979- 1980, T03, p. 1029.

<sup>1536</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 62.

<sup>1537</sup> - B. Oppetit « L'engagement d'honneur », D. 1979, chr. p. 107 et s. ; D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 65.

<sup>1538</sup> - Cass.Com., 23 dec. 1968, Bull. civ. IV, n°374.

<sup>1539</sup> - Cass. Soc, 9 nov. 1978, Bull. Civ. V, n°753.

<sup>1540</sup> - Cass. Civ, 1<sup>re</sup> 1 dec. 1969, D. 1970, 422, note Puech.

<sup>1541</sup> - Art. 36 de l'Ordonnance n°03-07 du 19/07/2003 relative aux brevets d'invention.

<sup>1542</sup> - Art. 62, al. 1 et 8 de l'Ordonnance 03-05 du 19/07/2003 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins.

L'article 323 ter précise que l'écrit sous forme électronique est admis en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier..."

## **2- l'inexécution de l'avant contrat :**

L'inexécution d'un avant-contrat constitue une faute contractuelle qui doit être recherchée conformément aux principes généraux de la responsabilité contractuelle. Sa preuve implique la comparaison entre le comportement effectif du débiteur et le contenu de son obligation<sup>1543</sup>. Or, les obligations créées par un avant-contrat varient selon qu'il envisage la négociation du contrat définitif, ou la conclusion de celui-ci.

Pour faciliter le déroulement des pourparlers, les parties peuvent conclure des contrats de négociation, ces contrats ou avant-contrats constituent des accords préparatoires et temporaires qui ont pour objet d'organiser la période des négociations et de préciser le contenu des obligations que les contractants acceptent de s'imposer pour parvenir plus sûrement à la conclusion du contrat<sup>1544</sup>. Lorsqu'ils concluent des accords préliminaires relatifs à la négociation, les partenaires ont l'obligation de négocier et de poursuivre les négociations de bonne foi<sup>1545</sup>, c'est l'obligation essentielle de ce type de contrats, mais elle n'est que de moyen, dans le sens où elle n'oblige pas à conclure le contrat projeté. Elle a pour rôle d'imposer aux parties une attitude active et constructive dans les négociations<sup>1546</sup>. L'accord de négociation n'oblige pas en revanche, à conclure effectivement le contrat envisagé. S'il paraît impossible de parvenir à un accord sur les conditions du contrat définitif, les parties peuvent rompre sans indemnité, dès lorsque l'obligation de bonne foi a été respectée.<sup>1547</sup>

Tout d'abord, il est évident que le fait pour l'une des parties de ne pas entamer la négociation alors que l'initiative lui en appartenait ou de ne pas répondre à l'initiative de l'autre, constitue une faute qui engage la responsabilité de celui qui la commet pour violation du contrat de

---

<sup>1543</sup> - J. Schmidt, op. cit., p. 559.

<sup>1544</sup> - S. Radu, op. cit., p. 301.

<sup>1545</sup> - P. Jourdain, " rapport français" in Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi, T.X. L.III, Litec, Paris, 1994, p. 128 ; D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 76.

<sup>1546</sup> - Cass. Civ, 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1968, Bull. civ, I. n°419 ; Le refus de poursuivre la discussion d'un projet de société constitue une faute.

<sup>1547</sup> - J. Schmidt, op. cit., p. 560.

négociation<sup>1548</sup>. Ensuite une partie peut reprocher à son partenaire d'avoir fait échouer les négociations.

La partie qui se prétend victime de l'échec de la négociation doit d'abord établir une faute à l'encontre de son partenaire<sup>1549</sup>. Le demandeur devra donc établir que l'échec des négociations est du à la mauvaise volonté de son partenaire. En somme, c'est toujours la mauvaise foi qui sera le critère de la faute.

En dernière analyse, c'est le juge ou l'arbitre saisi qui devra apprécier si l'attitude reproché au partenaire constitue bien ou non une faute en s'appuyant sur le critère du bon père de famille<sup>1550</sup>. Pour se décider, le juge ou l'arbitre devra avoir une bonne connaissance des pratiques professionnelles propres à une branche d'activité, c'est seulement alors qu'il aura l'aptitude de dire si les conditions mises pour contracter par l'une des parties étaient raisonnables ou non.<sup>1551</sup>

Le plus sur moyen de favoriser la conclusion du contrat définitif consiste à fixer, dans un contrat préparatoire, le consentement au contrat futur envisagé selon que l'une des parties ou toutes les parties donnent leur consentement au contrat définitif, il s'agit soit d'une promesse unilatérale de contrat, soit d'une promesse synallagmatique.<sup>1552</sup>

La méconnaissance des effets de la promesse de contrat peut être consommée dans le cadre d'une promesse synallagmatique comme unilatérale.<sup>1553</sup>

La faute le plus souvent reprochée au promettant consiste à avoir conclu le contrat envisagé avec un autre que le bénéficiaire de la promesse, mais peut aussi consister, tout simplement, dans le retrait de son offre.<sup>1554</sup>

« Le retrait de la promesse avant la levée de l'option régulière, c'est-à-dire quand celle-ci intervient dans le délai et dans les formes éventuellement prévues dans la promesse, empêche la conclusion du contrat et libère le promettant ; le retrait de la promesse par le promettant manifeste sa volonté de ne plus conclure avec le bénéficiaire ». <sup>1555</sup>

---

<sup>1548</sup> - Gareil-Sutter, Période précontractuelle, effets, op.cit., p. 14.

<sup>1549</sup> - Ibid.

<sup>1550</sup> - J. Cedras, L'obligation de négocier ; RTD Com, 1985, p. 27, n° 16.

<sup>1551</sup> - Gareil-Sutter, op. cit., p. 14.

<sup>1552</sup> - J. Schmidt, op. cit., p. 563.

<sup>1553</sup> - Gareil-Sutter, Période précontractuelle, effets, op.cit., p. 15.

<sup>1554</sup> - J. Schmidt, préc.

<sup>1555</sup> - D. Zennaki, op. cit., p. 95.

« Si, au contraire, le promettant retire son offre avant le délai imparti, ou s'il conclut le contrat projeté avec une autre personne que le bénéficiaire de la promesse il commet une faute ».<sup>1556</sup>

La conclusion du contrat avec un tiers est une faute même si ce contrat n'est pas identique à celui envisagé dans la promesse, dès lors que son existence diminue l'avantage économique attendu par le bénéficiaire de la conclusion du contrat projeté.<sup>1557</sup> Il a été jugé par exemple, qu'une constitution d'hypothèque sur l'immeuble objet d'une promesse de vente constituait une violation de celle-ci, car " le droit de propriété, transmis à la levée de l'option, se trouve réduit", bien que la conclusion du contrat projeté demeure possible (un immeuble hypothéqué peut être vendu).<sup>1558</sup>

Le contrat de préférence est un cas particulier d'accord de négociation. Cet avant contrat représente une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions<sup>1559</sup>. L'inexécution du contrat de préférence constitue une faute qui engage la responsabilité du promettant. « Selon la jurisprudence française, le bénéficiaire d'un accord de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec le tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à ce dernier, à condition d'établir que le tiers a eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence de l'accord de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ».<sup>1560</sup>

« Le législateur algérien n'a pas prévu de solution à cette situation, mais le bénéficiaire de l'accord de préférence devait pouvoir obtenir l'annulation du contrat conclu en fraude de son droit ». En dehors de l'hypothèse de la complicité du tiers à la fraude, la violation de l'accord de préférence par le débiteur donne droit seulement à l'allocation de dommages-intérêts.<sup>1561</sup>

---

<sup>1556</sup> - Ibid, p. 95.

<sup>1557</sup> - J. Schmidt, op.cit, p. 563.

<sup>1558</sup> - Cass. Civ, 10 avr. 1948, D. 1948, 421, note Lendon ; JCP., 1948, II.4403, note E. Becque.

<sup>1559</sup> - D.Allag-Zennaki, op., cit. p. 77et s. ; F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, 1988, n°86.

<sup>1560</sup> - D. Allag-Zennaki, op, cit, p. 80.

<sup>1561</sup> - Ibid. p. 81.

## **Paragraphe 02 : Critères de qualification de la faute précontractuelle.**

Le débat entre la liberté de négociation et la préservation de la sécurité juridique des pourparlers se projette sur l'identification de la faute précontractuelle. Ainsi l'admission de la responsabilité risque de tenir en échec le principe de la liberté qui admire les relations précontractuelles, donc il est nécessaire d'être plus vigilant pour la qualification des comportements fautifs, en se référant à deux sortes de critères de qualifications : l'intention de nuire (A) et la gravité de la faute (B).

### **A/ L'intention de nuire :**

Est considérée comme fautive la rupture de la négociation faite par mauvaise foi ou avec une intention de nuire à son partenaire.

Cette faute peut prendre plusieurs formes. Elle peut par exemple, consister à donner confiance à son partenaire pour la conclusion d'un contrat alors qu'il n'en est rien<sup>1562</sup>, ou consister à lancer à la légère une invitation à entrer en pourparlers<sup>1563</sup>, négocier sans réelle intention de contracter mais dans le seul but d'empêcher le partenaire de conclure un contrat avec un autre, ou afin d'accorder à des secrets ou d'information confidentielles<sup>1564</sup>, ou plus simplement encore, afin de continuer de profiter d'une situation favorable<sup>1565</sup>.

Cette vocation a été celle de tous les régimes juridiques nationaux et internationaux.

En effet, il est unanimement admis en droit français que « la mauvaise foi et, à fortiori, l'intention de nuire, au cours des pourparlers sont sources de responsabilité<sup>1566</sup>. La commun Law sanctionne aussi la rupture de mauvaise foi des négociations<sup>1567</sup>. La doctrine algérienne va dans le même sens ; et l'article 124 du code civil, de par sa généralité, étant l'instrument idéal au traitement des fautes dommageables commises pendant les négociations<sup>1568</sup>.

---

<sup>1562</sup>- C.A., Paris, 10 mars 2000, JCP. E, n°10,8 mars 2001, p. 442, note F. Violet. « Elle a été par la cour d'appel de Paris : « La mauvaise foi consiste à mettre fin, dans des conditions dommageables, aux pourparlers après avoir fait croire à un partenaire que l'on allait conclure le contrat ». C.A. Paris, 16 nov. 1998, juris-Data, n°26-630.

<sup>1563</sup>- Cass. Civ., 12 avr. 1976, Bull. Civ., I, n°122, p. 92.

<sup>1564</sup>- Cass. Com., 3 oct. 1978, Bull. Civ. IV, n°208, p. 176, D. 1980 note J. Schmidt.

<sup>1565</sup>- Cass. Com., 22 fév. 1994, Bull. Civ. IV, n°72, RTD civ., 1994, p. 850, obs. J. Mestre.

<sup>1566</sup>- R. Monzer, op.cit. p. 351.

<sup>1567</sup>- Ibidem.

<sup>1568</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 49.

Cette vocation des droits nationaux a été suivie par les principes internationaux de droits des contrats. Les principes ont prévu dans la deuxième et le troisième alinéa de l'article 2.15 que :  
2<sup>e</sup> alinéa : Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi, est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.

3<sup>e</sup> alinéa : Est notamment de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord.

La mauvaise foi consiste en particulier, à engager des pourparlers sans avoir l'intention sérieuse de contracter ou à prolonger la négociation alors que l'on n'a plus l'intention de conclure ou de rompre sans raison légitime, brutalement ou unilatéralement des pourparlers<sup>1569</sup>.

Pour J. Ghestin la mauvaise foi consistera à mettre fin, dans les conditions dommageables après avoir fait croire à son partenaire que l'on allait conclure le contrat<sup>1570</sup>.

En somme, on peut dire qu'il y a faute précontractuelle lorsqu'il a une création d'une fausse apparence de nature à tromper la confiance légitime de l'autre partie, plus les pourparlers atteignent un stade avancé plus la mauvaise foi est facile à prouver, en raison de l'évidence de la violation de l'obligation de bonne foi et par le fait que la confiance de l'autre partie aura de plus en plus un caractère légitime<sup>1571</sup>.

« Pourtant, il est tenant, s'agissant des négociations, période en principe marquée par la liberté des négociations, de ne retenir que la faute intentionnelle »<sup>1572</sup>, allant ainsi dans le sens des prescriptions de l'article 86 du code civil relatif au dol.

En cas des négociations organisées, lorsque le négociateur refuse d'une façon délibérée d'exécuter ses obligations, il ne paraît pas douteux que sa faute est dolosive.

La faute dolosive doit être appréciée in concerto, c'est-à-dire qu'il faut rechercher l'état d'esprit du débiteur pour déterminer si sa faute constitue un dol<sup>1573</sup>.

Le dol dans l'exécution d'une obligation contractuelle suppose la mauvaise foi, laquelle ne sera prouvée que par une recherche psychologique à travers les indices apparents. En effet, dans une telle situation, le débiteur sait qu'il nuit au créancier, et il l'accepte, ce dont il résulte qu'il veut le dommage qu'il cause au créancier<sup>1574</sup>. Lorsque le débiteur s'est rendu coupable

---

<sup>1569</sup> - <https://Jurismaroc.Vrai.faurum.com/t422-la-faute-précontractuelle.htm>.

<sup>1570</sup> - J. Ghestin. G. Loiseau, Y. M. Serinet, op.cit., p. 537.

<sup>1571</sup> - Jurismaroc, site int .prèc.

<sup>1572</sup> - D.Allag- Zennaki, op. cit., p. 50.

<sup>1573</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 278.

<sup>1574</sup> - Ibidem.



d'une telle faute, il ne peut pas invoquer une éventuelle clause de non responsabilité ou une clause limitative de responsabilité<sup>1575</sup>.

De même la faute dolosive, oblige le débiteur à la réparation de tout le dommage subi par le créancier et non pas seulement le dommage prévisible<sup>1576</sup>. Donc lorsqu'on parle de l'intention de nuire, celle-ci s'applique non seulement à l'acte mais à ses conséquences dommageables. Ce n'est pas seulement l'acte qui doit ainsi être voulu ; sinon la notion de faute intentionnelle se confondrait avec celle d'acte volontaire. Il faut que le dommage lui-même ait été voulu<sup>1577</sup>. Quant à l'évaluation des dommages, s'il est vrai que le caractère intentionnel de la faute peut pousser en fait le juge à se montrer plus sévère pour le responsable et plus large dans l'indemnisation, on ne saurait poser cette tendance en principe, les réparations devant toujours se modeler sur le dommage<sup>1578</sup>.

La conception la plus simple, est celle qui identifie l'intention au désir du dommage ; la réalisation de ce dernier doit avoir été le mobile ou tout ou moins l'un des mobiles de l'attitude du responsable<sup>1579</sup>.

Mais une autre conception a été proposée, par exemple, en Allemagne, par Von Litz et en Angleterre par Austin<sup>1580</sup>. D'après cette doctrine, développée surtout en matière de droit pénale, et connue sous le nom de « théorie de la représentation », il suffirait pour qu'il y ait intention dommageable que l'agent au moment de l'acte se soit représenté les conséquences dommageables qui en résulteront et qu'il ait agi quand même. D'après Austin, il suffirait même qu'il y ait eu croyance à la possibilité du résultat<sup>1581</sup>.

Cette théorie a été assez généralement critiquée par référence à la tradition historique, aux notions de dol et de malignité. Cependant elle paraît contenir une part importante de vérité, et elle a été admise par une partie de la doctrine française<sup>1582</sup>.

En effet celui qui agit avec la certitude du dommage a bien l'intention de le produire, même s'il ne le désire pas à proprement parler. La frontière entre la faute intentionnelle et la faute

---

<sup>1575</sup> - V. art. 178 al. 2 du code civil.

<sup>1576</sup> - V. art. 182 al. 3 du code civil.

<sup>1577</sup> - G. Marty, P. Raynaud, préc.

<sup>1578</sup> - Legal, De la négligence et l'imprudence sources de la responsabilité civile délictuelle, thèse Paris 1922 cité par G. Marty et P. Raynaud.

<sup>1579</sup> - G. Marty, P. Raynaud, préc.

<sup>1580</sup> - V. l'analyse de leurs opinions par Legal, op. cit, p. 55 et s.

<sup>1581</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op. cit, p. 530.

<sup>1582</sup> - V. notamment, G. Brieve, La faute intentionnelle à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle, D. 1973, chron. p. 259.

non intentionnelle, plus ou moins lourde se situe au moment où la certitude du dommage comme conséquence de l'acte fait place à la simple probabilité ou possibilité<sup>1583</sup>.

On peut, de prime abord, concevoir la faute intentionnelle ou dolosive en matière contractuelle comme en matière délictuelle ; il s'agira ainsi sinon d'un acte animé par l'intention de causer le dommage, ou du moins accompli avec la conscience qu'il causerait nécessairement celui-ci<sup>1584</sup>.

Alors, le caractère intentionnel ou dolosif de la faute peut avoir pour effet d'étendre l'obligation de réparation du débiteur contractuel<sup>1585</sup>.

## **B/ La gravité de la faute :**

Parmi les catégories de faute, il existe la faute lourde ou grave et la faute légère. Donc pour qualifier un fait quelconque, émanant d'un des futurs contractants au cours des négociations, comme une faute, on pose la question de savoir si un certain degré de gravité ne devait pas être requis de la faute précontractuelle.

Bien que plusieurs études lui aient été consacrées et que la Cour de Cassation française ait eu fréquemment l'occasion d'intervenir pour en cerner les contours, « la faute lourde » apparaît aujourd'hui encore comme une notion confuse et mal définie<sup>1586</sup>. L'examen de la jurisprudence révèle en effet une diversité de critères utilisés pour décider de son existence.

Alors que certaines arrêts mettent principalement l'accent sur le caractère plus ou moins répréhensible du comportement reproché au défendeur, d'autres tiennent plutôt compte de la gravité objective des conséquences de ce comportement.

La faute lourde y est d'ailleurs souvent définie en matière contractuelle comme « la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée<sup>1587</sup> ».

Les juges constatent fréquemment le manque d'expérience, d'habileté ou de compétence révélé par le comportement du défendeur<sup>1588</sup> et révèlent même parfois sa sottise ou sa

---

<sup>1583</sup> - G. Marty, P. Raynaud, préc.

<sup>1584</sup> - Legal, op. cit., p. 53.

<sup>1585</sup> - Dans ce sens, l'article 1150 du c.civ. Fr., permet de demander la réparation du dommage imprévisible en de dol du débiteur contractuel.

<sup>1586</sup> - G. Viney, P. Jourdin, les conditions de la responsabilité, op. cit. p. 565.

<sup>1587</sup> - Civ. 3e, 3avr. 1990, Bull. Civ., III, n°108, D. 1990, IR, p. 114.

<sup>1588</sup> - Com., 13nov.1990, Bull. transp., 1991, p. 98.

stupidité<sup>1589</sup>. Il en résulte dans tous ces cas une appréciation très circonstanciée de la conduite de l'auteur afin de la comparer à celle qu'il aurait dû avoir.

Pour justifier leur appréciation sur la gravité de l'écart de conduite, certaines décisions font état notamment des moyens dont disposait le responsable de la faute pour remplir l'obligation ou satisfaire le devoir auquel il a manqué. Les juges cherchent si, en fonction de ces moyens, l'exécution était facile, auquel cas la faute est aisément qualifiée de « lourde », ou si elle était ardue et aléatoire, auquel cas cette qualification est généralement écarté<sup>1590</sup>. Cette méthode peut évidemment tout aussi bien convenir à l'appréciation de la gravité de la faute délictuelle que pour celle de la faute contractuelle ; elle est d'ailleurs indifféremment utilisée ici et là. Tout au plus, peut-on remarquer qu'elle est très souvent invoquée dans le domaine des responsabilités professionnelles qui sont, pour la plupart, qualifiées de contractuelles.

En effet, le professionnel, en raison de sa spécialisation et les moyens matériels dont il dispose, est normalement bien placé pour exécuter l'obligation qu'il a assumée dans l'exercice de son activité professionnelle. On sera donc plus exigeant à son égard que vis-à-vis d'un non professionnel et la faute qui pour ce dernier, serait vénielle, sera plus facilement considérée comme faute « lourde » si elle est commise par un spécialiste<sup>1591</sup>. Donc l'activité professionnelle représente aujourd'hui un facteur d'élévation de la diligence due et d'aggravation de la faute commise<sup>1592</sup>.

La considération de la profession permet d'ailleurs d'objectiver la prise en compte des indices d'aggravation de la faute tiré des moyens techniques dont dispose le défendeur. On ne s'attachera pas en effet aux compétences et moyens techniques dont il disposait effectivement, mais de ceux dont il devrait disposer en sa qualité de professionnel<sup>1593</sup>.

D'ailleurs si la profession est bien une circonstance concrète personnelle à l'agent, elle intervient comme élément de qualification objective de la faute, c'est donc in abstracto, c'est-à-dire d'après le modèle du bon professionnel compétent et bien outillé, que sera appréciée la gravité de la faute<sup>1594</sup>.

Un autre élément souvent pris en considération pour l'appréciation de la gravité de la faute tient à la connaissance ou à la conscience qu'avait ou qu'aurait due avoir le défendeur du risque qui s'est effectivement réalisé et dont il aurait due mesurer l'ampleur.

---

<sup>1589</sup> - Req., 24 avr. 1928, S. 1928, 1, p. 256.

<sup>1590</sup> - P. Voisenet, La faute lourde en droit privé français, thèse Paris, 1934.

<sup>1591</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 1978, JCP. 1979, II, n°19139, note G. Viney.

<sup>1592</sup> - Ph. LeTourneau et L. Cadet, Droit de la responsabilité, n°1662 et s. cité par G. Viney, p. 567.

<sup>1593</sup> - G. Viney, P. Jourdin, op. cit. p. 567.

<sup>1594</sup> - R. Roblot, art., préc, n°25-26.

Il fut parfois observé que la conscience de l'auteur susceptible de caractériser la faute grave était de la probabilité du dommage<sup>1595</sup>. Il est normal en effet de juger plus sévèrement une inattention, une maladresse, une légèreté quelconque lorsque l'auteur savait ou aurait du savoir qu'elle pouvait mettre en péril la vie ou certains intérêts essentiels d'autrui qui si normalement elle n'aurait pas dû avoir des conséquences graves<sup>1596</sup>. Ce critère subjectif, qui est très fréquemment utilisé en matière contractuelle<sup>1597</sup>, s'applique de façon générale à toute responsabilité<sup>1598</sup>.

La conscience des risques est appréciée *in abstracto*, en ce sens que le juge ne cherche pas au moyen d'analyses psychologiques si l'agent avait eu effectivement connaissance des risques qui se sont réalisés, mais se contente d'affirmer, au regard des circonstances qu'il aurait dû avoir cette conscience<sup>1599</sup>.

Enfin un autre indice de gravité tenant au nombre des faits reprochés au défendeur est parfois pris en compte par les juges. Il est certain en effet que la répétition d'erreurs, de maladroites, d'inattentions ou de négligences qui prises isolément, seraient vénielles, peut révéler, avec le temps un comportement gravement déficient. Il s'agit de la faute grossière ou encore d'une accumulation de plusieurs fautes qui isolément considérées, seraient des fautes ordinaires ou légères<sup>1600</sup>. Cette circonstance est alors retenue pour caractériser la faute lourde, que ce soit en matière contractuelle ou extracontractuelle<sup>1601</sup>.

En ce qui concerne le critère de gravité fondé sur les conséquences du comportement fautif du défendeur, il n'est pas rare en effet, que dans le domaine de la responsabilité contractuelle, l'existence d'une faute lourde soit justifiée non pas tant par une appréciation portée sur la conduite du défendeur, que par des constatations ayant trait, soit à l'importance de l'obligation méconnue, soit aux conséquences de l'inexécution<sup>1602</sup>. On relève d'abord, à l'appui des décisions qui admettent la faute lourde, l'affirmation que l'obligation inexécutée était

---

<sup>1595</sup>- G. Marty, P. Raynaud, op. cit. p. n° 472.

<sup>1596</sup>- G. Viney, P. Jourdin, op. cit. p. 567.

<sup>1597</sup>- A. Seriaux, La faute du transporteur, th. Aix, 1981 n°360-361.V. notamment, civ.1<sup>re</sup>, 4janv.1961, Bull. Civ., I, n°7.

<sup>1598</sup>- P. Voisenet, op. cit. p. 432.

<sup>1599</sup>- F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil- les obligations, 6<sup>e</sup>, éd. n°50.

<sup>1600</sup>- F. Naceur, op. cit. p. 279.

<sup>1601</sup>- R. Roblot, art. préc. RTDciv. , 1943, n°21, p. 19.

<sup>1602</sup>- G. Viney, P. Jourdin, Les conditions de la responsabilité, op. cit., p. 569.

« essentielle » ou « fondamentale » ou même simplement « primordiale », c'est-à-dire qu'elle occupait la première place dans les préoccupations du créancier<sup>1603</sup>.

La faute est aisément considérée comme lourde, a-t-on écrit, si elle déclenche l'inexécution d'une obligation à laquelle le créancier attachait une importance particulière<sup>1604</sup>, comme c'est le cas par exemple, en matière de transport, de la remise de la marchandise au destinataire<sup>1605</sup>, ou en ce qui concerne les fabricants et vendeurs professionnels, de l'obligation de vérifier la qualité des matériaux et la conformité des produits vendus aux besoins des utilisateurs<sup>1606</sup>.

Parfois, c'est le caractère particulièrement strict de l'obligation inexécutée qui conduit à la qualification de faute lourde, comme lorsque pesait sur le débiteur une obligation de surveillance ou de vigilance particulière<sup>1607</sup>.

Il arrive enfin que l'existence de la faute lourde soit déduite tout simplement de la constatation du résultat du comportement adopté par le défendeur, s'il est vraiment désastreux pour la victime<sup>1608</sup> ou, plus fréquemment, de la comparaison entre ce résultat et celui qui était attendu de l'exécution correcte de la convention lorsqu'il existe entre l'une et l'autre un écart tel que le contrat apparait comme « vidé de toute substance »<sup>1609</sup>. Ceci est peut-être dû à une inexécution totale<sup>1610</sup> ou à la fourniture d'une prestation tellement différente de celle qui attendait le créancier qu'elle est aussi grave pour lui, ou même pire, que l'inexécution totale<sup>1611</sup>. Dans de telles hypothèses, la Cour Suprême n'hésite pas alors à approuver la qualification de la « faute lourde » retenue par les juges du fond, alors même que ceux-ci n'auraient relevé contre le débiteur qu'une imprudence ou une négligence psychologiquement excusable, ou un simple manquement à une obligation de résultat<sup>1612</sup>.

---

<sup>1603</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv.1984, Bull. Civ., I, n°27,JCP., 1985, II. 20372, note J. Mouly, RTDciv.1984, p. 727, obs. J. Huet.

<sup>1604</sup> - P. Voisenet, op. cit., p. 440 et s.

<sup>1605</sup> - Cass. , 17 juin 1950, Gaz. Pal., 1950, 2, p. 195.

<sup>1606</sup> - Com. , 20mars1961 , Bull. Civ.,III, n°148 et aussi Cic . 1<sup>re</sup>, 11déc.1961, Bull.Civ., I, n°595.

<sup>1607</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1988, p. 349, note Ph. Delebeque.

<sup>1608</sup> -Com. 4janv. 1979, D., 1979, IR, p.357, obs. M. Vasseur.

<sup>1609</sup> - G. DE Lapradelle, note JCP,1967, II, 15193.

<sup>1610</sup> - Com. 20 dec.1962, Bull. Civ., III, n°530, p. 438.

<sup>1611</sup> - Civ.1re, 19 dec. 1960, Bull. Civ. I, n°552, p. 450.

<sup>1612</sup> - C.S. Ch. Civile, 13juin1990, n°61489, recueil jurisp. 4, p. 65.

L'appréciation de la gravité de la faute a ainsi dévié dans un sens de plus en plus objectif<sup>1613</sup>. Cette tendance a incontestablement provoqué un élargissement considérable de la notion de « faute lourde » que les tribunaux retiennent aujourd'hui de plus en plus facilement<sup>1614</sup>, notamment lorsqu'ils cherchent à tenir en échec une clause restrictive de responsabilité qui leur paraît injustifié<sup>1615</sup>.

Cependant, la faute lourde entraîne des conséquences analogues à celle de la faute dolosive : elle ne permet pas au débiteur d'invoquer une clause limitative de responsabilité<sup>1616</sup> ou une clause de non responsabilité<sup>1617</sup> (article 178/2 du code civil). De même que le débiteur qui a commis une faute lourde prévisible<sup>1618</sup> (article 182/3 du code civil).

---

<sup>1613</sup> - N. Dejean DeLa Batie, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français, LGDJ.n°129à 145.

<sup>1614</sup> - V. R. Rodiere, Une notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats, RTDciv. 1954, p. 201.

<sup>1615</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 22nov. 1978, JCP. 1979, II, 19139, note G. Viney.

<sup>1616</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 15Janv. 1976, JCP. 1976, IV. 80, D. 1976, IR. 95.

<sup>1617</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 17fév. 1976, JCP. , 1976. IV. 122 et Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1980, JCP. 1980, IV., 300.

<sup>1618</sup> - Com, 4oct. 1989, JCP. 1990, II, 21443.

## **Chapitre 02 : Les effets de la responsabilité précontractuelle sur la protection du consommateur.**

Deux types de préjudices sont concernés par la réparation : il s'agit du préjudice précontractuel de nature délictuelle (section 1) et du préjudice précontractuel de nature contractuelle (section 2).

### **Section 01 : La réparation du préjudice précontractuel de nature délictuelle.**

Avant d'entamer la réparation du préjudice précontractuel de nature délictuelle, il faut tout d'abord identifier ce préjudice.

#### **Paragraphe 01 : Le préjudice délictuel.**

Le préjudice ou encore appelé dommage est un élément constitutif de toute responsabilité<sup>1619</sup>. Donc le dommage est une condition essentielle à la mise en œuvre de la responsabilité du négociateur fautif.<sup>1620</sup>

Il n'y a pas de réparation en l'absence de préjudice (art. 184 al. 1 du c. civ.). D'ailleurs, il faut souligner que le dommage n'est pas seulement une condition de la responsabilité civile. On verra en effet qu'en application du principe de la « réparation intégrale », il joue également un rôle essentiel pour mesurer la dette de réparation<sup>1621</sup>. Notre analyse se penchera tout d'abord sur la notion du préjudice (A) en suite les conditions du préjudice indemnisable (B).

---

<sup>1619</sup> - J. Flour, J. Luc Aubert et Eric Savaux, Droit civil - les obligations - le fait juridique, 9<sup>e</sup> éd. Delta 2001, p. 123.

<sup>1620</sup> - D. Zennaki, op. cit. p. 57

<sup>1621</sup> - G. Viney, P. Jourdain, Traité de Droit civil - les conditions de la responsabilité, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J, Delta 1998, p. 06.

## **A/ Notion de préjudice :**

Le terme préjudice désigne selon P. Brun :« toute lésion d'un intérêt d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial subie par une personne, et pouvant consister en une perte subie ou en un gain manqué »<sup>1622</sup>.

Le préjudice qui se produit dans la phase précontractuelle « est celui qui résulte de l'échec des pourparlers précontractuels et, en général, il est un préjudice matériel consistant dans une perte pécuniaire, auquel peut s'ajouter un préjudice moral, ainsi que le gain manqué par le partenaire victime de la rupture<sup>1623</sup> ». Pour D. Allag-Zennaki, le préjudice peut exister en cas d'échec de la négociation, qu'en cas de succès de celle-ci<sup>1624</sup>

-Pour la perte subie, celle-ci peut résulter de différents événements tels la perte du temps, ou les dépenses engagées pour la négociation. En principe dès qu'une faute dommageable peut être reprochée à l'auteur de la rupture, il doit réparer les frais engagés par la victime lors des négociations<sup>1625</sup> ».

Le dommage précontractuel peut paraître aggravé lorsque la rupture survient lors de la reconduction d'un contrat. Elle se traduit par la cessation des relations contractuelles antérieures, ce qui peut obliger une entreprise à réorganiser une partie de son activité et même entraîner pour elle un dommage moral consistant dans l'atteinte à sa réputation commerciale<sup>1626</sup>.

Certains auteurs<sup>1627</sup> estiment que les frais occasionnés à l'entreprise pour la négociation n'ont pas à être indemnisés dans la mesure où l'entreprise peut les récupérer sur les frais généraux. Selon D.Allag-Zennaki,« cette solution ne devrait pas être admise par la jurisprudence algérienne car elle encouragerait la rupture fautive des négociations avec des professionnels ».

<sup>1628</sup>

Pendant la période précontractuelle, les parties sont obligées de répondre du préjudice créé. Aussi, les négociations présupposent l'écoulement d'un laps de temps qui peut être traduite en argent, et un préjudice peut naître quand elles ne conduisent pas à la conclusion de l'accord

---

<sup>1622</sup> - P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, 2<sup>e</sup>, éd., Litec, Paris, 2005, p.109.

<sup>1623</sup> - J. Schmidt-Szalewski, op. cit., p.548.

<sup>1624</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 61.

<sup>1625</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p.57.

<sup>1626</sup> - Cas.Com, 9fev. 1981, D. 1982, 1982, p. 4 note J. Schmidt.

<sup>1627</sup> - P. Jourdain, Responsabilité précontractuelle, J-cl. Contrats Distribution, Fasc. 35, n °13 cité par M. Zennaki.

<sup>1628</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p.57.



final. En suite les dépenses engagées en vue de la conclusion d'un éventuel contrat resrepresentent aussi un préjudice. Il en va de même de la perte de chance de contracter en cas de rupture illégitime de la négociation par le partenaire<sup>1629</sup>.

La perte subie peut être aussi relative à la perte d'autres marchés. « Ainsi, étant convaincu de conclure le contrat en voie de négociation, l'une des parties va négliger certaines opérations s'offrant à elle »<sup>1630</sup>.

« Même l'anticipation sur les retombées d'un contrat dont la conclusion semblait acquise peut constituer un dommage »<sup>1631</sup>. Ceci est d'autant plus vrai que la croyance légitime d'un partenaire à la conclusion du contrat projeté peut l'avoir poussé à anticiper en effécutant des actes dans la perspetive de cette conclusion. Cela peut être aussi bien des actes materiels telsque des aménagements ou des investissements, de l'embauche de personnels, des frais d'études et des commissions diverses, le lancement d'une compagne publicitaire, l'adaptation du magasin etc..., que des actes juridiques telle la resiliation d'un contrat en cours ou encore des engagements auprès des banques pour le financement de l'opération envisagés<sup>1632</sup>.

La rupture des négociations peut pourtant provoquer une autre série de pertes, celle des « depenses effectuées ou des pertes subies » en conséquence de la rupture des négociations. Ce sont les frais « post- rupture » ou, plus exactement, les frais de rupture. Ces pertes peuvent entrer dans le champ des dommages précontractuels réparables<sup>1633</sup>. Ces pertes comprennent, par exemple, les dépenses liées à la nécessité de trouver un nouvel emploi au lendemain de la rupture<sup>1634</sup>, ou celles provoquées par la nécessité de recourir à un financement par emprunt suite à l'échec des négociations<sup>1635</sup>.

La majorité de la doctrine francaise préconise l'indemmisation indifferenciée des pertes subies.<sup>1636</sup> Cependant, il semble, notamment, en cas d'hésitation, que la meilleure façon de déterminer les dommages réparables, c'est la recherche du lien de causalite entre la faute et les dommages. Il ne faut donc pas généraliser les dommages réparables comme l'ont fait certains auteurs en considerant que « tous les frais exposées par la victime de la rupture des pourparlers pour mener les négociations ou pour rendre possible l'operation envsaigée sont

---

<sup>1629</sup>- S, Radu, op. cit., p. 145.

<sup>1630</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p.57.

<sup>1631</sup>- Ibid.

<sup>1632</sup>- D. Allag-Zennaki, op. cit., p.58.

<sup>1633</sup>-. R. Monzer, op. cit. p. 395.

<sup>1634</sup>- C.A. Agen, 21 aout 2002, JCP. 2003 .II. 10162, note A. Lecourt.

<sup>1635</sup>- C.A. Lyon, 4 mars 1994, Juris-Data n°043277.

<sup>1636</sup>- R. Monzer, préc.

reparées ». <sup>1637</sup> Les dommages précontractuels réparables sont uniquement ceux résultants de la faute de l'auteur de la rupture.

Selon D. Allag-Zennaki, Pour le gain manqué, la certitude du dommage précontractuel est plus discutable. le problème peut se poser, par exemple, concernant l'indemnisation de la perte d'une chance de conclure le contrat projeté. « En effet indemniser le négociateur malchanceux reviendrait à donner effet à un contrat non encore conclu »<sup>1638</sup>. Il en va de même pour les contrats qui auraient pu être conclus mais que le négociateur malchanceux, convaincu de la conclusion du contrat objet des négociations infructueuses, aurait négligé. En effet, la réalisation de ces contrats n'est pas une certitude mais une simple probabilité. En principe, seuls les préjudices déjà réalisés, comme les frais engagés lors des négociations (frais d'études, de voyage, etc.) devrait donner lieu à indemnisation »<sup>1639</sup>. Pourtant l'article 182 al.2, du code civil fait état de la réparation des « gains dont le créancier a été privé », tout en la conditionnant au fait que ce gain manqué « soit la suite normale de l'inexécution de l'obligation ». Cet article définit cette suite normale comme celle qui comprend le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter. « Cela signifierait que le gain manqué doit correspondre à une perte de chance suffisamment sérieuse »<sup>1640</sup>.

En droit français, ces gains manqués ont resté longtemps exclus des champs des dommages précontractuels réparés. Ce qui était justifié par le fait qu'une telle indemnisation donne un effet à un contrat qui n'a jamais été conclu<sup>1641</sup>.

La Cour d'appel de Rennes a ainsi conclu dans sa décision du 8 juillet 1929 « qu'on ne devra pas pour leur calcul (les dommages – intérêts) tenir compte des avantages dont la partie lésée a été privée par la non-réalisation de la convention, ce qui, indirectement rendrait cette convention obligatoire, mais uniquement du préjudice acquis, c'est-à-dire des dépenses et dérangements que la promesse non tenue a provoqué, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné »<sup>1642</sup>.

Cette position a, pourtant changé sous l'influence des transformations de la responsabilité civile, afin de protéger la partie faible au contrat. « Les tribunaux français ont ainsi étendu la protection de sécurité juridique précontractuelle, en se référant au critère de perte de chance

---

<sup>1637</sup> - Ibid.

<sup>1638</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 58.

<sup>1639</sup> - Ibid.

<sup>1640</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 58.

<sup>1641</sup> - E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, p.196.

<sup>1642</sup> - CA. Rennes, 8 juillet 1929, DH 1929, p. 548, RTDCiv.1930, p. 112.

de réaliser des gains, à une partie des gains manqués de la victime »<sup>1643</sup>. Ces gains changent, selon ce critère, en fonction de l'avancement des pourparlers et la vraisemblance de la conclusion du contrat<sup>1644</sup>.

La doctrine française de son côté est divisée sur la question : « pour certains la perte d'une chance de conclure le contrat négocié doit être indemnisée »<sup>1645</sup>.

« Pour d'autres, une attitude plus nuancée préconise la réparation en fonction du degré d'avancement des négociations, pour indemniser partiellement la perte d'une chance »<sup>1646</sup>.

Il peut aussi, s'agir de la réparation du dommage moral, prévue par l'article 182 bis du code civil, occasionné suite à la rupture des négociations comme par exemple l'atteinte à la notoriété de son partenaire. « Il reste à espérer que le juge algérien mette en oeuvre les dispositions de ce texte, d'autant que l'article 19 de la loi 09-03 met à nouveau l'accent sur le préjudice moral dans les relations entre professionnels et consommateurs »<sup>1647</sup>.

Même dans les relations entre professionnels le préjudice moral est prévu<sup>1648</sup> comme par exemple en matière de dénigrement, tel que cela ressort de l'article 27 de la loi 04-02.

## **B/ Les conditions du préjudice indemnisable.**

Consciente de l'impossibilité d'assurer la réparation de tous les dommages, la jurisprudence Française a, pour l'essentiel, fixé les conditions auxquelles doit satisfaire un dommage pour contribuer à fonder un droit à réparation<sup>1649</sup>. Ces conditions sont relatives aux caractères du dommage réparable et aux diverses sortes de dommages. Ainsi le préjudice doit être licite (1), personnel (2), direct (3) et certain (4).

---

<sup>1643</sup> - R. Monzer, op.cit.p.397.

<sup>1644</sup> - G. Viney, Introduction à la responsabilité in J. Ghestin, Traité de Droit civil, LGDJ, 2<sup>e</sup>, éd. 1995, p.361.

<sup>1645</sup> - J.M.Mousseron, M.Gribel et D.Mainguay, L'avant contrat.ed.F.Lefebvre, 2001, p.36.

<sup>1646</sup> - J. Viney, Introduction à la responsabilité civile, Traité de droit civil, LGDJ, 2<sup>ème</sup> ed.1995, p.361.

<sup>1647</sup> - D. Allag-Zennaki, op.cit.p. 59.

<sup>1648</sup> - Ibid.

<sup>1649</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit. p. 677.

## 1- Le préjudice doit être licite :

Il a longtemps été exigé pour ouvrir droit à réparation, que l'intérêt lésé ne soit pas illégitime ou, tout simplement, que le préjudice soit réparable<sup>1650</sup>.

La notion « d'intérêt juridiquement protégé » a été parfois utilisée pour limiter le domaine du droit à réparation en opposant une fin de non-recevoir à certaines victimes dont l'indemnisation apparaissait indésirable et cette utilisation, qui est ancienne, à été, semble-t-il confortée par l'article 31 du code de procédure civil français aux termes duquel « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime aux succès ou au rejet d'une prétention ». Cependant quant à l'appréciation de la « légitimité », la jurisprudence française a assoupli ses exigences, de telle sorte que cette fin de non-recevoir a perdu de son efficacité<sup>1651</sup>. Classiquement, le préjudice représente la lésion d'un intérêt. Mais, si l'intérêt est illicite, le préjudice sera-t-il toujours la lésion d'un intérêt ? Si on prend un exemple d'une victime qui a un intérêt légitime à agir, elle verra son action déclarée recevable. Si elle demande la réparation d'un préjudice résultant de l'atteinte à un intérêt illicite, Comme la perte d'un lien qu'elle détenait en violation des règles de droit, suite à un vol par exemple, ce dernier ne sera pas pris en compte et la demande sera déclarée, de ce chef, partiellement mal fondée<sup>1652</sup>. Si le préjudice est fondé sur une situation illicite, il ne sera pas réparable, car il serait en effet injuste d'admettre la réparation des dommages subis à l'occasion des activités ou des situations illicites ou par des victimes jugées normalement indignes de recevoir une indemnisation<sup>1653</sup>.

Il résulte de ce qui précède que la licéité du préjudice invoquée est une condition du bien-fondé de l'action plus que de sa recevabilité<sup>1654</sup>.

La légitimité du préjudice est plutôt un élément de mesure du préjudice réparable qu'une condition d'ouverture de l'action en réparation, alors que la légitimité de l'intérêt à agir rend, comme il est déjà mentionné l'action en justice recevable<sup>1655</sup>.

---

<sup>1650</sup> - Cass. Ch. mixte. 27 fev. 1970. « Dangereux », n° 68-10. 276, Bull. Ch. mixte, n° 01 ; F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. II. Dalloz, Paris, 12<sup>e</sup>, éd. 2008, n°185-186.

<sup>1651</sup> - G. Viney, P. Jourdain, Traité de Droit civil, les conditions de la responsabilité, 2<sup>e</sup>, éd. L.G.D.J. Delta 1998, p. 59.

<sup>1652</sup> - S. Radu, op. cit., p.147.

<sup>1653</sup> - Ibid.

<sup>1654</sup> - Ph. LeTourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, régime d'indemnisation 2014/2015, 10<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris, 2014, p. 590.

<sup>1655</sup> - Art. 31 C. pr. civ. Fr.

Les projets de réforme du droit civil français prévoyaient l'intérêt licite parmi les conditions du préjudice réparable<sup>1656</sup>. Par l'introduction dans les textes des projets de la notion d'intérêt, les rédacteurs ont codifié la jurisprudence<sup>1657</sup> et ils ont offert un outil de classement des différents dommages, en tenant compte de l'expression « reconnu et protégé par le droit » ou le mot « licite ».

Donc la licéité a été admise comme élément constitutif du préjudice et les auteurs ont préféré employer le terme « reconnu » plutôt que celui de « légitime » utilisé par la jurisprudence, en motivant que « la formule sera donc de nature à permettre à la Cour de Cassation d'effectuer un contrôle sur le dommage réparable autrement que par le caractère certain<sup>1658</sup> ».

## **2- Le préjudice doit être certain.**

Dans la période précontractuelle, le caractère certain pourrait se manifester en un dommage aux biens représentant l'objet du contrat futur, dans la diminution de la valeur de marché ou dans la prolongation injustifiée de pourparlers par un des partenaires.

De même, l'impossibilité d'utiliser un bien pendant une certaine période de temps, en raison de la prolongation des négociations, est susceptible de constituer un préjudice<sup>1659</sup>.

Peuvent également avoir un caractère certain les préjudices résultant de la perte de chance de conclure avec un tiers, des bénéfices ou d'espoir de gagner des bénéfices, qui ont été causés par la rupture brutale des pourparlers, en violation de l'obligation de diligence<sup>1660</sup>.

La condition de certitude du dommage va de soi. Dire que le dommage doit être « certain » n'est pas affirmer un caractère particulier du préjudice, mais constater qu'il doit exister<sup>1661</sup> et que sa preuve doit être apportée par le demandeur<sup>1662</sup>.

---

<sup>1656</sup>- Art. 1343 de L'avant Projet- Catala : « ... la lésion d'un intérêt licite ». Art. 08 du projet- Terré : « ... toute atteinte certaine à un intérêt reconnu et protégé par le droit... ».

<sup>1657</sup>- Cass. Ch. Mixte, 27 fév. 1970, préc.

<sup>1658</sup>- S. Radu, op. cit., p.149.

<sup>1659</sup>- S. Radu, op. cit., p.151.

<sup>1660</sup>- R. Monzer, op. cit., p. 396.

<sup>1661</sup>- G.Viney, P. Jourdain, op. cit., p. 67.

<sup>1662</sup>- Civ.1, 22 janvier 1992, Bull civ. I.n° 28.,Civ. 1re, 2 avr. 1996, Bull. Civ. I. n°166, Rouen, 8 juin 1989, JCP, 1990, p.61.

L'exigence de certitude ne relève d'ailleurs pas seulement d'une logique de bon sens. Elle est aussi une condition de mise en oeuvre du principe que l'indemnisation ne doit jamais procurer un enrichissement de la victime<sup>1663</sup>.

Elle signifie, de ce point de vue, que celle sur qui repose la charge de la preuve, doit établir qu'elle a définitivement subi le dommage qu'elle invoque et dont elle demande la réparation<sup>1664</sup>.

La certitude d'un dommage qui s'était déjà produit à l'occasion des pourparlers contractuels est facile à admettre. C'est un préjudice déjà réalisé. Un débat est toutefois né en doctrine quant à la question de savoir quels frais engagés en vue de la conclusion du contrat peuvent faire l'objet d'une indemnisation<sup>1665</sup>. Les auteurs considèrent que ces frais relèvent de deux catégories distinctes<sup>1666</sup>. Dans la première catégorie se trouvent tous les frais engagés en vue de la conclusion du contrat (les frais de négociations). Elles regroupent toutes les dépenses effectuées dans le but de parvenir à un accord définitif, et qui se révèlent, à posteriori, avoir été exposées sans aucun intérêt, sans contrepartie<sup>1667</sup>.

La deuxième catégorie regroupe les frais liés à la rupture qui représentent les dépenses effectuées ou les pertes subies en conséquence de la rupture des négociations<sup>1668</sup>, comme par exemple les frais financiers provoqués par la nécessité de recourir à un financement par emprunt dû à l'échec des négociations<sup>1669</sup> ou les dépenses liées à la nécessité de recourir en catastrophe aux services plus coûteux d'un tiers<sup>1670</sup>.

Une grande partie de la doctrine<sup>1671</sup> ainsi que la jurisprudence<sup>1672</sup> française estiment que toutes les pertes subies (les frais de négociations et les frais de rupture) doivent être indemnisées. Donc, l'auteur de la rupture, dont la faute a été établie doit indemniser son partenaire de tous les frais, car c'est la seule voie qui permette de replacer le partenaire « dans

---

<sup>1663</sup> - J. Flour, J. Luc-Aubert et E. Savaux, *Droit civil - Les obligations, le fait juridiques*, 9<sup>e</sup>, éd. Delta 2001, p. 125.

<sup>1664</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 9dec.1997, Bull. civ. I, n° 261 (perte définitive d'une créance).

<sup>1665</sup> - S. Radu, *op. cit.*, p. 151.

<sup>1666</sup> - V. Deshayes, *Le Dommage précontractuel*, RTD Com. 2004, p. 187.

<sup>1667</sup> - *Ibidem*.

<sup>1668</sup> - Deshayes, *op. cit.*, p. 188.

<sup>1669</sup> - CA. Lyon, 4 mars, 1994, *juris-Data* n° 1994-04 3277.

<sup>1670</sup> - CA. Paris, 5 nov. 1999, RTD civ. 2000, 104, obs.J. Mestre et B. Fages.

<sup>1671</sup> - Ph. LeTourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 596 et s.

<sup>1672</sup> - Cass. Com. 7 janv. 1997 et 22 avril 1997, D. 1998, jur. p. 49, n°24. Note P. Chauvel.

la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas entrepris de négocier avec l'auteur de la rupture fautive<sup>1673</sup>.

Un dommage actuel est certain, la difficulté ne pouvant venir que d'un dommage futur. Tout d'abord il convient de distinguer le préjudice futur « virtuel » du préjudice futur éventuel. Le préjudice futur virtuel est « celui qui existe en puissance dans l'acte incriminé parce que sont déjà réunies toutes les conditions de sa réalisation dans l'avenir<sup>1674</sup>.

Le préjudice futur éventuel est pour sa part hypothétique, son existence dans l'avenir est subordonnée à des événements dont la réalisation est incertaine<sup>1675</sup>, il dépend d'un aléa. On peut donc dire que les préjudices actuels et virtuels sont certains, alors que le préjudice éventuel ne l'est pas.

L'avant-projet catala pose clairement cette règle dans ses textes en reprenant la formule de certains arrêts de la Cour de Cassation<sup>1676</sup>. Ainsi l'article 1345 du code civil français dispose que « le préjudice futur est reparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel »<sup>1677</sup>. Donc, pour que le préjudice futur soit réparé, il faut qu'il existe entre lui et le préjudice actuel un lien certain et direct. Il doit être la conséquence de l'action fautive du négociateur coupable<sup>1678</sup>.

### **3- Le préjudice doit être direct.**

En matière délictuelle comme en matière contractuelle, le dommage doit être la suite directe du fait ou de l'acte dommageable. Dans une perspective voisine, le code de procédure civile français, dispose explicitement que l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction est accordée à tous ceux qui en ont souffert directement<sup>1679</sup>.

---

<sup>1673</sup> - D. Mazeaud. « La genèse des contrats, un régime de liberté surveillé » Dr. et patrimoine, juillet- août 1996 p. 49. n° 21.

<sup>1674</sup> - Ph. LeTourneau préc. p. 601.

<sup>1675</sup> - Ibidem.

<sup>1676</sup> - P. Catala, L'avant projet de réforme du Droit des obligations, Ministère de la justice, La documentation Française, Paris, 2006, p. 174.

<sup>1677</sup> - Art. 1345 de L'avant Projet- Catala.

<sup>1678</sup> - S. Radu, op. cit., p. 155.

<sup>1679</sup> - Art. 2 al.1 c. pr. civ. fr.

Assez généralement, une idée simple explique ces diverses règles : il est peu conforme à la justice et au bon sens de faire supporter par quelqu'un toutes les conséquences de ses actes fautifs<sup>1680</sup>.

Au delà de cette observation, l'exigence du caractère direct du dommage appelle deux sortes de précisions.

*La première* : Il est estimable que l'exigence d'un dommage direct, signifie qu'un lien de causalité doit exister entre le fait générateur de la responsabilité et le dommage, or cette question du caractère direct du dommage relève plus de la problématique relative au lien de causalité que du dommage en lui-même.

En ce sens, dire que le dommage doit être directe, c'est dire qu'il doit y avoir entre l'un et l'autre un lien suffisant de causalité. Nul doute que les réflexions relatives à l'exigence de ce lien et à celle du caractère direct du dommage se rejoignent<sup>1681</sup>. Donc, seul le préjudice direct sera réparé, car il est le seul rattaché par ce lien au fait générateur illicite imputable au responsable. Cette affirmation montre que la causalité présente un caractère objectif<sup>1682</sup>.

*La deuxième* : Si la réparation du dommage est subordonnée au caractère direct, il ne faut pas en déduire que d'autres personnes que la victime immédiate du dommage ne peuvent pas, elles aussi à titre personnel, se prévaloir, à l'égard de l'auteur du fait dommageable, des dommages qui en résultent pour elles<sup>1683</sup>. Tout en étant une victime médiate, la personne à charge, par exemple, n'en est pas moins une victime directe, dès lors que la mort d'un parent la prive de subsides sur lesquelles elle pourrait suffisamment compter<sup>1684</sup>. D'ailleurs la mise en œuvre de cette réparation a suscité des difficultés qui, pour la plupart, proviennent de l'hésitation qui s'est manifestée quant à l'application, en la matière, de l'exigence du caractère « personnel » du préjudice.

Les tribunaux ont en effet constamment écartelés entre deux conceptions du « dommage par ricochet ». Tantôt ils ont franchement accepté d'y voir un préjudice subi personnellement par la victime par ricochet et par conséquent, de lui reconnaître une véritable autonomie par rapport au dommage subi par la victime immédiate<sup>1685</sup>. Tantôt, au contraire ils ont eu tendance à le traiter comme un simple reflet du dommage initial.

---

<sup>1680</sup> - F. Terré Ph. Simler et Y. Lequette op. cit., p. 682.

<sup>1681</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, préc.

<sup>1682</sup> - S. Radu, op. cit., p. 162.

<sup>1683</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p. 689.

<sup>1684</sup> - Ibidem.

<sup>1685</sup> - Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars JCP. 1997, IV n° 1037, Bull. civ. II, n° 87.



#### 4- le préjudice doit être personnel.

Pour être réparable, le préjudice doit également être personnel au demandeur, que celui-ci, soit une personne physique ou une personne morale.

Autrement dit, seulement la personne à laquelle le fait préjudiciable a porté dommage peut demander la réparation. Ainsi le demandeur à la réparation doit avoir été personnellement atteint dans son patrimoine, son intégrité corporelle ou ses sentiments<sup>1686</sup>.

Les personnes morales sont également admises à défendre en justice leurs intérêts personnels. Le préjudice précontractuel est soumis, a fortiori, aux règles générales du caractère personnel. Ainsi, la victime de la rupture brutale des pourparlers doit prouver que son intérêt personnel a été lésé et ensuite, demander en son nom propre la réparation du dommage subi. Le préjudice doit évidemment respecter toutes les autres conditions d'un dommage précontractuel<sup>1687</sup>.

Le caractère « personnel » du dommage est aujourd'hui interprété avec souplesse. Il n'empêche ni la réparation des atteintes aux intérêts collectifs, concernant surtout les associations de consommateurs<sup>1688</sup> ni celle des dommages par ricochet<sup>1689</sup>.

La nécessité d'un préjudice individuel pour fonder le droit à réparation d'une personne physique invoquant l'atteinte à un intérêt collectif est constamment affirmée par les tribunaux dans les circonstances de fait les plus variées ; par exemple pour un dommage atteignant une communauté de voisinage<sup>1690</sup>, une collectivité de travailleurs<sup>1691</sup>, le groupe formé par les copropriétaires d'un immeuble<sup>1692</sup> ou par les membres d'une même profession<sup>1693</sup> ou encore des concurrents<sup>1694</sup>, une catégorie de citoyens<sup>1695</sup>, les membres d'un organisme quelconque<sup>1696</sup>... etc..., Dans ces cas, il peut arriver que l'atteinte portée précisément à l'un des intérêts entrant dans l'objet social du groupement, suscite, de la part d'un particulier, une demande de

---

<sup>1686</sup> - S. Radu, op. cit.p.162.

<sup>1687</sup> - Ibidem.

<sup>1688</sup> - Art. 21 al. 2 de la loi 09-03 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.

<sup>1689</sup> - G.Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, op. cit., p. 94.

<sup>1690</sup> - Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juillet 1974. D. 1975., p. 61, note E. Franck, Crim. 15 juin 1994, Bull. Crim. n° 239.

<sup>1691</sup> - Soc, 8 dec. 1960, Droit Social, 1961, p. 314. obs. Brun.

<sup>1692</sup> - Civ. 3e, 9 juill. 1972. JCP. 1973. II. 17350, note E. J. Guillot.

<sup>1693</sup> - Crim, 22 janv. 1974. D. 1974. IR. p. 83.

<sup>1694</sup> - Crim. 27 fev. 1996, Bull.Crim.n° 91.

<sup>1695</sup> - C.E. 5 nov. 1971. D. 1973 p. 481, note. G. Grimaud.

<sup>1696</sup> - Crim. 3 dec. 1996, Bull. crim. n° 441.

réparation <sup>1697</sup>. Dans certains groupements, comme les associations des consommateurs, la jurisprudence <sup>1698</sup> et la loi <sup>1699</sup> admettent facilement l'action conjointe d'individus lésés <sup>1700</sup>.

Le préjudice par ricochet est défini comme étant « le nom donné au préjudice ou ensemble des chefs de préjudice (morale ou pecuniaire) subi par des personnes liées par l'affection ou la profession à la victime directe du dommage <sup>1701</sup> ». Même si dans la doctrine cette définition est valable et l'exigence d'un lien de droit est affirmée ; cette règle a été assouplie en pratique. En principe « toute personne qui prouve avoir souffert un dommage personnel par contrecoup de celui qui a frappé la victime initiale peut en obtenir réparation » <sup>1702</sup>.

Ainsi, toutes les personnes qui entretenaient avec elle des relations d'intérêt compromises ou interrompues par le fait préjudiciable ainsi que des organismes qui ont été amenés à effectuer certaines dépenses peuvent être victimes d'un préjudice par ricochet <sup>1703</sup>.

Concernant notre sujet d'étude, il y a de nombreuses situations dans lesquelles un partenaire de la négociation « cause à autrui » un dommage par la violation des obligations spécifiques à la phase antérieure à la formation du contrat et qui donnent droit à la victime à la réparation de son préjudice.

Le caractère personnel du préjudice est prévu dans l'article 182 du code civil. Il est également prévu dans les projets français de réforme. Ainsi l'article 1343 de l'avant-projet catala prévoit qu'est réparable tout préjudice qui consiste dans la lésion d'un intérêt licite « individuel ou collectif <sup>1704</sup> ». De même l'article 08 alinéa 1 du projet Terré dit : qu'est réparable « l'intérêt de la personne reconnue et protégé par le droit » et l'alinéa 2 du même article étend le champ d'application de la disposition aux intérêts collectifs et à « l'atteinte à l'environnement <sup>1705</sup> ».

---

<sup>1697</sup> - G. Viney et P. Jourdain, préc. p. 99.

<sup>1698</sup> - Crim. 22 janv. 1974. D. 1974, IR. p. 83.

<sup>1699</sup> - Lois concernant la protection des consommateurs.

<sup>1700</sup> - Art. 23 de la loi 09-03.

<sup>1701</sup> - G. Cornu, Vocabulaire juridique, 10<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 2014, p. 788.

<sup>1702</sup> - G. Viney, P. Jourdain, S. Carval. Les conditions de la responsabilité civile ». in J. Ghestin, Traité de Droit civil 4<sup>e</sup>, éd. LGDJ. Paris, 2013, p. 212.

<sup>1703</sup> - S. Radu, op. cit., p.163.

<sup>1704</sup> - V. Art. 1343 de l'avant Projet-Catala.

<sup>1705</sup> - V. Art. 08 al. 1 et 2 du projet Terré.

## **Paragraphe 02 : La réparation du préjudice.**

La mise en œuvre de la responsabilité a pour objectif d'obtenir une réparation du dommage. Cette réparation peut revêtir différentes modalités (A) elle se fait en principe en nature, mais en réalité, le plus souvent par équivalent, sous forme de dommages-intérêts. Dans tous les cas, cette réparation doit être intégrale (B) c'est-à-dire que l'assiette de réparation doit être fixée en fonction de dommage subi et non en fonction de la faute causée de ce préjudice.

### **A/ Les modalités de la réparation :**

Deux procédés de réparation sont concevables, réparation en nature (1) ou réparation par équivalent (2).

#### **1- La réparation en nature :**

La réparation en nature consiste à rétablir des choses dans leur état antérieur<sup>1706</sup>, en procurant à la victime ce dont elle a été exactement privée<sup>1707</sup>. Il est possible pour le juge d'ordonner une réparation en nature, qui peut prendre des formes variées. La plus simple est la suppression de la cause du trouble par une limitation ou une interdiction de l'activité dommageable<sup>1708</sup>.

Mais d'autres types de réparation en nature sont concevables : en cas d'atteinte aux biens, condamnation du responsable à restituer le bien à la victime, à lui fournir un bien équivalent ou à remettre en état ce qui a été détruit<sup>1709</sup>, destruction de constructions édifiées sur le terrain d'autrui<sup>1710</sup> ou contraires aux règles de l'urbanisme<sup>1711</sup>, suppression d'écrits injurieux ou diffamatoires<sup>1712</sup>, modification ou suppression de dénominations constitutives de concurrence

---

<sup>1706</sup>- C. Renault-Brahinsky, Droit des obligations, 2<sup>e</sup>, éd. E .J.A. Paris, 2003, p. 338.

<sup>1707</sup>- J. Flour, J. Luc Aubert, E.Savaux, Droit civil- les obligations, op. cit., p. 371.

<sup>1708</sup>- F. Nammour, R. Cabrillac, S.cabrillac, H. Lecuyer, Droit des obligations, Droit Français- Droit Libannais, Perspectives Europeennes et internationales, ed. L.G.D.J. 2006, p. 410.

<sup>1709</sup>- Civ. 3<sup>e</sup>, 12 dec.1973, JCP. 1974, II. 17697, note. G.Goubeaux.

<sup>1710</sup>- Civ. 3e, 11 juill.1969, D.1969, 654,12 juill 1977, Bull.civ. 313, p. 238.

<sup>1711</sup>- Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 1979, JCP. 1980, II. 19415, note Ghestin.

<sup>1712</sup>- Req. 18 dec. 1900, DP. 1901, 1.135.

deloyale, ou d'objets contrefaits<sup>1713</sup>, publicité des jugements de condamnation en matière de préjudice moral ou commercial<sup>1714</sup>, relevé de forclusion<sup>1715</sup>, nullité d'actes<sup>1716</sup>.

Cette réparation en nature cependant ne s'impose pas au juge, lequel demeure libre de choisir le mode de réparation qui lui apparaît le plus opportun<sup>1717</sup>, sauf dans le cas où la loi rend la réparation en nature obligatoire pour le juge si elle est demandée par le créancier (art. 174 c. civ.). C'est pourquoi il n'est pas inutile de rechercher avec plus de précision ce qui dans ces diverses condamnations en nature relève véritablement de la réparation.

Cependant la réparation en nature ne peut être ordonnée que si elle fournit une compensation adéquate et si elle est possible<sup>1718</sup>.

La condamnation fournit une compensation adéquate si la réparation est « spécifique du préjudice subi ». Ainsi les dégâts causés à une chose ne peuvent être réparés en nature que par la remise en état de cette chose ou par la fourniture d'une chose identique ou du moins équivalente<sup>1719</sup>.

Toutefois cette réparation en nature peut se heurter à des obstacles juridiques ou matériels<sup>1720</sup>. Certains préjudices ne seront pas susceptibles d'une compensation en nature (comme par exemple : perte d'un membre du corps).

D'autre part, l'exécution en nature peut être paralysée par la règle « Nemo potest proeicisse cogi ad factorem » si elle consiste à imposer au responsable une obligation de faire qu'il refuse<sup>1721</sup>.

Lors de la rupture des négociations, la réparation consiste en une injonction judiciaire de reprendre les négociations au point où elles étaient parvenues<sup>1722</sup>.

Certains ont suggéré que le tribunal puisse désigner un mandataire de justice ayant pour mission de poursuivre la négociation à la place de la partie recalcitrante<sup>1723</sup>. D'autres ont considéré que « s'il y a simple inexécution provisoire, simple retard dans l'engagement de la négociation et que celle-ci conserve son intérêt, la partie intéressée peut demander au juge

---

<sup>1713</sup> - Trib. Corr. de Fécamp, 29 juin 1935 ; Gaz. Trib. 21 janv. 1936, Trib. Corr. Seine. 18 juin 1934, Gaz. pal. 1934.2.176.

<sup>1714</sup> - Civ. 15 mars 1892, D.P. 1893, 276, S. 1893, I. 137.

<sup>1715</sup> - Civ. 23 dec. 1924, Gaz. Pal. 1924, I. 313.

<sup>1716</sup> - Civ. 10 avr. 1948, D. 1948.J. 421. note Lenoan.

<sup>1717</sup> - Civ. 12 juin. 1954, D. 1954, 588.JCP.1954.II.8225.

<sup>1718</sup> - Art. 164. ; G. Marty, P. Raynaud, op.cit., p. 737.

<sup>1719</sup> - Ibid.

<sup>1720</sup> - F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac. H. Lecuyer, op. cit. p. 410.

<sup>1721</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op.cit., p. 737.

<sup>1722</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 391.

<sup>1723</sup> - J. Cedras, L'obligation de négociier, RTDCom, 1985, 265, spéc. p. 281.

l'exécution forcée par le cocontractant de son obligation dès lors qu'une possibilité de discussion subsiste<sup>1724</sup>.

Cette vocation a été largement critiquée par la doctrine française qui l'a considérée comme exorbitante voire extravagante<sup>1725</sup>.

En effet, obliger quelqu'un à négocier ou à contracter contredit le principe de la liberté contractuelle<sup>1726</sup>, surtout en absence d'un contrat préparatoire. Forcer quelqu'un à négocier contre son gré, c'est occasionner inutilement des frais et des dépenses aux deux parties, puisque personne ne peut contraindre un négociateur à s'engager<sup>1727</sup>. Si ce dernier n'a pas, dès le début, une volonté de chercher un accord avec son partenaire, chaque tentative de négociation sera désormais stérile<sup>1728</sup>.

Contrairement au droit romano-germanique, le mode de réparation idéal en droit anglo-saxon n'est pas celui de la réparation en nature, ou « la specific performance », mais plutôt la réparation par équivalent<sup>1729</sup>.

M. Whincup souligne qu'une décision imposant la réparation en nature est une ordonnance du juge de conclure le contrat. En pratique, telles décisions sont rares, et souvent improbables, notamment dans les relations commerciales. Les tribunaux anglais ont toujours préférés de mettre le contrat en vigueur d'une manière négative ou indirecte, en accordant des dommages-intérêts en cas de rupture. D'ailleurs, c'était aussi le cas en droit américain, où il est rare de trouver des décisions qui imposent une réparation en nature en cas de violation du contrat<sup>1730</sup>.

Ce mode de réparation semble, en effet, très réaliste et opportun durant la phase précontractuelle.

Si les juges peuvent en cas d'application de la doctrine de la « *Promissory estoppel* » se référer à toutes les sanctions possibles afin de mettre en vigueur l'équité, y compris la réparation en nature, ils préféreraient la réparation par équivalent. En effet, jusqu'à présent il

---

<sup>1724</sup> - A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat, PUAM, 1992, p. 149.

<sup>1725</sup> - Ph. LeTourneau, La rature des négociations, cité par R. Monzer, p. 391.

<sup>1726</sup> - J. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, L'avant contrat, op. cit., n°70 et 71.

<sup>1727</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 59.

<sup>1728</sup> - R. Monzer, op. cit. p. 391.

<sup>1729</sup> - M. H. Whincup, Contract Law and Practice, the English system and continental comparisons, Kluwer Law international, 2001, p. 337, cité par R. Monzer, p. 392.

<sup>1730</sup> - N. B. Tanner et P. Hamillon, « Liability for breaking off negotiations », National Report of U.S.A. in colloque organisé à Naples le 3 juin 2014 par l'A.I.J.A (association internationale des jeunes avocats) spec. p. 22, cité par R. Monzer.

n'ya aucun précédent, en droit englo-saxon, permettant de justifier la réparation en nature durant la phase précontractuelle<sup>1731</sup>.

En droit français, le dommage résultant de la rupture des pourparlers précontractuels ne peut pas donner lieu à une réparation en nature. Celle-ci consisterait, en effet, dans une conclusion forcée du contrat, à l'encontre de la volonté de l'une des parties qui, par hypothèse, ne souhaite plus contracter. La Cour de Cassation, si elle n'a pas écarté formellement cette solution, ne l'a pas davantage admise<sup>1732</sup>. C'est dans ce sens que va la doctrine algérienne<sup>1733</sup>.

Dans le domaine contractuel le juge n'a pas, en effet, le pouvoir de substituer sa volonté à celle des contractants<sup>1734</sup>.

Cette solution est la seule compatible avec l'absence d'une obligation au maintien de l'offre, si une telle obligation existait, le retrait prématuré de l'offre serait toujours inefficace, si bien que l'acceptation intervenue dans le délai formerait le contrat contre la volonté de l'offrant. Or, la jurisprudence décide que l'offrant peut retirer son offre à tout moment, tant qu'elle n'a pas été acceptée<sup>1735</sup>. La sanction d'un retrait prématuré consiste dans la responsabilité délictuelle, non dans la formation forcée du contrat<sup>1736</sup>.

## **2- La réparation par équivalent :**

La réparation par équivalent consiste à allouer à la victime des dommages-intérêts sous forme d'une somme d'argent.

Actuellement, dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, on constate que la condamnation à des dommages et intérêts est la conséquence la plus courante de l'affirmation d'une responsabilité civile<sup>1737</sup> précontractuelle.

La réparation par équivalent a été considérée dans les pays civiliste et de commun law comme le modèle de réparation le plus approprié durant la phase précontractuelle. Il s'agit d'une phase

---

<sup>1731</sup> - R. Monzer, op. cit. p. 392.

<sup>1732</sup> - J. Schmidt, La période précontractuelle en Droit français, op. cit. p. 554.

<sup>1733</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 60.

<sup>1734</sup> - Ibid.

<sup>1735</sup> - La jurisprudence admet le principe de la libre révocation de l'offre : Cass. Civ. 5 fév. 1919 .D. 1923. I. 26., Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 13 janv. 1984, Bull. civ. I. n°193.

<sup>1736</sup> - J. Schmidt, préc.

<sup>1737</sup> - G. Viney, P. Jourdain, op. cit. p. 107.

particulière ou il n'est pas possible ni de forcer l'auteur de la rupture à renégocier, ni de le contraindre à conclure le contrat négocié<sup>1738</sup>.

L'exclusion de l'idée de la réparation en nature laisse donc une unique solution, celle de l'allocation d'une somme d'argent<sup>1739</sup>.

Dans ce sens la troisième chambre civile de la Cour de Cassation a retenu que « toute obligation de faire ou de pas faire se résoud en dommages- intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur<sup>1740</sup>. En réalité les difficultés essentielles qui se sont posées à propos des dommages et intérêts concernent leur évaluation<sup>1741</sup>.

Le principe de la généralité du dommage est à la base reçue dans tous les régimes juridiques. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain dans l'évaluation du montant des dommages. L'article 182 du code civil prévoit par exemple que « le juge fixe le montant de la réparation s'il n'a pas été déterminé dans le contrat ou par la loi ». De même l'article 1149 du code civil français prévoit que « les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ».

Le montant de l'indemnisation est apprécié souverainement par les juges du fond, qui n'indiquent que rarement les éléments dont ils tiennent compte pour évaluer la réparation<sup>1742</sup>

L'évaluation du dommage est, en effet une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation<sup>1743</sup>.

Les dommages réparables lors de la rupture des pourparlers peuvent donc théoriquement comprendre les gains manqués et les pertes subies.

Cependant, la solution n'est pas si simple, surtout face à la nature hybride de la faute précontractuelle. Les négociateurs ne sont plus des étrangers, les pourparlers sont bien avancés et un espoir légitime est né chez les parties à la future conclusion du contrat<sup>1744</sup>.

Cette confiance permet, selon une partie de la doctrine et de la jurisprudence, de réparer l'intégralité des dommages de la rupture des pourparlers que ce soit ceux des gains manqués, compensant les défaillances des contrats non conclus ou non exécutés, ou ceux des pertes subies, la doctrine Algérienne va dans le même sens<sup>1745</sup>.

---

<sup>1738</sup> - R. Monzer, op. cit. p. 392 ; D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 60.

<sup>1739</sup> - J. Schmidt, op. cit. p. 554.

<sup>1740</sup> - Cass. 3e, civ. 30 avr. 1997, D. 1997, p. 475, note D. Maseaud.

<sup>1741</sup> - G. Viney, P. Jourdain, op. cit., p. 108.

<sup>1742</sup> - J. Schmidt, op. cit., p. 554.

<sup>1743</sup> - Cass. Crim. 3dec. 1969, JCP, 1970, II. 16353.

<sup>1744</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 393.

<sup>1745</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., pp. 57 à 59.

L'autre partie de la doctrine et de la jurisprudence refuse une telle indemnisation des gains manqués, tant que le contrat négocié n'est pas encore formé, et réstreint la réparation aux pertes subies des négociateurs<sup>1746</sup>.

L'une des questions qui se sont parfois posées, concerne la possibilité ou même l'obligation pour le juge d'affecter les dommages et intérêts à un usage déterminé, retirant ainsi à la victime la liberté de s'en servir comme elle l'entend<sup>1747</sup>.

Cette éventualité a été évoquée notamment pour certains dommages moraux, comme l'atteinte aux sentiments d'affection ou à certains droits de la personnalité, dont la compensation par de l'argent peut paraître choquante, si l'indemnité est laissée à la disposition de la victime alors que, par exemple, son attribution à une oeuvre caritative ne présenterait pas ce caractère<sup>1748</sup>. Elle l'a été également en cas d'atteinte à un bien, les assureurs ayant souvent plaidé pour que l'attribution des dommages et intérêts soit subordonnée à leur affectation à la réparation effective du bien endommagé. De même, en cas d'atteinte physique à la personne, ils ont parfois insisté pour que l'octroi de l'indemnité soit subordonné à son utilisation effective pour des soins ou des opérations supposés aptes à améliorer l'état du blessé<sup>1749</sup>.

Toutefois ces tentatives destinées à restreindre la liberté de la personne lésée dans l'usage des indemnités n'ont pas abouti. Des tribunaux français sont toujours restés en effet très attachés au respect de cette liberté<sup>1750</sup>. Cette position paraît elle effectivement, dans son principe, justifiée. C'est dans ce sens que se range la jurisprudence algérienne.

## **B/ Le principe de la réparation intégrale :**

L'étude de ce principe porte sur son contenu (1) et ses conséquences (2).

### **1- Contenu du principe :**

Le principe de réparation intégrale est le principe en vertu duquel, le responsable du préjudice doit indemniser tout le dommage et uniquement le dommage, sans qu'il résulte ni

---

<sup>1746</sup> - Ibidem.

<sup>1747</sup> - G.Viény, P. Jourdain, op.cit.p.107.

<sup>1748</sup> - G.Viény, P. Pourdain, préc.

<sup>1749</sup> - Ibidem.

<sup>1750</sup> - Crim. 22 fev.1995.Bull. Crim, n°77, obs. G.Viény, JCP. 1995, I. 3893 n°22, RTDciv, 1996, p. 402, obs.P. Jourdain.



appauvrissement ni enrichissement de la victime<sup>1751</sup>. Cette indemnisation est indépendante de la gravité de la faute<sup>1752</sup>, c'est ce qui ressort de l'article 124 du code civil qui ne fait pas distinction entre faute intentionnelle et non intentionnelle. Même s'il n'a commis qu'une faute très légère ou même par application d'une responsabilité sans faute, le responsable pourra être astreint à supporter la charge de très lourds dommages, quelque soit par ailleurs sa situation et celle de la victime<sup>1753</sup>. Ce principe trouve son fondement dans l'article 124 du code civil qui dispose : « Tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Il s'agit d'un principe de stricte équivalence entre la réparation et le dommage. Le principe est donc que les dommages-intérêts doivent assurer la réparation intégrale du préjudice subi par la victime : tout le dommage pas plus que le dommage<sup>1754</sup>. Ce principe d'équivalence<sup>1755</sup> impose au juge une appréciation précise du préjudice, qui interdit toute évaluation forfaitaire<sup>1756</sup>.

En effet selon la Cour de Cassation, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime au dépend du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit »<sup>1757</sup>

Dans la doctrine française, le bien fondé de la règle dite de la réparation intégrale n'est pas pratiquement discuté. « Implicitement, elle fait l'objet d'une approbation unanime et elle est même parfois présentée comme répondant à une exigence fondamentale de justice qui dispenserait de la justifier et ferait apparaître toute dérogation comme une véritable aberration »<sup>1758</sup>.

De ce fait, cette règle présente un certain nombre d'avantages qui sont incontestables et de première importance. Elle permet en effet aux victimes d'obtenir une compensation efficace des préjudices subis, ce qui fait sa supériorité de ce point de vue, par rapport aux méthodes de réparation forfaitaire ou plafonnée.

---

<sup>1751</sup> - G. Viney, P. Jourdain, op. cit. p. 113.

<sup>1752</sup> - Art. 124 du c. civ.

<sup>1753</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op. cit. p. 740.

<sup>1754</sup> - Art. 182 al. 1 du c. civ.

<sup>1755</sup> - Ce principe est parfois critiqué : on lui reproche ainsi d'avoir favorisé la multiplication des préjudices moraux résultant d'un dommage corporel (pretium doloris, préjudice esthétique, préjudice d'agrément etc...) qui aboutirait à indemniser plusieurs fois le même préjudice.

<sup>1756</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 2000. Bull. civ., I, n° 224. RC. Ass. 2000. Comm. 373.

<sup>1757</sup> - Civ. 2<sup>e</sup>, 1 avr. 1963, D. 1963, 453, note Molinier.

<sup>1758</sup> - G. Viney et P. Jourdain, op. cit. p. 114.

Ce n'est pas seulement qu'elle assure une indemnisation plus complète ; c'est aussi qu'elle est plus souple et qu'elle s'adapte donc plus facilement aux progrès techniques et aux modifications des données sociales de la réparation <sup>1759</sup>, par exemple pour le préjudice corporel, le principe de la réparation intégrale permet d'intégrer immédiatement dans la dette du responsable le prix des traitements des soins qu'autorise le dernier état de la science et des techniques médicales, même si les procédés les plus modernes sont beaucoup plus coûteux que ceux qui étaient pratiqués auparavant. Ce qui est un atout pour la protection du consommateur.

Au delà de cet exemple, on peut d'ailleurs remarquer que c'est en s'appuyant sur le principe dit de réparation intégrale que les tribunaux français ont pu réaliser certains progrès décisifs de l'indemnisation, notamment ceux qui ont permis de prémunir partiellement les victimes contre les conséquences de l'inflation<sup>1760</sup>.

Autrement dit, l'une des vertus essentielles de la règle de la réparation intégrale, c'est de permettre et même de provoquer une perpétuelle remise en cause des méthodes d'évaluation des dommages-intérêts pour les adapter immédiatement et concrètement aux situations individuelles et aux possibilités nouvelles de soulagement des victimes résultant de l'évolution des sciences, des techniques et des conditions sociales <sup>1761</sup>. Il faut ajouter que, pour les dépenses et pertes évaluables en argent, la règle de réparation intégrale est d'une application relativement facile et que son caractère objectif élimine heureusement les incertitudes qui résulteraient par exemple de l'application d'un critère faisant appel à l'équité<sup>1762</sup>.

Cette règle présente donc des avantages décisifs et importants et il ne saurait, bien entendu être question de l'écarter ou de l'abandonner dans son principe, particulièrement dans les relations avec les consommateurs lesquels doivent bénéficier d'une protection spéciale.

## **2- Les conséquences du principe de la réparation intégrale :**

La conséquence principale de ce principe est que la gravité de la faute est sans influence sur le montant de la réparation ; il ne s'agit pas de punir l'auteur, c'est le droit pénal qui, éventuellement, s'en chargera s'il y a à la fois, faute civile et faute pénale ; il ne s'agit que

---

<sup>1759</sup> - Ibid. p. 114.

<sup>1760</sup> - G. Viney et P. Jourdain, op. cit. p. 115.

<sup>1761</sup> - Ibid.

<sup>1762</sup> - Ibidem.

d'indemniser la victime<sup>1763</sup>. Le montant de l'indemnité est apprécié souverainement par les juges du fond, qui n'indiquent que rarement les éléments dont ils tiennent compte pour évaluer la réparation<sup>1764</sup>. L'évaluation du dommage est en effet une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour suprême<sup>1765</sup>.

En effet, le domaine de pourvoir souverain des juges du fond est extrêmement vaste<sup>1766</sup>. La Cour Suprême dispense en effet les juridictions du fond de préciser les éléments sur lesquels elles fondent cette évaluation. Dans le même sens, selon une formule maintes fois répétée, la Cour de Cassation française affirme que « le juge justifie l'existence de dommages par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant »<sup>1767</sup> ou que les juges du fond apprécient souverainement les divers chefs de préjudice qu'ils retiennent et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale<sup>1768</sup>. C'est dire clairement que la Cour régulatrice se refuse en principe à contrôler les méthodes et les bases d'évaluation adoptées par les juridictions du fond. Elle précise d'ailleurs souvent qu'aucune règle ne prescrit aux juges d'employer une méthode déterminée pour estimer l'importance du préjudice<sup>1769</sup>. Bien plus, elle admet que sur cette question des méthodes d'évaluation, les juges du fond ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation<sup>1770</sup>, et les dispense ainsi parfois de répondre aux conclusions présentées devant eux.<sup>1771</sup>

Enfin, elle reconnaît aux juges la possibilité d'allouer plusieurs indemnités sans avoir à justifier l'existence de plusieurs préjudices distincts.<sup>1772</sup> Et l'inverse si, à la suite d'un fait dommageable unique, plusieurs préjudices se sont manifestés, elle se contente en principe d'une évaluation globale, sans exiger le détail des sommes allouées pour chaque chef de dommage.<sup>1773</sup>

Concernant la date à laquelle il convient de se placer pour apprécier le dommage et fixer la réparation, cette question a été fort discutée car les instances même de la fixation de la

---

<sup>1763</sup> - J. Flour, J. Luc Aubert, E. Savaux, op. cit. p. 373.

<sup>1764</sup> - J. Schmidt, op. cit. p. 554.

<sup>1765</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 59.; Cass. Crim. 3 dec. 1969, J.C.P. 1970, II. 16353.

<sup>1766</sup> - G. Viney, P. Jourdain, op. cit. p. 126.

<sup>1767</sup> - V. notamment, Soc. 17 mars 1961, Bull. civ. 1961, IV. p. 292, et Civ. 2<sup>e</sup>, 15 fév. 1962, Bull. civ. II. p. 130.

<sup>1768</sup> - V. Civ. 2<sup>e</sup>, 11 juill. 1983, Bull. civ. II. n° 153. V. également Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 1988, JCP. 1989, IV. p. 240.

<sup>1769</sup> - V. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 nov. 1965, Bull. civ., II. p. 617 et Civ. 20 dec. 1966, D. 1967, p. 169, note M. Leroy.

<sup>1770</sup> - V. notamment Civ. 5 avr. 1973, JCP. 1973, II. p. 202.

<sup>1771</sup> - V. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avr. 1966, Bull. civ. II. n° 498, p. 354.

<sup>1772</sup> - Civ. 19 juin 1963, Bull. civ. I. p. 284.

<sup>1773</sup> - V. notamment Civ. 2<sup>e</sup>, 15 dec. 1986, Bull. Civ., II. n° 193, p. 131 et Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1991, Bull. Civ. I. n° 249, obs. G. Viney.

réparation sont souvent longues et pendant leurs cours, des faits nouveaux peuvent se produire qui modifient le dommage lui-même, ou l'efficacité des moyens de réparation, y compris le pouvoir d'achat de la monnaie<sup>1774</sup>.

La jurisprudence est maintenant bien établie dans le sens que comporte le principe de réparation intégrale : c'est au jour où la justice statue que l'appréciation doit se faire pour réaliser une adéquate aussi parfaite que possible la réparation avec le préjudice.<sup>1775</sup>

La règle de l'évaluation du dommage au jour du jugement lorsqu'elle est appliquée, a pour conséquence que le juge tiendra compte des modifications de ce dommage et des fluctuations de cours survenues depuis sa réalisation<sup>1776</sup>. La dette de réparation est, en effet, une dette de valeur<sup>1777</sup>.

En outre, se pose le problème d'évaluation en cas d'évolution du préjudice<sup>1778</sup>. Le moment des dommages-intérêts peut-il évoluer en cas de diminution ou d'aggravation du préjudice postérieur au jugement ? Si une possibilité de révision a été réservée dans le jugement, elle s'applique sans difficulté, mais si le jugement n'a rien prévu, l'autorité de la chose jugée ne fait-elle pas obstacle à toute révision ? La jurisprudence française procède à une distinction qui s'explique plus par une faveur pour la victime que par des arguments rationnels : il faut distinguer entre amélioration et aggravation de l'état de la victime. Dans le premier cas, l'indemnité ne peut être diminuée<sup>1779</sup>. S'il y a aggravation du préjudice, ne peut-on plus en principe être augmentée, mais la victime peut toujours tenter une nouvelle action à condition que les éléments nouveaux d'aggravation se soient révélés après le jugement et fassent ainsi obstacle à l'autorité de la chose jugée qui exige une identité d'objet<sup>1780</sup>.

---

<sup>1774</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op. cit. pp. 741.743.

<sup>1775</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op. cit. p. 743.

<sup>1776</sup> - Cass. Com. 16 fév. 1954, D. 1954, 534 note Rodière.

<sup>1777</sup> - Cass. Civ 19 nov. 1953, D. 1954, 361, note R. Savatier.

<sup>1778</sup> - F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac et H. Lecuyer, op. cit. p. 417.

<sup>1779</sup> - Civ. 12 oct. 1972. D. 1974, 536, note Ph. Malaurie, JCP. 1974, II. 17609. note C. Brousseau.

<sup>1780</sup> - Civ. 2<sup>e</sup>, 6 janvier 1993 RTD civ. 1993, 587. obs. P. Jourdain.

## **Section 02 : La réparation du préjudice précontractuel de nature contractuelle.**

Durant la phase de négociation, la responsabilité contractuelle peut être engagée suite à la violation d'une obligation contractuelle organisée pendant cette période, ou pour inexécution d'un contrat préparatoire.

La sanction de ces fautes précontractuelles de nature contractuelle se manifeste lors de l'existence d'un préjudice réparable d'une part (1) et d'autre part de la réparation de ce préjudice (2).

### **Paragraphe 01 : Le préjudice contractuel.**

Pour obtenir la réparation, le créancier doit justifier en matière de responsabilité contractuelle d'un préjudice né de l'inexécution du contrat ou de l'exécution tardive. C'est seulement, s'il y a préjudice que le débiteur est condamné à la réparation<sup>1781</sup>.

En pareil cas, l'inexécution d'un contrat préparatoire, ou la négligence d'une obligation de négocier de bonne foi, cause un préjudice de nature contractuelle qui donnera lieu à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'auteur du dommage.

D'ailleurs, il faut souligner que le préjudice, n'est pas seulement une condition de responsabilité civile, mais, en effet en application du principe de la réparation intégrale, il joue également un rôle essentiel pour mesurer la dette de réparation<sup>1782</sup>. Donc notre étude se penchera dans un premier temps sur la conception du préjudice contractuel, en suite sur les caractères du préjudice.

#### **A/ La conception du préjudice contractuel :**

L'étude de la conception du préjudice contractuel consiste à la recherche de sa définition (1) et ses différentes sortes (2).

---

<sup>1781</sup> - V. dans ce sens l'article 176 c.civ.

<sup>1782</sup> - G.Viney, P. Jourdin, op. cit. p. 06.

## 1- La définition du préjudice :

La notion de préjudice se trouve dans les articles 176, 182, 184, 185 et 186 du code civil, mais aucune de ces règles n'a donné une définition précise du préjudice. Ces textes signalent seulement la nécessité d'un préjudice pour qu'il y ait responsabilité contractuelle, ensuite réparation.

Toutefois, il ne faut pas confondre le préjudice et l'inexécution de l'obligation ; le préjudice ne consiste pas simplement en l'inexécution de l'obligation, c'est-à-dire que l'inexécution de l'obligation ne s'identifie pas au préjudice. Elle en est la cause. C'est parce que l'obligation n'est pas exécutée que le créancier peut subir un préjudice dont la réparation doit être mise à la charge du débiteur si cette inexécution lui est imputable et si les conditions de la responsabilité sont réunies<sup>1783</sup>.

La doctrine a défini le préjudice comme étant la lésion qui touche la personne dans l'un de ses droits ou la lésion d'un intérêt légitime<sup>1784</sup>.

Pour qu'il y ait dommage il faut que la prétendue victime établisse qu'elle a perdu quelque chose en raison du fait qu'elle impute au responsable<sup>1785</sup>.

C'est ce qu'a admis, également la Cour Suprême en considérant qu'il y a préjudice si l'inexécution du contrat laisse passer pour le créancier un intérêt ou un profit<sup>1786</sup>.

En effet toute violation d'une obligation contractuelle de négociant de bonne foi, négligence ou faute d'exécution d'un contrat préparatoire ou avant contrat peut constituer un préjudice réparable pouvant être indemnisé par l'allocation des dommages-intérêts à la partie qui a subi ce préjudice<sup>1787</sup>.

---

<sup>1783</sup> - F. Naceur, thèse, op. cit. p. 286.

<sup>1784</sup> - G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, op. cit. p. 11.

<sup>1785</sup> - Cette perte doit lui avoir été imposée, si elle résulte d'un choix volontaire, il n'y a pas de dommage, civ. 2<sup>e</sup>, 15 janv. 1997, Resp. civ. et assur. 1997.

<sup>1786</sup> - Cour Suprême, Ch. Civ. 27.11.1985, Dossier n° 41783, R. J. n°01, 1990, p. 43.

<sup>1787</sup> - R. Monzer, op. cit., p. 477.

## 2- les sortes de prejudice :

Le dommage dont le creancier peut faire état est presque toujours materiel ou corporel. Il peut consister en une perte averée ou un gain manqué<sup>1788</sup>. Le nouvel article 182 bis du code civil à introduit le prejudice moral<sup>1789</sup>.

En droit francais l'invocation d'un dommage moral est beaucoup plus rare qu'en matière délictuelle. Dans un premier mouvement, la jurisprudence avait refusé de reconnaître l'existence d'un dommage moral en matière contractuelle<sup>1790</sup>, puis elle l'a finalement admis<sup>1791</sup>. En effet l'article 1148 du code civil ne fait aucune distinction entre ces différents types de dommages.

Aux termes de l'article 182/2 du code civil, la reparation est due, pour la perte éprouvée et le gain manqué du fait de l'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation. C'est la perte éprouvée par le patrimoine du creancier, du fait de l'inexécution ou le retard dans l'exécution par le débiteur, soit parcequ'une valeur devait entrer dans le patrimoine et n'y entre pas (par exemple, le bien vendu n'est jamais livré), soit parcequ'une valeur qui se trouvait dans le patrimoine du créancier ne s'y trouve plus (par exemple, la chose que devait restituer le débiteur n'est pas restituée)<sup>1792</sup>.

En d'autres termes, la perte éprouvée represente tout ce qui a indument appauvri la victime : aussi, lorsque le dommage porte sur une chose, elle comprend tout ce qui est nécessaire à son remplacement à l'identique ou en tout cas de facon aussi identique que possible dans le patrimoine du créancier<sup>1793</sup>.

Une partie de la doctrine considère que la perte subie est soit une diminution de l'actif, soit une augmentation du passif<sup>1794</sup>.

La diminution de l'actif correspond au manque de la chose, à l'avarie totale ou partielle du bien, à une quantité ou une qualité insuffisante de la prestation promise. Le créancier obtiendra à ce titre des dommages-intérêts calculés en fonction de la valeur venale ou « comptable » du bien<sup>1795</sup>. A cela s'ajoutent, toujours au titre de la diminution de l'actif, tous les

---

<sup>1788</sup> - Art. 182. al. 02. c. civ. et aussi l'article 1149 du c.civ.fr.

<sup>1789</sup> - V. Art.182bis, c. civ.

<sup>1790</sup> - Paris 27 mars1873, DP. 1874. II. p. 129, S. 1874, 1. p. 477.

<sup>1791</sup> - T. Com. Seine, 20 fev. 1932, Gaz. Pal. 1932, 1. p. 895.

<sup>1792</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 287.

<sup>1793</sup> - I. Chartier, La reparation du prejudice, Dalloz, 1983, n° 78 cité par F.Naceur.

<sup>1794</sup> - Y. Marie Laithier, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat éd. L.G.D.J, 2004, p. 167.

<sup>1795</sup> - G. Viney, P. Jourdain, Les effets de la responsabilité, op, cit. n° 95.

cas d'endommagement et de dépréciation que le bien livré a fait subir à d'autres éléments du patrimoine du créancier. C'est l'hypothèse classique et universelle de la contamination du troupeau par la bête malade<sup>1796</sup> ou, dans le même esprit, celle plus moderne de la destruction du disque dur d'un ordinateur, suite à l'utilisation d'une disquette (C.D Rom) infectée d'un virus<sup>1797</sup>, celle de locaux ou stocks endommagés par un incendie causé par une pièce défectueuse, Celles de récoltes détruites par un produit herbicide<sup>1798</sup>, ... etc.

La seconde composante de la perte subie est l'augmentation du passif, c'est-à-dire l'alourdissement des charges rendu nécessaire par l'inexécution de l'obligation. Il s'agit de toutes les dépenses exposées par le créancier pour limiter, diminuer ou faire disparaître le dommage<sup>1799</sup>. Entrent notamment dans cette catégorie les frais de conservation, de démenagement, de manutention, de transport de la chose, de gardiennage<sup>1800</sup>. Ainsi, ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1149 du code civil français, la Cour d'appel qui, pour fixer le montant de la condamnation, a exclusivement pris en compte la valeur résiduelle du véhicule accidenté « sans s'expliquer sur l'absence de remboursement des frais de remorquage, dont la prise en charge avait été sollicité »<sup>1801</sup>. Ces dépenses comprennent également les frais de correspondance, de recouvrement, d'expertise, d'avocat et plus généralement les « couts de transaction » lorsqu'ils ont pour objet de réduire le dommage<sup>1802</sup>. Relevent enfin de l'augmentation du passif toutes les dépenses liées à la responsabilité du créancier envers ses cocontractants, qu'elle soit conventionnelle (clauses forfaitaires de dommages-intérêts ou clauses pénales) ou légale (frais et dépenses judiciaires, dommages-intérêts)<sup>1803</sup>.

Pour le gain manqué, la certitude du dommage précontractuel est plus discutable<sup>1804</sup>. S'agissant d'une obligation précontractuelle de nature contractuelle, le gain manqué est le manque à gagner du créancier résultant de l'inexécution ou du retard dans l'exécution de cette obligation.

« Le gain manqué c'est tout ce qui n'a pas enrichi le créancier, c'est l'espoir déçu »<sup>1805</sup>.

---

<sup>1796</sup> - Y. Marie Laithier, préc.

<sup>1797</sup> - V. Com. 25 nov. 1997, D. 1999, Somm. p. 16, obs. O. Tournafond.

<sup>1798</sup> - V. Civ. Ire, 20 nov. 1990, D. 1991, p. 455, note J. L. Aubert.

<sup>1799</sup> - Y. Marie Laithier, op. cit., p. 170.

<sup>1800</sup> - G. Viney, P. Jourdain, Les effets de la responsabilité, op. cit. n°101, p. 196.

<sup>1801</sup> - Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sep. 1997, Bull. I. n°257.

<sup>1802</sup> - Y. Marie Laithier, préc.

<sup>1803</sup> - P. Engel, Traité des obligations en Droit Suisse, 2<sup>e</sup> éd. Berne, Stampfli éditions 1997, p. 717.

<sup>1804</sup> - D. Allag-Zennaki, Contrats, op. cit. p. 58.

<sup>1805</sup> - Y. Chartier, op. cit., n° 122.



Dans la même ligne, on peut encore signaler que la perte de l'espoir de conclure un ou plusieurs contrats dont la victime attendait un profit ou un avantage quelconque a été considéré comme susceptible de fonder une action en responsabilité<sup>1806</sup>. De même que la perte de l'espoir de voir se poursuivre l'exécution d'un contrat lucratif<sup>1807</sup>, ou de profiter d'un avantage que, par suite d'une fausse information donnée au cours de la période précontractuelle l'une des parties croyait avoir acquise<sup>1808</sup>.

Le problème peut se poser, par exemple, concernant, l'indemnisation de la perte d'une chance de conclure le contrat projeté. Comme si les négociateurs ont pris toutes les mesures de conclure le contrat projeté, mais par le fait de l'inexécution ou d'une exécution retardée d'un contrat préparatoire par l'un des parties, le contrat définitif n'a pas été conclu. Alors le négociateur malchanceux, convaincu de la conclusion du contrat objet des négociations infructueuses n'aurait pas la chance d'en tirer profit<sup>1809</sup>.

En principe, seuls les préjudices déjà réalisés, comme les frais engagés lors des négociations organisées devraient donner lieu à indemnisation.

Pourtant l'article 182 alinéa 2 du code civil fait état de la réparation des « gains dont le créancier a été privé », tout en la conditionnant au fait que ce gain manqué « soit la suite normale de l'inexécution de l'obligation ». Cet article définit cette « suite normale » comme celle qui « comprend » le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter<sup>1810</sup>. « Cela signifierait que le gain manqué doit correspondre à une perte de chance suffisamment sérieuse »<sup>1811</sup>. Il faudrait que la faute commise lors de la rupture des négociations, soit la cause directe du préjudice consistant dans la perte de la chance de réalisation du gain que permettait d'espérer la conclusion du contrat<sup>1812</sup>. Il faut donc un lien de causalité entre la faute de la rupture unilatérale des négociations et la perte certaine de la chance de réaliser le gain excompté.

Conformément aux dispositions de l'article 182, la faute commise dans la rupture des négociations consiste en une perte de chance de conclure un autre contrat que celui qui faisait l'objet des négociations, Il faudrait seulement prouver que la victime avait une probabilité suffisante de conclure avec autrui, c'est-à-dire prouver que le préjudice a un caractère

---

<sup>1806</sup> - Civ. 2e, 18 dec.1963, Bull. civ. II. 1963, p. 635.

<sup>1807</sup> - Civ. 2°, 8 juin. 1972, JCP. 1972, II. p. 199.

<sup>1808</sup> - Civ. 1re, 4 oct. 1978, Bull. civ. I.292.p.227.

<sup>1809</sup> - D. Allag-Zennaki, Contrats, op. cit. p. 58.

<sup>1810</sup> -V. Art. 182 al. 02. C. Civ.

<sup>1811</sup> - C.E. 01/04/2003, Dossier n°7934, non publié, cité par D. Zennaki.

<sup>1812</sup> - D. Allag-Zennaki, Contrats, op. cit. p. 58.

certain.« D'ailleurs la certitude du préjudice ne nécessite pas que celui-ci soit déjà réalisé, ce qui est le cas en matière de gain manqué »<sup>1813</sup>.

Concernant le dommage moral,sa réparation est prévu par le nouvel article 182 bis du code civil.Il peut être occasionné suite à la rupture des négociations, comme par exemple l'atteinte à la notoriété d'un partenaire<sup>1814</sup>.La jurisprudence française a décidé que le dommage réparable pouvait être moral, ce qui lui a notamment permis d'affirmer la responsabilité de son auteur, en cas d'atteinte à l'honneur, ou à la considération<sup>1815</sup>.

En principe le caractere extrapatrimonial de l'intérêt ne fait pas obstacle à la possibilité d'une condamnation civile contre le responsable<sup>1816</sup>, et qu'il n'y a pas de distinction à faire à cet égard, entre responsabilité contractuelle et responsabilité delictuelle.

Le principe de la réparation du préjudice moral se trouve d'ailleurs confirmé aujourd'hui par plusieurs textes législatifs<sup>1817</sup>, dont le plus général est l'article 03, alinea 2 du code de procédure pénal français qui dispose « l'action civile sera recevable pour tous les chefs de dommages, aussi matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite ». Là ou le dommage moral coexiste avec un dommage patrimonial, sa réparation a d'ailleurs souvent permis aux tribunaux, sans le dire, d'user de ce « chef de prejudice » pour augmenter les dommages-intérêts mis à la charge du responsable, dans la mesure ou, faisant remplir par l'indemnité une fonction de peine privé, ils ont estimé que l'attitude de l'auteur du dommage était nettement répréhensible<sup>1818</sup>.

## **B/ Les caractères du préjudice réparable :**

Pour être reparable, le prejudice doit reunir trois conditions.

Selon l'article 182 du code civil, il faut que le prejudice soit établi (1), direct (2) et prévisible (3).

---

<sup>1813</sup> - Ibid.

<sup>1814</sup> - Ibidem.

<sup>1815</sup> - Cass. 2e, civ. 13 oct. 1955, D. 1956, somm. 32.

<sup>1816</sup> - G. Viney, P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, op., cit. p. 24.

<sup>1817</sup> - Y. Chartier, op.cit. n°119.

<sup>1818</sup> - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., p. 691.

## 1- Le préjudice doit être établi :

L'exigence d'un dommage certain signifie surtout qu'il ne peut y avoir de responsabilité que si l'on a la certitude que le dommage c'est déjà réalisé (préjudice actuel) ou se réalisera (préjudice futur).

La certitude du préjudice explique la nécessité qu'existe une véritable lésion subie par la victime, laquelle doit pouvoir démontrer qu'elle a approuvé une perte ou une dégradation par rapport à un état antérieur<sup>1819</sup>.

Le préjudice actuel est certain donc nécessite la réparation<sup>1820</sup>. Mais le préjudice ne peut pas toujours être actuel, il peut être futur et peut être considéré comme certain lorsque c'est un préjudice appelé à se prolonger dans le temps<sup>1821</sup>. Un dommage futur est un dommage certain, dès lorsqu'il n'est pas douteux qu'il se réalisera<sup>1822</sup>.

Le dommage actuel et le dommage futur s'opposent ainsi au dommage éventuel, dont la réalisation n'est pas certaine et qui ne peut donner lieu à réparation, tant que l'éventualité ne s'est pas transformée en certitude<sup>1823</sup>. Au contraire le dommage futur est réparable. Le préjudice bien que futur, peut être réparé par l'allocation de dommages- intérêts à la victime si ce dernier est le prolongement certain et direct de l'état actuel<sup>1824</sup>.

La perte d'une chance fait la distinction entre le préjudice futur réparable et le préjudice éventuel non réparable. Elle est aussi un dommage réparable, c'est la disparition par le fait du défendeur d'une éventualité favorable qui devait se produire dans un avenir proche et qui n'a pu être tentée<sup>1825</sup>.

Cependant, comme il demeure une incertitude dans la perte de chance qui est difficile à évaluer, les juges du fond n'accordent pas la totalité du gain espéré mais une fraction, qu'il évalue par rapport aux chances perdus. La perte de chance est un dommage particulier, intermédiaire entre le dommage éventuel non réparé et le dommage certain qui lui est entièrement réparé, La jurisprudence a donc admis que la perte d'une chance réelle est

---

<sup>1819</sup> - <http://fr.wikipedia.org/wiki/dommage.en.droit.civil.français>.

<sup>1820</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 289.

<sup>1821</sup> - Y. chartier, op. cit. n°17, p.26.

<sup>1822</sup> - F. Naceur, préc.

<sup>1823</sup> - F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit. p. 678.

<sup>1824</sup> - J. Flour, J. Luc Aubert, E. Savaux, op. cit. p. 126, civ. 2<sup>e</sup>, 15dec. 1971, Bull. civ. II. n°345.

<sup>1825</sup> - <http://wikipedia.prg>.

sérieuse constituait un préjudice certain, appelant réparation<sup>1826</sup>. Lorsqu'il s'agit d'une réparation judiciaire telle qu'elle est prévue à l'article 182 alinea 1 du code civil, la preuve du préjudice incombe au créancier ; si le créancier demande l'exécution en nature, il n'ya pas à apporter la preuve du préjudice car l'inexécution suffit pour le prouver<sup>1827</sup>.

Si au contraire, le créancier demande l'exécution par équivalent, il doit prouver le préjudice que lui a causé l'inexécution du débiteur ou son exécution tardive<sup>1828</sup>.

Mais lorsqu'il s'agit d'une réparation légale<sup>1829</sup> ou d'une réparation conventionnelle<sup>1830</sup> (clause penale), il n'y a pas lieu pour le créancier à apporter de preuve du préjudice. Cependant la réparation fixée par la convention n'est pas due si le débiteur établit que le créancier n'a pas subi de préjudice<sup>1831</sup>. Comme le juge peut réduire la réparation conventionnelle si le débiteur établit qu'il est excessivement exagéré ou que l'obligation principale a été partiellement exécutée<sup>1832</sup>.

De même le juge peut réduire le montant de la réparation ou le refuse, si le créancier a, par sa faute, contribué à créer le préjudice ou à l'augmenter<sup>1833</sup>.

## **2- Le préjudice doit être direct :**

En ce qui concerne le caractère direct du préjudice, il n'est pas niable qu'il est en principe exigible.

Il en est ainsi du préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter<sup>1834</sup>.

L'article 1151 du code civil français, en cas de responsabilité contractuelle précise que « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». De ce fait, le débiteur est donc tenu du préjudice direct prévisible et ne sera pas tenu du

---

<sup>1826</sup> - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, préc. p. 680.

<sup>1827</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 290.

<sup>1828</sup> - C. S. Ch. Civile, 19 nov. 1990, n°63149, recueil jurisp. 1992, 1, p. 20.

<sup>1829</sup> - Art. 182 alinea 01 du code civil.

<sup>1830</sup> - Art. 183 du code civil.

<sup>1831</sup> - Art. 184 alinea 01 du code civil.

<sup>1832</sup> - Art. 184 alinea 02 du c.civ.

<sup>1833</sup> - Art. 177 du code civil.

<sup>1834</sup> - Art. 182 al. 2 du c.civ.

préjudice direct imprévisible qu'en cas de dol ou de faute lourde<sup>1835</sup>, ce qui n'est pas le cas dans la responsabilité extracontractuelle ou la réparation concerne l'intégralité du préjudice prévisible et imprévisible<sup>1836</sup>. Le caractère direct du préjudice signifie aussi que celui-ci doit avoir été causé par la faute du débiteur, c'est à dire qu'il doit exister entre faute et dommage, un lien de causalité<sup>1837</sup>. Ainsi les juges du fond rélevont que la faute est directement déterminante du dommage<sup>1838</sup>.

### **3- Le préjudice doit être prévisible :**

Une différence importante mérite d'être notée : dans la responsabilité contractuelle seul le dommage prévisible peut en principe être réparé<sup>1839</sup>. Selon l'article 182 alinéa 3 du code civil, il faut que le préjudice résultant de l'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation imputable au débiteur ait pu être prévu au moment de la conclusion du contrat. Donc le préjudice imprévisible n'est pas considéré.

L'article 1150 du code civil français disposant en ce sens que : « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Cet article est traditionnellement présenté par la doctrine comme une conséquence inéluctable de l'autonomie de la volonté, traduisant une spécificité indispensable de la responsabilité contractuelle<sup>1840</sup>. Si le dommage imprévisible n'est pas réparable, c'est parce qu'il n'est pas entré dans le champ de la volonté contractuelle<sup>1841</sup>. L'article 1150 permettant ainsi d'ajuster et d'équilibrer l'étendue de la responsabilité du débiteur avec celle des engagements qu'il a souscrits, des engagements acceptés ou qui auraient dû l'être<sup>1842</sup>. La justification de cette règle paraît tellement solide, qu'elle est reprise telle qu'elle dans les différents projets de réforme du droit de la responsabilité, qu'ils soient internes ou européens<sup>1843</sup>. En effet, aux termes de l'article 1366 de l'avant-Projet Catala : « sauf dol ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisible lors de la formation du

---

<sup>1835</sup> - Art. 183 al. 3 du c.civ.

<sup>1836</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 291.

<sup>1837</sup> - J. Flour, Luc Aubert et E. Saveaux, op. cit. p. 125.

<sup>1838</sup> - Civ. 2<sup>e</sup>, 5 avril 1973. Bull. civ. II. n° 137.

<sup>1839</sup> - F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac, H. Lecuyer, op. cit. p. 225.

<sup>1840</sup> - I. Souleau, La prévisibilité du dommage contractuel, n°173.

<sup>1841</sup> - Civ. 1<sup>er</sup>, 11 mai 1982, RTD civ. 1983, 145.

<sup>1842</sup> - Y. Chartier, op. cit. n°61.

<sup>1843</sup> - M. Bacache, Le dommage prévisible, Recueil Dalloz, 2011. p. 1725.

contrat <sup>1844</sup> ». La règle figure également dans le Projet-Terré, lequel, en son article 118 infine précise que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'ont été prévus ou qu'on pouvait raisonnablement prévoir lors de la conclusion du contrat, lorsque l'inexécution n'est point due à son dol ou à sa faute lourde » <sup>1845</sup>. La justification de la règle énoncée à l'article 1150 devrait alors en déterminer les limites. Si la réduction de la réparation au dommage prévisible se justifie par le respect du contrat en tant qu'acte de prévision, cette spécificité de la responsabilité devrait se limiter à ce qui fait le contrat, c'est-à-dire aux obligations strictement contractuelles <sup>1846</sup>.

D'après l'article 182 alinéa 3 du code civil, s'il y a dol ou faute lourde du débiteur, celui-ci est tenu même du préjudice imprévisible.

Le législateur assimile la faute lourde au dol mais ce n'est dire, pour autant, que les deux notions se confondent. On pense que le législateur n'a pas voulu faire de la faute lourde une faute intentionnelle mais tout simplement que le débiteur devait, dans les soins apportés à l'exécution de son obligation, tenir compte de leur importance <sup>1847</sup>. En effet, le contrat doit être exécuté de bonne foi (art. 107.c.civ) le dommage causé par le débiteur de mauvaise foi doit être réparé par lui intégralement, quand même il n'en aurait pas prévu l'étendu au moment de la conclusion du contrat <sup>1848</sup>.

## **Paragraphe 02 : La réparation du préjudice.**

La réparation du préjudice contractuel n'obéit pas à des règles d'ordre public, en sorte que le contrat peut prévoir les règles de cette réparation <sup>1849</sup>. Seront envisagés donc les modalités de cette réparation (A) en suite la détermination de l'indemnité de réparation (B)

### **A/ Les modalités de la réparation :**

La première question est de savoir si la réparation en nature est envisageable en cas de dommage causé par l'inexécution d'un avant contrat. D'après le code civil, il n'y a pas de réparation en nature. L'article 176 est impératif, ce n'est que lorsque l'exécution en nature

---

<sup>1844</sup> - La même règle est reprise par la proposition Beteille du 9 juill. 2010, (texte n°657) à l'article 1386-16, c. civ. Fr.

<sup>1845</sup> - Pour une réforme du Droit de la responsabilité civile, Ss. la dir. de F. Terré, Dalloz, 2011.

<sup>1846</sup> - M. Bacache, Le dommage prévisible, Recueil Dalloz, 2011, p. 1725.

<sup>1847</sup> - Y. Chartier, op. cit., pp.104 et 105.

<sup>1848</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 293.

<sup>1849</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 303.

devient impossible que la réparation aura lieu <sup>1850</sup>. La réparation peut être soit en nature (1) soit par équivalent (2).

### **1- La réparation en nature :**

Lorsque l'obligation inexécutée avait pour objet la négociation du contrat définitif, la réparation en nature ne paraît pas possible. Elle consisterait, en effet, dans la négociation forcée du contrat, solution peu réaliste et qu'aurait peu de chance d'aboutir à un succès, parce que l'obligation de négocier ne s'identifie pas à l'obligation de conclure le contrat projeté et l'exécution forcée ne peut constituer une mesure satisfaisante pour le créancier <sup>1851</sup>.

Lorsque l'obligation contractuelle est encore possible d'exécution en nature, il est évident que le débiteur soit contraint à l'exécution forcée de celle-ci, c'est le cas de dépositaire encore en possession de la chose déposée et qui refuse de la restituer <sup>1852</sup>.

L'article 176 du code civil semble exclure la réparation en nature. D'après cette disposition deux possibilités sont fournies par le créancier : Celle de l'exécution forcée en nature et celle de l'inexécution qui aboutit à la réparation pécuniaire pour obtenir l'équivalent de la prestation prévue au contrat.

L'article 176 du code civil ne permet pas donc au juge d'accorder au créancier, une réparation autre que la réparation pécuniaire. Néanmoins cette interdiction au juge d'ordonner la réparation en nature ne semble pas absolue <sup>1853</sup>.

Lorsqu'il s'agit d'un cas d'inexécution d'obligation ou d'une obligation de ne pas faire par le débiteur, le juge peut autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation aux frais du débiteur si cette exécution est possible (art. 170 et 173 c.civ.), dont on trouve application dans l'article 870 du code civil ou le législateur emploie expressément la formule « réparation en nature » <sup>1854</sup>.

L'exécution forcée en nature pose des problèmes délicats à propos des promesses synallagmatiques de contrats (en particulier en ce qui concerne les promesses de vente d'un immeuble).

La promesse synallagmatique est un contrat par lequel les parties donnent leur consentement au contrat définitif, mais prévoient l'accomplissement d'une formalité supplémentaire, la

---

<sup>1850</sup> - Art. 176. c. civ.

<sup>1851</sup> - J.Schmidt, op. cit., p.564.

<sup>1852</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 303.

<sup>1853</sup> - F. Naceur, op. cit., p. 304.

<sup>1854</sup> - Ibid.

première difficulté consiste à savoir s'il s'agit d'un contrat préliminaire, ou du contrat définitif<sup>1855</sup>.

Dans un contrat consensuel, la promesse synallagmatique n'est pas autonome par rapport au contrat définitif, car la promesse synallagmatique comporte le consentement des parties, lequel est suffisant à la formation du contrat consensuel. C'est pourquoi cette promesse vaut contrat et ne constitue plus un avant contrat. Donc, l'accord des parties doit être exécuté tel que spécifié dans les termes de la promesse, sauf stipulation contraire des parties<sup>1856</sup>.

En conséquence, lorsque les parties à une promesse synallagmatique de contrat consensuel prévoient l'accomplissement d'une formalité spécifique, telle qu'un acte authentique, cette disposition est présumée constituer une simple modalité d'exécution du contrat définitif<sup>1857</sup>.

L'inexécution d'une telle « promesse » est donc traitée comme celle du contrat définitif. Si l'une des parties refuse de participer à l'accomplissement de la formalité conventionnellement prévue (en particulier à la passation de l'acte authentique), elle peut être mise en demeure, puis condamné sous astreinte à le faire<sup>1858</sup>.

## **2- La réparation pécuniaire :**

L'article 176 du code civil dispose : « si l'exécution en nature devient impossible, le débiteur est condamné à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution de son obligation à moins qu'il ne soit établi que l'impossibilité de l'inexécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputable. Il en est de même, en cas de retard dans l'exécution de son obligation ».

Selon cette disposition, ce n'est que lorsque l'exécution en nature devient impossible que la réparation par équivalent sera possible<sup>1859</sup>.

Ce texte prévoit deux variétés de réparation à cette exécution en nature impossible : une réparation pour inexécution et une autre réparation qui correspond à une exécution tardive<sup>1860</sup>.

---

<sup>1855</sup> - J. Schmidt, op.cit.p. 565.

<sup>1856</sup> - D. Zennaki, op.cit. pp .95-96.

<sup>1857</sup> - J. Schmidt, op. cit.p. 565.

<sup>1858</sup> - Cass. Civ.1<sup>re</sup> 25 nov. 1959, Bull.civ. I. n°500.

<sup>1859</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 305.

<sup>1860</sup> - Ibid.



En effet, à la réparation en nature s'oppose la réparation par équivalent consistant en l'octroi à la victime d'un équivalent pécuniaire sous forme de dommages et intérêts<sup>1861</sup>. Cette réparation se conçoit quand la victime de la violation d'une obligation autre que pécunière, celle-ci donne lieu à exécution forcée mais non à réparation ; il ne peut être question alors que de dommages et intérêts moratoires<sup>1862</sup>.

En matière contractuelle, ou plus généralement lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'une obligation qui préexistait entre un créancier et un débiteur, une distinction est faite, entre les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts moratoires<sup>1863</sup>.

Lorsqu'il s'agit d'indemniser le créancier du préjudice que lui cause l'inexécution même de l'obligation, les dommages et intérêts sont compensatoires : cette terminologie souligne très exactement que l'allocation d'une somme d'argent tend à la réparation au moyen d'une compensation qui vient équilibrer un dommage. Lorsque l'exécution de l'obligation peut être obtenue mais qu'il y a eu retard, les dommages et intérêts qui sont accordés pour réparer le préjudice né du retard sont désignés sous le nom de dommages et intérêts moratoires<sup>1864</sup>.

En fin les différents cas d'exécution par équivalent qui peuvent être figurés sont :

-si l'exécution en nature du débiteur devient impossible par sa faute à moins qu'il ne soit établi que l'impossibilité d'exécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputée. Il ne sera pas tenu à la réparation à moins que le débiteur n'ait accepté de prendre à sa charge les cas fortuits<sup>1865</sup>

-Si le créancier demande l'exécution par équivalent et le débiteur ne s'oppose pas à cette exécution. Il y a donc réparation conventionnelle tacite du créancier et du débiteur<sup>1866</sup>.

-si l'exécution en nature n'est possible ou opportune que si le débiteur l'accomplit lui-même (intuitu personae) et qui n'exécute pas après avoir été astreint à le faire<sup>1867</sup>

-si l'exécution en nature est possible mais porte préjudice au débiteur.

Durant la phase précontractuelle, même en présence de contrats préparatoires tels que les contrats de négociations, les parties conservent leur droit de rompre les négociations et de refuser de s'engager, puisque le contrat définitif n'est toujours pas conclu. Les forcer à

---

<sup>1861</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op.cit., p. 737.

<sup>1862</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op.cit., p. 337.

<sup>1863</sup> - Ibid.

<sup>1864</sup> - Ibidem.

<sup>1865</sup> - V. Art. 168 al. 2 et Art. 178 al. 1 du c.civ.

<sup>1866</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 305.

<sup>1867</sup> - V. Art. 174. c. civ.

négozier se contredit avec la liberté de négociation, un des principes de base de la phase précontractuelle<sup>1868</sup>.

Bienqu'il soit un contrat complet en lui-même, le contrat de négociation reste un contrat préparatoire à la conclusion du contrat définitif. Il crée une obligation de négocier et non pas une obligation de conclure.

Son exécution en nature le demunit de tout intérêt économique<sup>1869</sup>, car si elle permet de remettre les parties sur la table de négociation, elle ne peut pas les forcer à conclure. Rien ne peut donc justifier la conclusion forcée du contrat négocié. L'exécution en nature de cette obligation ne peut en aucun cas déboucher en une conclusion du contrat principal mais en la reprise de négociation.

Par ailleurs, le juge ne peut en aucun cas, et sous aucun prétexte, se substituer à la volonté des parties et imposer la conclusion du contrat définitif. Une telle vocation remettrait en cause le concept de contrat qui n'est qu'un accord de volontés des parties<sup>1870</sup>. Pour toutes ces raisons, la doctrine française a exclu l'exécution en nature des contrats de négociations, en cas de violation de l'obligation contractuelle de négocier de bonne foi, en faveur d'une réparation par équivalent. En faisant ainsi, le droit français s'aligne sur la position de la common law.

La réparation par équivalent ne se restreint pas, selon ce dernier aux contrats de négociation, mais elle est considérée comme règle générale en droit des contrats, la réparation en nature n'en est qu'une exception qui ne s'applique que dans des situations très spécifiques.<sup>1871</sup>

## **B/ L'indemnité de réparation :**

Aux termes de l'article 182 du code civil : « le juge fixe le montant de la réparation s'il n'a pas été déterminée dans le contrat ou par la loi. »

Donc, l'indemnité de réparation peut être contractuelle (1), comme elle peut être judiciaire ou légale (2).

---

<sup>1868</sup> - R. Monzer, op. cit. p. 477.

<sup>1869</sup> - J. Schmidt-Szalewski, « La force obligatoire à l'épreuve des avant contrats », RTD civ, n°1, 2000, p. 25.

<sup>1870</sup> - R. Monzer, op.cit. p. 477.

<sup>1871</sup> - F. Bellivier et R. Sefton-Green, « Force obligatoire et exécution en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises de comparatisme », in Le contrat au début XXI siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ. 2001, p. 91 et s.

## 1- La stipulation conditionnelle de l'indemnité.

« Les parties peuvent prévoir dans leur contrat une clause par laquelle elles fixent à l'avance le montant de la réparation en cas d'inexécution »<sup>1872</sup>.

Il s'agit de la clause pénale dont on va tout d'abord donner la définition (a) ensuite voir ses conditions (b) et ses effets (c).

### a) Définition de la clause pénale :

La clause pénale est définie par l'article 183 du code civil comme « celle par laquelle les parties peuvent fixer d'avance le montant de la réparation, soit dans le contrat, soit dans un acte ultérieur<sup>1873</sup> ... ». Donc, d'après ce texte, les contractants fixent eux mêmes, d'avance le montant de l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation. Il s'agit d'une évaluation contractuelle et forfaitaire des dommages et intérêts.

Le code civil a consacré de différents textes pour la clause pénale, ainsi l'article 185 qui se trouve inséré dans la section consacrée aux dommages et intérêts contractuels, valide explicitement la clause d'évaluation forfaitaire de l'indemnisation.

« Etant donné les dangers que peut présenter la clause pénale pour certains débiteurs, le législateur permet la révision du quantum de la peine en cas d'inadéquation importante entre la peine prévue et le préjudice subi par le créancier<sup>1874</sup>.

Cette révision est due au cas où le montant, contractuellement prévu, est excessivement exagéré<sup>1875</sup> ou en cas d'une exécution partielle de l'obligation principale<sup>1876</sup>.

En droit français l'article 1226 formule une définition : « la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ». Il en résulte que la clause pénale est un engagement contractuel de caractère comminatoire<sup>1877</sup>.

Cet engagement peut avoir un objet quelconque, c'est l'engagement « à quelque chose ». Mais il a pour finalité de tendre à assurer l'exécution d'une convention, c'est -à- dire d'une

---

<sup>1872</sup> - D.Allag-Zennaki, op. cit. p. 302.

<sup>1873</sup> - V.Art. 183 du code civ.

<sup>1874</sup> - D.Allag-Zennaki, op. cit. p. 303.

<sup>1875</sup> - Art. 184 al. 2 du c. civ.

<sup>1876</sup> - Art. 184 al. 2 infime du c. civ.

<sup>1877</sup> - G.Viney, P. Jourdain, op. cit., p.442.

obligation contractuelle par la menace de la pénalité. Celle-ci s'apparente à l'astreinte<sup>1878</sup>. Elle réalise cette exécution par équivalent, par « la compensation des dommages- intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale<sup>1879</sup> ».

La clause pénale constitue « d'une part, un moyen de pression sur le débiteur : le montant de la réparation devant logiquement inciter ce dernier à exécuter et permet d'autre part, d'évacuer tout litige portant sur l'évaluation de la réparation, en évitant le recours à l'évaluation juridique »<sup>1880</sup>.

« Elle vise donc à garantir la bonne exécution du contrat et offre aussi l'avantage pour le créancier de n'avoir à établir ni l'existence du préjudice, ni son importance. Il lui suffit de démontrer la seule inexécution »<sup>1881</sup>

la clause pénale ressort particulièrement de l'article 185 du code civil qui prévoit que la réparation fixée conventionnellement ne peut pas être révisée à la hausse lorsque le préjudice subi est supérieur au montant initialement fixé<sup>1882</sup>. Ceci se justifie par le fait que la clause pénale est un forfait contractuel qui lie tout autant les parties que le juge<sup>1883</sup>.

« Néanmoins la rigueur de cette disposition est atténuée en cas de faute lourde ou de dol du débiteur, ce qui participe au maintien de la fonction sanctionnatrice de la responsabilité civile »<sup>1884</sup>.

## **b) Les conditions de la clause pénale :**

La clause pénale présente deux conditions : les unes tiennent à sa validité, les autres à sa mise en demeure.

### **b1) Les conditions de validité :**

Selon l'art 183 du code civil, la clause pénale peut être inclus dans le contrat, comme elle peut être dans un acte à part de l'acte comprenant l'obligation principale.

---

<sup>1878</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit. p. 605.

<sup>1879</sup> - G. Marty, P. Raymond, op. cit. p. 777.

<sup>1880</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit. p. 302.

<sup>1881</sup> - Ibidem.

<sup>1882</sup> - V. Art. 185 du c. civ.

<sup>1883</sup> - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit. p. 607.

<sup>1884</sup> - D. Zennaki, préc.

C'est ce qui fait que la validité de la clause pénale est subordonnée à celle du contrat dans lequel elle est incluse. Lorsque le débiteur s'est obligé soit à donner, soit à faire ou soit à ne pas faire, le but de la clause pénale est l'évaluation contractuelle de la réparation si le débiteur n'exécute pas son obligation<sup>1885</sup>. La clause pénale a, en effet un caractère accessoire par rapport à l'obligation principale prévue au contrat<sup>1886</sup>. De ce fait, la clause pénale, par application des règles de droit commun, doit suivre l'obligation principale en ce qui concerne sa validité ou sa nullité.

En cas de nullité de l'obligation principale, la clause pénale perdrait sa valeur et sera nulle à son tour. Cette clause fera échec également, en cas de résolution du contrat contenant l'obligation principale.

## **b2) Les conditions de mise en œuvre :**

L'article 183 du code civil fait état de l'application des textes 176 à 181 pour ce qui est de la clause pénale.

Ainsi, aux termes de l'article 179 du code civil : « sauf disposition contraire, la réparation n'est due que si le débiteur est mis en demeure et si l'inexécution lui est imputable<sup>1887</sup>... », il faut donc, préciser que la clause pénale ne reçoit exécution que si le débiteur n'est pas libéré par l'impossibilité d'exécution<sup>1888</sup>, par exemple cas de force majeure<sup>1889</sup>.

Dans le cas contraire, la mise en demeure est exigée pour la mise en œuvre de la clause pénale. Néanmoins, conformément aux principes généraux du droit commun et aux termes de l'article 181 al.1 du code civil cette mise en demeure n'est pas nécessaire, dans le cas où l'exécution de l'obligation principale devient impossible ou sans intérêt par le fait du débiteur par exemple : lorsque l'obligation principale ne peut être exécutée que pendant un temps déterminé et que le délai est écoulé<sup>1890</sup>.

---

<sup>1885</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 307.

<sup>1886</sup> - G. Marty, P. Raynaud, op. cit. p. 778.

<sup>1887</sup> - Art. 176 du c. civ.

<sup>1888</sup> - Art. 121 du c. civ.

<sup>1889</sup> - Art. 127 du c. civ et art. 178 du c. civ.

<sup>1890</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 308.

### **c) Les effets de la clause pénale :**

L'effet ordinaire de la clause pénale consiste à éviter toute difficulté pour l'appréciation de la réparation et, par conséquent dispenser le créancier d'avoir recours au juge pour évaluer l'indemnité qui est fixé d'avance, de façon forfaitaire.

Toutefois, dans certains cas exceptionnels ou l'application du forfait conventionnel choquerait l'équité, ce principe a été nuancé, le juge étant autorisé à intervenir pour modifier le montant des dommages et intérêts prévus par la convention <sup>1891</sup>, soit par diminuer ou écarter la clause pénale (c1) ou soit par augmenter la clause pénale (c2).

#### **c1) Le pouvoir du juge de diminuer ou d'écarter la clause pénale :**

L'article 184 dans ses alinéas 1 et 2 du code civil dispose : « la réparation fixée par la convention n'est pas due si le débiteur établit que le créancier n'a point subi de préjudice. Le juge peut réduire le montant de la réparation si le débiteur établit qu'il est excessivement exagéré ou que l'obligation principale a été partiellement exécutée ».

-Selon la première disposition, le juge peut ne point accorder de réparation si le débiteur prouve que le créancier n'a pas subi de préjudice du fait de l'inexécution de l'obligation.

-Selon la deuxième disposition, le juge peut adapter exactement la clause au montant du préjudice dans deux hypothèses : lorsque le montant de la clause pénale est excessif par rapport au préjudice effectivement causé et lorsque le débiteur a exécuté partiellement l'obligation prévu au contrat<sup>1892</sup>.

#### **c2) Le pouvoir du juge d'augmenter la clause pénale :**

L'article 185 du code civil dispose: « Lorsque le préjudice dépasse le montant de la réparation fixé par la convention, le créancier ne peut réclamer une somme supérieure à moins qu'il ne prouve le dol ou la faute lourde du débiteur. »

---

<sup>1891</sup> - G. Viney, P. Jourdain, op., cit., p. 463.

<sup>1892</sup> - D. Allag-Zennaki, op. cit., p. 303.

Les parties ont fixé définitivement le montant de la réparation pour le cas d'inexécution ou de retard. En conséquence, le créancier ne peut obtenir une somme plus élevée par le juge<sup>1893</sup>.

Le juge non plus, ne peut accorder plus que ne prévoit la clause pénale.

En ce sens, la clause pénale ressemble à la clause limitative de responsabilité.

Celle-ci fixe un maximum de la réparation qui peut être réclamé au débiteur et restreint la responsabilité de celui-ci<sup>1894</sup>.

Mais à cette règle subsiste une exception, le juge peut augmenter le montant de la réparation fixé par la convention en cas de dol ou de faute lourde du débiteur, c'est-à-dire que si le consommateur créancier prouve le dol ou la faute lourde du débiteur intervenant, le juge doit augmenter le montant de la réparation fixée par la convention de telle manière à l'adapter au préjudice causé<sup>1895</sup>.

Le législateur français a aussi donné au juge le pouvoir de modérer ou d'augmenter la clause pénale<sup>1896</sup>, lorsqu'il a ajouté un deuxième alinéa à l'article 1152 du code civil, ainsi rédigé : « néanmoins, le juge peut, même d'office modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. »<sup>1897</sup>

S'exerçant donc non seulement dans le sens de la diminution de la peine<sup>1898</sup>, mais aussi dans celui de son augmentation, le pouvoir du juge est subordonné à l'existence, à la date de sa décision<sup>1899</sup>, du caractère manifestement excessif<sup>1900</sup> ou manifestement dérisoire<sup>1901</sup> de la peine convenue.

Si les juges n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsqu'ils refusent de modifier le montant de la clause pénale<sup>1902</sup>, ils doivent, lorsqu'ils modèrent ou augmentent la peine, préciser en quoi le montant de celle-ci est manifestement excessif ou dérisoire<sup>1903</sup>.

---

<sup>1893</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 309.

<sup>1894</sup> - Ibidem.

<sup>1895</sup> - F. Naceur, op. cit. p. 309.

<sup>1896</sup> - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., p. 610.

<sup>1897</sup> - Art. 1152, al. 2, du c. civ. fr.

<sup>1898</sup> - La modération judiciaire d'une clause pénale ne lui fait pas perdre son caractère de réparation forfaitaire, de sorte que les intérêts au taux légal de la somme retenue par le juge sont dus à compter du jour de la sommation de payer (cass.civ. 12 fev. 1979, D. 1979, inf. rapp. 198.).

<sup>1899</sup> - Cass. Civ., 19 mars 1980, Bull. Civ., I, n°95, p. 95.

<sup>1900</sup> - C.A., Paris, 05 janv. 1977, D. 1977, 262, note M. Vasseur.

<sup>1901</sup> - Cass. Soc., 05 juin 1996, RGDA, 1997, n°322, Defrenois 1997.737, obs. D. Mazeaud.

<sup>1902</sup> - Cass. 3° civ. 17 juillet 1978, D. 1979, inf. rap. 151, obs. D. Landraud.

<sup>1903</sup> - Cass. 3° civ. 26 avr. 1978, D. 1978, 349.

## **2- La liquidation non-contractuelle de l'indemnité.**

Selon l'article 182 du code civil, l'indemnité de réparation peut être fixée par le juge(a) ou par la loi(b).

### **a) La fixation judiciaire de l'indemnisation :**

Aux termes de l'article 182 alinéa 2 du code civil : « la réparation couvre les pertes subies par le créancier et les gains dont il a été privé... »

S'agissant de la période precontractuelle, la réparation est en principe par équivalent, c'est-à-dire compenser le dommage en argent.

En effet, il en résulte de l'article 182 al.2 du code civil que tous les éléments du préjudice doivent donner lieu à l'obtention d'un équivalent en argent.

En outre, ce texte veut dire que la compensation du préjudice doit être intégrale du moins en ce qui concerne le préjudice matériel et corporel d'autant qu'il s'agit d'une relation entre un consommateur et un intervenant, sauf exception, le préjudice prévisible<sup>1904</sup>.

### **b) La fixation légale de l'indemnité :**

L'article 186 du code civil dispose : « lorsque l'objet de l'obligation entre personnes privées consiste en une somme d'argent dont le montant est fixé au moment de la demande en justice, le débiteur est tenu, en cas de retard dans l'exécution de réparer le dommage occasionné par ce retard ».

La réparation légale consiste ici à réparer le dommage résultant de la privation de la somme promise au créancier et dont son emploi varie selon ce qu'en voulait faire le créancier.<sup>1905</sup>

C'est pourquoi, le législateur attribue au créancier, à titre de dédommagement, la réparation légale de cette somme que la doctrine française appelle intérêt légal<sup>1906</sup> et à laquelle ne peut pas coexister en droit algérien, l'intérêt conventionnel que les parties peuvent prévoir notamment dans les contrats de prêt de consommation<sup>1907</sup>.

---

<sup>1904</sup>- F. Naceur, op. cit., p. 310.

<sup>1905</sup>- Ibid. pp. 310-311.

<sup>1906</sup>- G. Marty et P. Raynaud, op., cit., p. 750.

<sup>1907</sup>- V. art. 454 du code civil.



D'après l'article 186 du code civil, la réparation légale est soumise à des conditions qui sont :

- IL faut que l'objet de l'obligation soit une somme d'argent ce qui exclu toute obligation de livrer une chose mobilière ou immobilière.
- IL faut que le montant de la somme d'argent soit fixé, c'est-à-dire que la réparation légale ne peut être attribué que pour les sommes d'argent dont le montant est connu et fixé le jour ou le créancier assigne le débiteur en justice.
- IL faut que le créancier demande la réparation légale du fait du préjudice qu'il a subi, car la réparation légale n'est due que le jour ou le débiteur est assigné en justice.
- IL faut qu'il y ait retard dans l'exécution, c'est-à-dire que le débiteur n'a pas exécuté son obligation au terme convenu.

Le préjudice dont fait état l'article 186 du code civil, est le préjudice résultant du retard dans l'exécution et par conséquent le créancier doit prouver le préjudice du fait du retard dans l'exécution, ce qui permet au juge l'évaluation du montant de la réparation légale<sup>1908</sup>.

---

<sup>1908</sup> - F. Naceur, op.cit., p. 312.

## Conclusion :

Il peut être déduit que la période qui précède la conclusion du contrat est une phase de liberté. Elle exprime la liberté contractuelle ; chaque partie est libre de contracter ou de ne pas contracter. C'est donc le principe de l'autonomie de la volonté qui caractérise les relations précontractuelles, et qui appelle le principe du consensualisme. Seulement le consentement des parties suffit pour les lier, sans qu'il soit besoin de respecter une certaine forme<sup>1909</sup> .

En plus de la liberté contractuelle et du consensualisme, il est permis de constater que, découlant de l'autonomie de la volonté, un autre principe s'applique à la phase précontractuelle, c'est le principe de la liberté de négocier. Il donne aux parties la liberté d'entamer des négociations, de les poursuivre, de mener des pourparlers parallèles et même, de les interrompre à tout moment, sans engager la responsabilité de leur auteur<sup>1910</sup>. Si les pourparlers se caractérisent par la liberté des parties de donner ou non leur consentement à l'opération projeté, la période des pourparlers n'est pas pour autant une période de totale liberté juridique. Les parties à des pourparlers doivent respecter certaines règles, sous peine de commettre une faute pouvant être sanctionnée<sup>1911</sup>.

Ces règles ne sont pas écrites en droit algérien, elles résultent de la jurisprudence et doivent naturellement s'interpréter selon les caractéristiques de chaque négociation.

Le principe général qui détermine ou non, l'existence d'une faute dans la conduite des pourparlers, est un principe de loyauté. Ainsi les partenaires doivent donner des informations exactes, non seulement sur le contrat que la négociation a pour but de conclure, mais également sur le déroulement de la négociation elle-même.

Ils sont tenus à une obligation générale de bonne foi pendant toute la durée des pourparlers, les obligeant à conduire les négociations avec transparence et sans intention de nuire<sup>1912</sup>. En principe, ces pourparlers conduits de bonne foi peuvent aboutir à la conclusion du contrat

---

<sup>1909</sup>- S. Radu, op. cit., p. 36.

<sup>1910</sup>- Ibid.

<sup>1911</sup>- <https://www.lemoniteur.fr/article/la-phase-precontractuelle>.

<sup>1912</sup>- R. Monzer, op. cit. p. 111.

projeté sans aucun différend inattendu et aussi servent à une exécution valable et rigoureuse du contrat.

Il arrive assez souvent qu'à l'occasion des pourparlers l'une des partenaires commette une faute qui nuit à l'autre, rompre par exemple, brutalement et sans motif légitime les pourparlers, effectuer des manœuvres dolosives ou donner des informations inexactes sur la portée de la prestation qu'il offre. De même, il peut cacher un fait essentiel pour la validité du contrat.

Dans tous ces cas, la victime a un droit à réparation contre l'auteur du dommage fondé sur la responsabilité que la doctrine a qualifiée de responsabilité « précontractuelle »<sup>1913</sup>. Donc la période précontractuelle n'est pas une phase de non droit.

L'étude des aspects juridiques du processus précontractuel montre que la responsabilité délictuelle s'affirme comme la solution de principe des litiges nés de la rupture des pourparlers. Elle a un rôle moralisateur de la négociation comme le montre le critère de la faute précontractuelle et celui de confiance légitime trompée. C'est aussi le souci de moralisation qui explique l'apparition et l'extension du régime contractuel de la responsabilité précontractuelle.

L'existence d'un avant-contrat est parfois déduite du comportement des parties ou de leur volonté déclarée lorsque ces circonstances ont fait naître une confiance légitime digne de protection par le droit<sup>1914</sup>. En effet, la liberté de chaque partie au contrat de conclure ou de ne pas conclure le contrat, de rompre les pourparlers à tout moment, reste toujours le principe fondamental<sup>1915</sup>.

Par contre la rupture des négociations plus avancées, de mauvaise foi ou sans motif légitime, constitue une faute engageant la responsabilité précontractuelle du négociateur qui doit réparer tous les dommages causés à son partenaire. Ainsi la réparation du dommage causé

---

<sup>1913</sup>- C.Viney, Introduction à la responsabilité-in.J. Ghestin (dir), Traité de Droit civil, 3<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., Paris, 2008, p. 547.

<sup>1914</sup>- J. Schmidt, op. cit. p. 566.

<sup>1915</sup>- L. Belhadj, op. cit. p. 204.

suite à une rupture sans motif sérieux doit comprendre l'indemnisation de tout préjudice matériel ou moral et qui doit comprendre tous les dépenses et frais concernant les études, le transport, le matériel exposé etc..., afin de conclure le contrat projeté. L'indemnisation doit couvrir aussi le préjudice résultant de l'atteinte à la réputation et le manque à gagner que pourrait être se réalisé en cas de conclusion du contrat définitif.

De toute façon, le code civil dans sa sphère actuelle, et malgré les réformes de 2005<sup>1916</sup>, est loin de donner une réglementation concernant la phase précontractuelle et n'a rien apporté sur le processus de négociation du contrat, malgré l'importance de cette dernière dans les relations contractuelles actuelles, que ce soit au niveau national ou bien au niveau international.

Il est donc nécessaire que le législateur algérien, comme l' a fait son homologue français<sup>1917</sup>, prenne en considération l'importance de la phase précontractuelle en promulgant expressément des textes impératifs qui régissent cette phase et qui imposent des obligations précontractuelles, telles que l'obligation d'information précontractuelle et l'obligation de négocier de bonne foi et de règlementer la responsabilité précontractuelle, notamment , celle de nature contractuelle , quand la phase précontractuelle exige des avant-contrats permettant la bonne préparation du contrat définitif.

En fin le législateur doit élargir les pouvoirs du juge dans l'intervention et l'interprétation de tous les faits et les actes qui se produisent pendant la phase précontractuelle afin de mieux protéger la partie faible avant même la conclusion du contrat définitif.

---

<sup>1916</sup>- Loi n°05/10 du 20/06/2005, portant réforme du code civil, J.O, n°44du 26/06/2005.

<sup>1917</sup>- Le législateur français a introduit dans le code civil des nouveaux textes qui réglemente la phase précontractuelle par l'ordonnancen°2016/131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

# Bibliographie

## I/principaux textes législatifs et réglementaires (par ordre chronologique).

### A/ En droit algérien :

- Ordonnance n°66-156 du 08juin 1966 portant code pénal, modifiée et complétée.
- Ordonnance n°75-58 du 26septembre1975 portant code civil, modifiée et complétée.
- Ordonnance n°75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce, modifiée et complétée.
- Ordonnance n°95-07 du 25 janvier 1995 relative aux assurances, modifiée et complétée.
- L'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence j.o n°43 du 20/7/2003 modifiée et complétée par la loi n°08-12 du 25juin 2008, j.o n°36 du 02/07/2008.
- Ordonnance n° 03-07 du 19/7/2003 relative aux brevets d'invention.
- Ordonnance n° 03-05 du 19/7/2003 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins.
- Loi n°04-02 du 23 janvier 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales modifiée et complétée.
- Loi n°04-04 du 23/06/2004 relative à la normalisation.
- Loi n°04-08 du 14/08/2004 relative aux conditions d'exercice des activités commerciales.
- Loi n°05-10 du 20/06/2005 portant réforme du code civil, j.o n°44 du 26/06/2005.
- Loi n°07-05 du 13/05/2007 portant réforme du code civil, j.o n°31 du 13/05/2007.
- Loi 09-03 du 25/02/2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes.
- Loi n°12-203 du 06/05/2012 relative aux règles applicables à la sécurité des produits
- Loi n°18-05 du 10/05/2018 relative au commerce électronique, j.o n°28 du 16/05/2018.
- Loi n°18-09 du 10/06/2018 modifiant et complétant la loi n°09-03 du 25/02/2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, j.o n°35 du 13/06/2018.
- Décret exécutif n°76-137 du 23/10/1776 organisant les relations entre le bailleur et le locataire des foyers d'habitation relevant des bureaux de la promotion immobilière.

- Décret exécutif n°90-266 du 15 /9/1990 relatif à la garantie des produits et services.
- Décret exécutif n°90-367 du 10/11/1990 relatif à l'étiquetage et à la présentation des denrées alimentaires.
- Décret exécutif n° 06-215 du 18/6/2006 fixant les conditions et les modalités de réalisation des ventes en solde, des ventes promotionnelles, des ventes en liquidations des stocks, des ventes en magasin d'usines et des ventes au déballage.
- Décret exécutif n°06-306 du 10 septembre 2006 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre les agents économiques et les consommateurs et les clauses considérées comme abusives.
- Décret exécutif n° 09-65 du 07/02/2009 fixant les modalités particulières d'information sur les prix applicables à certains secteurs d'activités ou à certains biens et services spécifiques.
- Décret exécutif n° 12-214 du 15/5/2012 fixant les conditions et les modalités d'utilisation des additifs alimentaires destinées à la consommation humaine.
- Décret exécutif n° 13-378 du 9/11/2013 fixant les conditions et les modalités relatives à l'information j.0 n° 58 du 18/11/2013
- Décret exécutif n° 15 -114 du 12 mai 2015 relatif aux conditions et aux modalités d'offres en matière de crédit à la consommation, J.O n°24 du 1 mai 2015.

**B/ En droit français :**

- Le code civil français.
- Le code de commerce français.
- Le code de la consommation français.
- Le code d'assurance français.
- Le Code du travail français.
- Le code d'éducation français.
- Le code de construction et de l'habitat français.
- Le code pénal français.
- Le code de procédure pénale français.
- Le code de la propriété intellectuelle Français.

- Loi du 13 juillet 1930 relative aux assurances.
- Lois du 20 mars 1951 interdisant les ventes avec primes et du 5 novembre 1953 interdisant les ventes à la boule de neige.
- Loi du 16 décembre 1964 relative au bail à la construction.
- Lois du 3 janvier et 7 juillet 1967 sur la vente d'immeubles à construire.
- Lois du 27 décembre 1977, du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 sur la protection des consommateurs.
- Loi du 13 juillet 1979 sur la protection de l'emprunteur en matière de crédit immobilier.
- Loi du 17/3/2014 qui transpose la Directive communautaire n°2011/83 du 25/10/2017 relative aux droits des consommateurs.
- Ordonnance n°2016/131 du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O n°0035 du 11/2/2016.

#### **C/ En Droit communautaire :**

- Directive n°2000/13/CE du 20 mars 2000, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que publicité faite à leur égard. JOCE n°109 du 06 mai 2000.
- Directive Européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.
- Directive n°2011/83/CE du parlement Européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

#### **II/ Ouvrages généraux :**

- ALLAG-ZENNAKI (D), Contrats-négociation- construction- rédaction, éd. Dar El Adib, 2016.
- ANTONNATTEI(P.H), RAYNARD(J), Droit civil, Contrats spéciaux, 6<sup>e</sup> éd. Litec, 2008
- AUBERT(J.L), Le contrat-Droit des obligations, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005.
- AUBRY (C) et RAU (C), Cours de Droit civil: les obligations, tome IV, 6<sup>eme</sup> éd., éd. technique 1975.

- AUBRY (H), L'influence du Droit communautaire sur le Droit français des contrats, PUAM, 2002.
- BEAUCHE (J), Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1<sup>re</sup> éd. 1996.
- BENABENT(A), Droit civil, Les obligations, 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2005.
- CALAIS AULOY(J) et TEMPLE(H), Droit de la consommation, 8<sup>o</sup> éd. Dalloz, 2010.
- CARBONNIER (J), Droit civil, les obligations, T. III, 20<sup>ème</sup> éd. PUF. 1996.
- CARBONNIER (J), Droit civil-Les obligations, T. IV, 22<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 2000.
- CHABAS(F), Leçons de Droit civil – obligations – théorie générale, T 2, V 1. 9<sup>ème</sup> éd. Delta, 2000.
- CHARTIER (I), La réparation du préjudice, Dalloz, 1983.
- CORNU (G), Vocabulaire juridique, 10<sup>e</sup> éd. PUF, Paris, 2014.
- DEMOGUE, Traité des obligations, T. VI, Paris, éd. Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- DEMOLOMBE, Cours de Code Napoleon, tome XXIV.
- DRUFFIN-BRICCA (S) et HENRY (C.L), Droit des obligations, L.G.D.J, 2007.
- ENGEL (P), Traité des obligations en Droit Suisse, 2<sup>e</sup> éd. Berne, Stampfli éditions 1997.
- FABRE-MAGNAN(M), De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ. 1990.
- FILLALI(A), Les obligations, Théorie générale du contrat, éd. ENAG, 2010.
- FLOUR (J), AUBERT (J.L) et SAVAUX (E), Droit civil - les obligations - le fait juridique, 9<sup>e</sup> éd. Delta 2001.
- FLOUR(J) et AUBERT (J. L.), Les obligations - L'acte juridique, 11<sup>e</sup> éd. Colin, 2004.
- GANDOLFI(G), Code Européen des contrats- avant-projet, académie des privatistes Européens, 2<sup>e</sup> éd., Giuffrè, Milan, 2002.
- GAUDEMET (E), Théorie générale des obligations, Sirey, 1937.
- GHESTIN (J), Conformité et garanties dans la vente, LGDJ, 1983.
- GHESTIN (J), LOISEAU (G) et SERINET (Y. M), Traité de droit civil – La formation du contrat, tome 1 : le contrat – le consentement, 4<sup>e</sup> éd. L.G.D.J., point Delta 2014
- GHESTIN(J), Cause de l'engagement et validité du contrat, L.G.D.J, 2006.
- GHESTIN(J), et DESCHE, La vente, les droits de préemption et de retrait, LGDJ, 1990.
- GHESTIN(J), Traité de Droit civil, La formation du contrat, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993.
- GODE (P), Volonté et manifestations tacites, 1971.
- GUYON(Y), Droit des affaires, T 1, Economica, 10<sup>e</sup> éd.2000.
- IHERING (R.V), De la cupla in contrahendo, Oeuvres choisies, Traduction de Meulenaère, Tome II, 1860.



- IZORCHE (M.L), L'avancement de l'engagement unilatéral en Droit privé contemporain, PUAM, 1995.
- LARROUMET(CH), Droit Civil- les obligations- le contrat, T.03, éd. Economica, 2000.
- LAUDE (A), La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat, PUAM, 1992.
- LE TOURNEAU (PH), Responsabilité des vendeurs et fabricants, éd. Dalloz, 2001.
- LEGIER(G), Droit civil- les obligations, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2001.
- LETOURNEAU (PH), Droit de la responsabilité et des contrats, régime d'indemnisation 2014/2015, 10 éd. Dalloz, Paris, 2014.
- LETOURNEAU (PH), et L. CADIET (L), Droit de la responsabilité et des contrats, D. 2000/2001.
- LUC AUBERT (J), SAVAUX(E), Les obligations – L'acte juridique – Le contrat – Formation – Effets, 2<sup>e</sup> éd., Delta, 2002.
- M. FABRE-MAGNAN (M), Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, 3<sup>e</sup>, éd., 2012.
- MAINGUY(D), Contrats spéciaux, 7<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2010.
- MALAURIE (PH), AYNES (L) et STOFFEL MUNCK (PH), Droit civil, Les obligations, Défrénois, 2004.
- MALAURIE(PH), AYNES(L) et GAUTIER(P.Y), Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd. Defrénois, Lextenso éditions, 2011.
- MALINVAUD(PH), Droit des obligations, Litec, Coll. Manuel, 10<sup>e</sup> éd. 2007.
- MARIE LAITHIER (Y), Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat éd. L.G.D.J, 2004.
- MARTY(G), RAYNAUD(P), Droit civil – les obligations, T. 1, 2<sup>ème</sup> éd. Sirey, 1988.
- MASEAUD (H.L) et TUNC (A), Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t.1, 6<sup>ème</sup> éd., libr. Montchrestien 1965.
- MENOUEUR(M), Droit de la concurrence, éd., Berti, Alger, 2013.
- MERCADAL(B), JANIN(P), Les contrats de coopération inter-entreprise, Francis, Lefebvre, Paris, 1974.
- MOUSSERON(J.M), Technique contractuelle, 2<sup>e</sup> éd., f. Lefebvre, 1999.
- NAMMOUR(F), CABRILLAC(R), CABRILLAC(S), LECUYER(H), Droit des obligations- Droit français -Droit libanais perspectives européennes et internationales, éd. LGDJ, 2006.
- PEDAMON (M), Le contrat en Droit allemand, 2<sup>ème</sup> éd., 2002.
- PICOD (Y), Droit de la consommation, 3<sup>e</sup> éd, Sirey, 2015.
- PICOD (Y), DAVO (H), Droit de la consommation, Dalloz, 2005.

- PUIG (P), Contrats Spéciaux, 2<sup>e</sup> éd, Dalloz, 2007.
- PUIG (P), Contrats Spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz 2011.
- RANGEON(F), L'idiologie de l'intérêt générale, pref. G. Vedel, Economica 1986.
- RENAUT-BRAHINSKY (C), Droit des obligations, 2<sup>e</sup> éd. E .J.A. Paris, 2003.
- ROUETTE (V.G), contribution à l'étude critique de la notion de contrat, t.1, cité par J.Ghestin.
- ROUSSEAU(C), Droit international public, T.I. Dalloz, paris, 1979.
- TERRE (F), SIMLER (PH) et LEQUETTE (Y), Les obligations, 10<sup>e</sup> éd., 2009.
- TERRE(F), SIMLER(PH), LEQUETTE(Y), Droit civil- les obligations, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013.
- TERRE(F), SIMLER(PH) et LEQUETTE(Y), Droit civil-les obligations, 8<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2002.
- TERRE(F), SIMLER(PH), LEQUETTE(Y), Droit civil-les obligations, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2005.
- VINEY (G), JOURDAIN (P), Les effets de la responsabilité, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ., 2001.
- VINEY (G), Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1995.
- VINEY(G), JOURDAIN (P), CARVAL (S), Les conditions de la responsabilité civile, Traité de Droit civil, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ. Paris, 2013.

### **III/ Ouvrages spéciaux :**

- ABDELLAH (H), Le régime juridique de la phase précontractuelle- étude comparée, éd., SADER, Liban, 2004.
- BELHADJ (L) Le cadre juridique de période précontractuelle à la lumière du Droit civil et comparé (étude comparé) 1<sup>e</sup> éd. Dar El Hafidh, 2001.
- BOUDALI (M), L'obligation de conseil dans le cadre des contrats de services, étude comparée 1<sup>e</sup> éd., Maison EL FADJR, le Caire, 2005.
- CHENDEB (R), Le régime juridique du contrat de consommation - étude comparative-, éd. Alpha, 2010.
- COLLART-DUTILLEUL (F), Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, éd. D.1988.
- DUPONT (C), La négociation, conduite, théorie, applications, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 1994.
- FABRE-MAGNAN (M), De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ. 1990.
- FERRIER (D), La protection des consommateurs, éd. Dalloz 1996.

- IBRAHIM (A.M), Protection du consommateur, publication ALHALABI, Beyrouth 2007.
- LEVENEUR (L), La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité), A.J.D.A, 1998.
- MAHDJOUR Ali (J), La protection des consommateurs des produits industriels vendus, Librairie Al Nahda, 1995.
- MONZER (R), La négociation des contrats internationaux, 1<sup>re</sup> éd., L.G.D.J, 2008.
- MOUSSERON (J.M), MAINGUY (D) et GUIBAL (M), L'avant contrat, Lefebvre, 2001.
- SAUPHANOR (N), L'influence du droit de la consommation sur le système juridique éd. LGDJ.2000.
- SCHMIDT (J), Négociation et conclusion du contrat, Dalloz, 1982.
- STICHELBAUT (J), La période précontractuelle, la rencontre des consentements in Obligations ; Traité théorique et pratique, éd. Kluwer, Bruxelles, 2007, II. 1. 4-11, II. 1.4-66.
- YOUNES SALAH EDDINE (A), Les contrats préparatoires (Etude comparée) 1<sup>re</sup>, éd. Maison des livres juridiques, Egypte, 2010.

#### **IV/ Thèses et mémoires :**

- ALLAG (D), Quelques aspects de l'obligation de garantie dans le code civil, Mémoire de Magistère Université d'Oran 1984.
- AUBERT (J.L), Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse Paris, LGDJ, 1970.
- Benadida (N), L'obligation d'information et ses accessoires dans le domaine du droit de la consommation, thèse de doctorat, Université d'Oran, 2018.
- BOYER (V), L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, thèse Aix, 1978.
- CHARDIN (N), Le contrat de consommation et l'autonomie de la volonté, thèse, LGDJ. 1988, préface, J.L, Aubert.
- CROSS (B), La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse, Nancy, 1964.
- ELODIE (E.K), la directive du 25 Octobre 2011 et la loi Hammon du 17 mars 2014 relative aux droits des consommateurs sur la vente à distance, mémoire de Master02 droit des contrats, université, Paris sud, année universitaire 2013/2014.
- FABRE-MAGNAN (M), L'obligation d'information dans les contrats, Thèse, Paris I, 1992.
- GENINET (M), Théorie générale des avant- contrats en droit privé, thèse paris II, 1985.

- GOUNOT (E), Le principe de l'autonomie de volonté en droit privé, thèse Dijon 1912.
- HAFTEL (B), La notion de matière contractuelle en droit international privé, thèse. Paris II, 2008.
- HUET (J), La responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, thèse, Paris II, 1978.
- LEGAL, De la négligence et l'imprudence sources de la responsabilité civile délictuelle, thèse Paris 1922.
- MARTINEZ- CARDENAS (B.M), La responsabilité précontractuelle, thèse doctorat, Université Panthéon- Assas, 17 avril 2013.
- MOREAU (N), La formation du contrat électronique, D.E.A, droit des contrats mémoire soutenu le 30/09/2003, Université Lille 2.
- NACEUR (F), L'effet obligatoire du contrat, thèse de doctorat, Université d'Oran 2003.
- NECLAHEY (M), De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français, thèse, Lille, 1914.
- POITEVIN(C), L'avant contrat en droit des contrats d'auteurs, thèse de Doctorat, Université D'AVIGNAN et des pays de Vaucluse, 2001.
- RADU (S), L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle, thèse de doctorat en droit privé, Université de Strasbourg, 2015.
- SERIAUX (A), La faute du transporteur, thèse. Aix, 1981.
- STOFFEL-MUNCK (PH), L'abus dans le contrat, thèse Aix, éd. 2000.
- VOISENET (P), La faute lourde en droit privé français, thèse Paris, 1934.
- WORMS, De la volonté unilatérale comme source d'obligation, Thèse., Paris, 1981.

#### **V/ Articles de doctrine :**

- ASFAR- CAZENAVE (C), Le nouveau Droit français des contrats, RJTUM, 49-3, 2015, p. 730.
- BACACHE (M), Le dommage prévisible, Recueil dalloz, 2011. p. 1725.
- BAILLORD (R), Le Droit de repentir, RTD. civ.1984.227.
- BARNI, Doctrine du droit, trad. Barni, p.169, cité par J. GHESTIN, p. 149.
- BAZIN (E), " Le droit de repentir du consommateur", D. 2008.
- BEIGNIER (B), La conduite des négociations, RTD Com., 1998, p. 463.

- BELLIVIER (F) et SEFTON-GREEN (R), « Force obligatoire et exécution en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises de comparatisme », in *Le contrat au début XXI siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 91 et s.
- BRIEVE (G), La faute intentionnelle à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle, *D.* 1973, chron. p. 259.
- CALAIS AULOY (J), L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et les consommateurs, *D.* 1997, 137.
- CALAISAULOY (J), les ventes agressives, *D.* 1970, cho. p. 37.
- CANIVET (V.G) et C. Champalaune, Le comportement du consommateur dans la définition du marché in *liber amicorum*, J.Calais Auloy, Dalloz, 2004, p. 227, cité par J.Ghestin
- CATHIARD (A), Quand la bonne foi trouve un second souffle, *D.* 2005, n° 22, p. 1462.
- CEDRAS (J), L'obligation de négocier ; *RTD Com*, 1985, p. 27, n° 16.
- CHRISTIANOS, Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des Consommateurs, *D.* 1993, chr. p.28
- CORNU (G), la protection du consommateur et l'exécution du contrat, *tran, ass, H. capitant*, 1973, chron, p.266.
- CORNU (G), L'évolution du Droit des contrats en France, *RIDC*, 1974, vol.1., 447.
- COUTANT (CH), l'avant contrat sous seing privé et sa réitération par acte authentique, *JCP. N.* 1998, p.1699.
- DECONINCK (B), Le Droit commun de la rupture des négociations précontractuelle, in le processus de formation du contrat, sous la direction de M. fontaine, LGDJ, 2002, p. 17.
- DECONINCK (B), Le Droit commun de la rupture des négociations précontractuelles in le processus de formation du contrat, sous la direction de M. Fontaine 2002, LGDJ, p.54.
- DEJEAN DELA BATIE (N), Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français, LGDJ. n°129 à 145.
- DELBEZ (P), Une conquête du droit public, le contrat de travail, *rev.de droit public*, 1939,
- DELFORGE (C), La formation des contrats sous un angle dynamique, *Réflexions comparatives*, in *Le processus de formation du contrat*, sous la direction de Marcel Fontaine, 2002, p. 137.
- DEMESLAY (I), Le droit de repentir, *revue juridique de l'Ouest*, 1997, 2, p.169.
- DEMOGUE (R), Des Droits éventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance, *RTD Civ.*, 1905, p.723.
- DESHAYES (I), Le Dommage précontractuel, *RTD Com.* 2004, p. 187.

- DRAETTA (U) et LAKE (R), *Letter of intent and precontractual liability*, RDAI. 1993, p. 852, cité par R Monzer.
- DREIFUSS- NETTEUR (F), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, RTD civ. 1990, p. 369 et s.
- DUPONT (M), *La cupla in contrahendo: une application particulière de la responsabilité civile*, note d'observations sous Liège, 3<sup>e</sup> ch., 7 Mai 2008, For, Ass., 2009/2, n°92, p.50.
- DURAND (P), *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, cité par R. Raynaud, préc. p.44.
- DURAND (P), *la relation de travail*, JCP., 1944, I.387.
- FAGES (B) et MESTRE (J), *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, RTD com., 1998, n°71 et s,
- FERRIER (D), *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980, ch.177, n°747.
- FERRIER(D), *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 1980chr.177.
- FLOUR (J), *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, mélanges Ripert, t.1, p. 93 et s.
- FONTAINE (M) et DELY (F) " *Les lettres d'intention*", in *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*. Forum Europeen de la communication et bruylant, 2<sup>e</sup> éd. 2003 p. 05 et s.
- FONTENE (M), *Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux*, Rev. Droit et Prat., du Comm. Int. 1977, p. 109 et s.
- FOURGOUX, *Feu la publicité comparative*, Gaz. Pal. 12-14 avr. 1992, cité par J. Calais Auloy.
- FRAIMONT (J.J), *Le Droit de rompre des pourparlers avancés*, Gaz. Pal. 2000, Doct., p. 943.
- GAREIL-SUTTER (L), *Période précontractuelle, jurisclasseur commercial 1, contrat-distribution*, fasc: 20, 2005, n°115. p. 24.
- GAREIL-SUTTER (L), *Période précontractuelle, jurisclasseur, commercial 1, contrat, distribution*: fasc. 20, p. 03.
- GHESTIN (J), *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, 1980, préf.J.PH. LEVRY, p. 53.
- GHESTIN (J); *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP.G, n°20-21, 16 mai 2007.

- JOSSERAND (L), L'essor du concept contractuel, mélanges geny, aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Rev. Trim., de Droit civil, 1937, p.1et s.
- JOURDAIN (P), " rapport français" in Travaux de l'Association Henri Capitant, La bonne foi, T.X. L.III, Litec, Paris, 1994, p. 128.
- JOURDAIN (P), Le devoir de se renseigner, D. 1983, Chron., p. 139 et s.
- JOURDAIN (P), Responsabilité précontractuelle, J-cl. Contrats Distribution, Fasc. 35, n °13 cité par M .Zennaki.
- LAUDE (A), Le constat judiciaire des pourparlers, RTD com., 1998, p. 553.
- LAURENT, La publicité comparative harmonisée, CCC 2001, Chron. , n° 16.
- Le TOURNEAU (PH), De l'allegation de l'obligation de conseil, D. 1987, chron. p. 101.
- LEAUTE (J), Les contrats-type, Rev.Trim.de Droit civil, 1953, p.429 et s., cité par R. Raynaud.
- LEREBOURE-PIGEONNIERE (P), la contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de déclaration de la volonté, in : « l'œuvre juridique de R. Saleilles », spécialement, p. 417 et s, cité par P. Raynaud.
- LETOURNEAU (PH), La rupture des négociations: in La négociation du contrat, colloque organisé le 19mai par l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, I. RTD Com, juill. – sept. 1998, p. 479.
- LETOURNEAU (PH), La rupture des negociations, RTD Com., 11/1998, p. 483.
- MAZEAUD (D), « La genèse des contrats- un régime de liberté surveillé », Droit et Patrimoine juillet, 1996, p. 44
- MAZEAUD (D), Faut il recodifier le droit de la consommation? Economica, 2002 (sous la direction de D.Fenouillet et F. Labarthe, p.87
- MAZEAUD (D), Faut- il recodifie le Droit de la consommation? Economica, 2002 sous la direction de D. Fenouillet et F. Labarthe, p. 87 et s.
- MAZEAUD (D), La génèse des contrats: un régime de liberté surveillée, Droit et Patrimoine, juillet-Aout 1996.
- MAZEAUD (D), La génèse des contrats: un régime de liberté surveillée, Dr. et patr. 1996, p. 46.
- MAZEAUD (D), La génèse des contrats, un régime de liberté surveillé, Dr. et patr., juillet-aout 1996 p. 49. n° 21.
- MESRTE (J), La période précontractuelle et la formation du contrat, petites affiches, 5 mai 2000, n° 90, p. 07.

- MOUSSERON (P), Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTD Com, 51, 1998, p. 250.
- MOUSSERON (P), L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle, JCP. E. 1994, n°22, I. 362.
- OPPETIT (B), Ethique et vie des affaires, Melange Colomer, 1993, p. 321.
- OPPETIT (B), La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence, Rev. Sciences, morales et politiques 1995, p. 241.
- OPPETIT (B), L'engagement d'honneur ; D. 1979, Chron., p. 168.
- PICARD (M), L'affaiblissement contractuel du contrat d'assurance, recueil Lambert, t. III, p.159 et s.
- RAYMOND (P), « Commentaire de la loi du 18 janvier 1992 », JCP. E, 1992, I, 144.
- RAYMOND, Crédit immobilier, éd. Juris-Classeur, 2003, fasc. 941, n°54.
- RIEG (A), La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Etudes offertes à Alfred Jauffret, Aix- en Provence, Faculté de Droit et de Sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 593.
- RIPERT (G), L'ordre économique et la liberté contractuelle, Melange Geny, 1934, t II, p. 374.
- RODIERE (R), Une notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats, RTDciv. 1954, p. 201.
- ROTHMAN, « La loi du 18 janvier 1992 », INC Hebdo, n° 762, mars 1992.
- ROUETTE (G), La force obligatoire du contrat, in le contrat aujourd'hui : Comparaisons franco- anglaises, LGDJ. 1987, n°14.
- ROUSSEAU, contrat social, II, 6, « nul n'est injuste envers lui-même » in J. Ghestin, p. 148.
- SALAMA (A), le régime juridique des négociations de contrats internationaux, Revue des Droits, Université Bahreyn, n°02, 2004.
- SALLEILLES (R), De la responsabilité précontractuelle, RTD C, 1907.
- SCHMIDT SZALEWSKI (J), Les accords précontractuelles en Droit français, " in colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix- en provence, 17, 18 mai 1990, p. 9 et s, publié par presses Universitaire d'Aix- Marseille, 1990.
- SCHMIDT (J), la période précontractuelle en droit français, Revue Internationale de Droit comparé (R.I.D.C) n°2, 1990, p. 546.
- SCHMIDT (J), Sanction de la faute précontractuelle, RTD civ., 1974,p. 46.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J), La force obligatoire à l'épreuve des avant contrats, RTD civ, n°1, 2000, p. 25.



- SERANDOU, L'avènement de la publicité comparative en France, JCP. 1992, I., 3596.
- SERNA (J.C), Le refus de contracter... ou quarante ans après, Etudes offertes à Jacques Dupichot, Buyland éd. 2004.
- SHNEIDER (W.T), La codification d'institutions prétorienne, in Aspects de Droit allemand, le nouveau Droit allemand des obligations, L'impact de la reforme dans les relations franco- allemands du 31mai 2002, RIDC, n°4, 2002.
- STOFFEL- MUNCK (PH) La reforme des contrats du commerce électronique, JCP. 2004, 1341, n°25.
- TANNER (N.B) et HAMILTON (P), Liability for breaking off Negotiations, National Report of U.S.A.in colloque organisé à Naples le 3 juin 2014 par l'A.I.J.A (association internationale des jeunes avocats) spec. p. 22.
- TEGETHOFF (M), *Culpa in Contrahendo in German and Dutch law- acomparison of Precontractual liability*, 1998, p. 357, cité par R. Monzer.
- VAN. OMMESLAGHE (P), La responsabilité précontractuelle (la culpa in contrahendo) in Traité Droit civil Belge, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 535.
- VINEY (G), L'application du droit commun de la responsabilité aux fabricants et distributeurs de produits, in la responsabilité et distributeurs, 1975, p. 69 et s.
- VOGEL (L), Droit de la concurrence et concentration économique, 1998.
- WHINCUP (M.H), Contract Law and Practice, the English system and continental comparaisons, Kluwer Law international, 2001, p. 337, cité par R. Monzer, p. 392.
- ZENNAKI (D), La discrimination entre agents économiques en droit algerien, in les contrats de distribution en droit français, en droit algerien et en droit communautaire, Presses Universitaires de Bordeaux,2011, p.17.
- ZENNAKI (D), La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algerien de la conommation, revue franco magrébine de droit, n°20, 2013, Presses Universitaires de perpignan, Presses de l'Université de Toulouse1Capitole.
- ZENNAKI (D), La protection de la partie faible lors de la formation du contrat en droit algérien de la consommation, revue Fronco-Magrebine de droit, Presse de l'université de Toulouse 1, capitole, 2013 n°20, p. 314.

## **VI/ Jurisprudence :**

### **A/ Jurisprudence Algérienne.**

- Cour Suprême, Ch. Civ. 27.11.1985, Dossier n° 41783, Revue judiciaire n°1, 1990, p. 43.

- C. S. Ch. Civ. 30/04/1989, Dossier n°53630, Revue judiciaire n°04, 1991, p. 145.
- C. S. Ch. Civ. 13 juin 1990, n°61489, recueil jurisp. 4, 1990, p. 65.
- C.S.Ch. Com et Mar .07/07/1990, Dossier n°84034, Revue judiciaire n°3, 1993, p. 164.
- C. S. Ch. Civile, 19 nov.1990, n°63149, recueil jurisp. 1992, 1, p. 20.
- C. S. Ch. Civ. 06/04/1994, dossier n°108763, Revue judiciaire n°01, 1998, p. 103.
- C.S.Ch. Civ. 24/05/2000 Dossier n°223852, R.J, n°01, 2001, p. 138.
- C.S. Ch, Civ. 17/01/2001 Dossier n°233625 revue judiciaire n°2, 2001, p. 109.
- C.E. 01/04/2003, Dossier n°7934, non publié.
- C. S. Ch. Civ.21/11/2007, Revue de la Cour Suprême, n°02, 2009, p. 93.

#### **B/ Jurisprudence Française.**

- Lyon, 10 fevr.1857, D. 1858. 2. 20, cité par J. Ghestin.
- Paris, 27 mars 1873, DP. 1874. II. p. 129, S. 1874, 1. p. 477.
- Req., 5 nov. 1873, DP. 1875, 1.70, cité par J. Ghestin.
- Civ. 15 mars 1892, D.P. 1893, 276, S. 1893, I. 137.
- Req. 18 dec. 1900, DP. 1901, 1.135.
- Req. 7 janv. 1901, D. 1901, 1.128.
- Civ. 21 nov. 1911, D.P. 1913, 1.249, note Sarrut, S. 1912.1.73, note Lyoncaen.
- Cass. Civ. 5 fev. 1919, D. 1923, I. 26,
- Cass. Civ. 24 janvier 1922, S. 1922, I. p. 268.
- Cass. Civ., 30 mai 1927, DH, 1927. 416, S. 1928, I, 105, note, A. breton.
- Req., 24 avr. 1928, S. 1928, 1, p. 256.
- C.A. Lyon, 16 mai 1928: DP. 1928, 2, 197, note voirin.
- C.A. Rennes, 8 juillet 1929, DH 1929, p. 548, RTDCiv. 1930, p. 112.
- Paris, 14 oct. 1931, D.P., 1934, 2-128.
- T.Com. Seine, 20 fev. 1932, Gaz. Pal. 1932, 1. p. 895.
- Trib. Corr. Seine. 18 juin 1934, Gaz. pal. 1934.2.176.
- Trib. Corr. de Fécamp, 29 juin 1935.
- Civ. 10 avr. 1948, D. 1948, J. 421. note Lenoan.
- Cass. Civ., 25 mai 1949, D. Jurispr. p. 391; RTD civ. 1949, p. 536, obs. J. Carbonnier.

- Cass. , 17 juin 1950, Gaz. Pal., 1950, 2, p. 195.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>re</sup> juin 1953, Bull. Civ., I.n° 175.
- Cass. Civ 19 nov.1953, D. 1954, 361, note R. Savatier.
- Cass. Com.16 fev.1954, D. 1954, 534 note Rodiere.
- Civ.12 juin.1954, D. 1954, 588.JCP.1954.II.8225.
- Cass. 2e, civ., 13 oct. 1955, D. 1956, somm.32.
- Bruxelles 28 janvier 1958, J.T, 1959, p. 491.
- Civ., 1<sup>re</sup> 15 octobre 1958, Bull. civ. I. n° 435.
- Cass. civ. 17 decembre 1958, RTD civ. 1959, p. 336.
- Cass. Civ., 17 decembre 1958, D. 1959-33, RTD civ. 1959-336, obs. J. Carbonnier.
- C. A. Paris, 3 decembre 1959: JCP.G. 1961, II., 12308, note Ch. Gavalda.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 25 nov. 1959, Bull. civ. I. n°500.
- Civ.1re, 19 dec. 1960, Bull. Civ. I, n°552, p. 450.
- Soc, 8 dec. 1960, Droit Social, 1961, p. 314. obs. Brun.
- Com., 20mars1961, Bull. Civ., III, n°148.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 11dec.1961, Bull. Civ., I, n°595.
- Soc. 17mars1961, Bull. civ. 1961, IV. p. 292,
- Civ.2<sup>e</sup>, 15 fev. 1962, Bull. civ. II. p. 130.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 5 février 1962, Bull. Civ., I. n°80.
- Com. 20 dec.1962, Bull. Civ., III, n°530, p. 438.
- Cass. Civ., 1re, 30 oct. 1962, Bull. Civ., I, n°457, p. 391.
- Civ. 1<sup>er</sup>, 19 juin 1963, Bull, civ.1.p.284.
- Civ., 2<sup>e</sup>, 1 avr. 1963, D. 1963, 453, note Molinier.
- Cass. 1<sup>ere</sup>, 20 mars 1963, Bull.civ, 1963, n°179.
- Civ. 2e, 18 dec.1963, Bull. civ. II. 1963, p. 635.
- Cass. Civ. 1re, 20 nov. 1963, Bull. Civ., I. n°507.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 20 nov. 1965, Bull. civ., II.p. 617.
- Cass.civ.1<sup>re</sup>, 15 dec. 1965.Bull.civ. I. n° 715.p.547.
- Com. 27 Oct. 1965, Bull. Civ. III. n° 534, RTD Civ., 1966. 529, obs . Chevalier,
- Civ. 20 dec. 1966, D. 1967, p. 169, note M. Leroy.
- Cass. Civ, 1<sup>re</sup>, 18 mai 1966, Bull. civ, I. n°308.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avr. 1966, Bull. civ. II. n° 498, p. 354.
- Cass. Com, 31 janvier 1966, Bull.civ.1966, II. n°64; D. 1966, jurispr. , p. 537, note M. Cabrillar et J. L. Rives-lange.

- Civ. 1re, 11 oct. 1966 et Civ. 1re, 22 nov. 1978.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 18 juillet 1967, Bull. Civ., I. n° 268, p. 199.
- Civ. 18 juillet 1967, Bull. civ. I. n° 206, p. 199, Rev. Trim. de Droit civil 1968, p. 355, obs., J. Chevallier
- Cass. Civ, 1<sup>ère</sup>, 8 oct. 1968, Bull. civ, I. n° 419.
- Cass. Com, 23 dec. 1968, Bull, civ. IV, n° 374.
- Cass. Civ, 1<sup>ère</sup> 1 dec. 1969, D. 1970, 422, note Puech.
- Cass. Crim. 3 dec. 1969, JCP. 1970, II. 16353.
- Civ. 3e, 11 juill. 1969, D. 1969, 654, 12 juill 1977, Bull. civ. 313, p. 238.
- Civ. 2 decembre 1969, D. 1970-104, note G. Marty. Rev. Trim. , de Droit civil 1970, p. 589, obs., Cornu .
- Cass. Ch. mixte. 27 fev. 1970. « Dangereux », n° 68-10. 276, Bull. Ch. mixte, n° 01.
- C.E. 5 nov. 1971. D. 1973, p. 481, note. G. Grimaud.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 28 avr. 1971, JCP. 1971, II. 16841, RTD civ. 1971, p. 868, obs. Cornu.
- Cass. Com., 27 avr. 1971, JCP. 1972, II, 17280, note Boitard et Rabut.
- Cass. 3<sup>ème</sup>, civ. 15 janvier 1971, JCP. 1971, IV, 43, Bull. Civ., III, n° 38, p. 25.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janvier 1971, D. 1971, som, p. 148.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 9 juill. 1972. JCP. 1973. II. 17350, note E. J. Guillot.
- Cass. Com. 20 mars 1972, n° 70-14-15, Bull. Civ. III, n° 93, p. 90, RTD Civ., 1972, p. 779, obs. G. Durry.
- Com. 20 mars 1972, Bull. civ, IV n° 93, JCP., 1973, II, 17543.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juin. 1972, JCP. 1972, II. p. 199.
- Civ., 3<sup>e</sup>, 10 mai 1972, Bull. civ. III. n° 297.
- Cass. 3<sup>e</sup>, Civ. 10 mai 1972, Bull. civ, III. n° 297, p. 214, RTD civ, 1972-1973, obs. Louss Ouarn.
- Cass. Com., 27 nov. 1972, Bull. Civ. ,IV, n° 282, p. 266.
- Cass. Com, 21 nov. 1972, Gaz. Pal, 1973, I. p. 135.
- Cass. Civ. 1re, 21 nov. 1972, Bull. Civ., I, n° 257, p. 224.
- Civ. 12 oct. 1972. D. 1974, 536, note Ph. Malaurie, JCP. 1974, II. 17609. note C. Brousseau.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 12 dec. 1973, JCP. 1974, II. 17697, note. G. Goubeaux.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 5 avril. 1973. Bull. civ. II. n° 137.
- Civ. 5 avr. 1973. JCP. 1973, II. p. 202.
- Cass. Civ. 3e, 2 juillet 1974, Bull. Civ. III, n° 283.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juillet 1974. D. 1975., p. 61, note E. Franck.

- Cass. 2mai 1974, D., I. p. 906.
- Crim, 22 janv. 1974. D. 1974. IR.p. 83.
- Civ. 3e, 21 oct. 1975, Bull. Civ. III. n° 302, défrenois, 1976, art. 31069, n°2, obs. Aubert.
- V. A. Chirez, note sous Cass. Civ, 1<sup>e</sup>, 16 avril 1975, D. 1976, p. 515, cité par J. Ghestin.
- Com, Bruxelles, 24 juin 1975, JCB, 1976, p. 131.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17fev. 1976, JCP. , 1976. IV. 122.
- Cass. Civ., 12 avr. 1976, Bull. Civ., I , n°122,p. 92.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 Janv. 1976, JCP. 1976, IV.80, D. 1976, IR. 95.
- CA., Dijon, 7 janvier 1976, cah.dr.ent. 1978, n° 4, p. 19.
- Trib. Com. Paris, 28 nov. 1977.
- Cass. Com., 21 mars 1977, JCP. 1977, IV, p. 135.
- C.A, Paris, 4 oct 1977, JCP. 1979, II, n° 19164, note Y. Assouline.
- C.A., Paris, 05janv. 1977, D. 1977, 262 , note M.Vasseur.
- Cass. Civ., 1re, 19 janv. 1977, Bull. Civ. I, n°40, p. 30.
- C.A. Versailles, 17 mai 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 539, note J. Calvo.
- Cass. Soc, 9 nov. 1978, Bull. Civ. V, n°753.
- Civ. 1re, 4 oct. 1978, Bull. civ. I. 292. p. 227.
- Cass. Com., 3 oct. 1978, Bull. Civ. IV, n°208, p. 176, D. 1980 note J. Schmidt.
- Cass. 3<sup>e</sup> civ. 17 juillet 1978, D.1979, inf. rap.151, obs. D.Landraud.
- Cass 3<sup>e</sup>, Civ. 2 mai 1978, D. 1979, jurispr., p. 317, note, J. Schmidt.
- Cass. 3<sup>e</sup> civ. 26 avr.1978, D. 1978, 349.
- Crim. 8 mars 1978, JCP. 1979, 19019, note J.C, Fourgoux.
- Crim. 4 dec. 1978, D. 1979, IR. 180, obs. Roujou de boubée.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 1978, JCP. 1979, II, 19139, note G. Viney.
- Crim., 23 janvier et 13 mars 1979, RTD civ. 1979, 803, obs. Durry.
- Com. 4janv. 1979, D., 1979, IR, p.357, obs. M. Vasseur.
- Cass 1<sup>re</sup>, Civ. 21 février, 1979, JCP. G. 1980, II. 19482, note, Fieschi-vivet.
- Cass.Com., 8 juin 1979, Bull. civ. IV, n°186, p. 52, pourvoi n°77-15987.
- Crim. 13 mars 1979. JCP.cl.1979, I. 13104, chron. Guinchart.
- Cass.Com.8 juin 1979, Bull. civ.IV.n°186.p.152.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juill. 1979, JCP. 1980, II. 19415, note Ghestin.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1980, JCP. 1980, IV., 300.
- Cass. Civ., 19 mars 1980, Bull. civ. I, n°95, p. 95.
- Cass. Com, 9 fev. 1981, D. 1982, 1982, p. 4 note J. Schmidt.

- Civ. 1<sup>er</sup>, 11 mai 1982, RTD civ. 1983, 145.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 11 juill. 1983. Bull. civ. II. n° 153.
- Cass.Civ 3<sup>e</sup>, 2 fev. 1983, Bull. Civ., III. n°34.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 9 nov. 1983, Bull. civ. 1983, III. n°222, RTD civ. 1985, p. 154, obs. Mestre.
- Cass 3<sup>e</sup>, Civ. 5 janvier 1983, Bull .civ. 1983, III, n° 07, RTD civ., 1983, p. 550, obs. Ph. Remy.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 1 mars 1984, Bull. Civ. , I n°32,Gaz. Pal., 1984, 1, panor. , p. 58, obs. F. Chabas.
- Crim. 21 mars 1984, Bull. Crim., n° 185.
- Cass. 1<sup>ere</sup> civ., 8 février 1984: Bull. civ., I., n°57.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 1984, Bull. Civ., I, n°27, JCP., 1985, II. 20372, note J. Mouly, RTDciv.1984, p. 727, obs. J. Huet.
- Paris.11 janv. 1984, Expertises.1985, n°311.
- Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 13 janv. 1984, Bull. civ. I. n°193.
- Cass. Civ, 10 avr. 1984, D. 1984, 421, note Lendon ; JCP., 1984, II. 4403, note E. Becque.
- Crim. 26 mars 1984, I.R 390, JCP, éd. E, 1984, II, 14660, note Heidsieck.
- Cass.Civ.1<sup>re</sup>, .27 fev. 1985. Bull.Civ.I.n°82, p.75.
- Cass.Civ. 1<sup>re</sup>, 03juill. 1985, Bull. Civ., n°211, p. 191.
- Bull. Civ.I, n°115, n°83-17282, D. 1985 jurispr. p. 558, note S. Dion, RTDciv. 1986, p. 340, obs. J. Mestre.
- Paris 12 nov. 1985, Expertises.1985, n° 311.
- Tribunal com. de Paris, 11 oct.1985 , Expertises,1986,n° 25.
- Bull. Civ. IV, n°284, p. 242; RTD civ. 1986, p.372, obs. Ph. Remy.
- Crim. 12 nov. 1986, Bull. Crim.n° 861.
- Com. 22 juillet 1986 D. 1986, J., 436, note Cas.
- Civ. 2e, 15 dec. 1986, Bull. Civ., II. n°193, p. 131.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 fév. 1987, Bull. Civ, I.n°75.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ. 14 janvier 1987, D. 1988 jurispr. p. 80, note, J. Schmidt.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mai 1988, JCP. 1989, IV.p. 240.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1988, p. 349, note Ph. Delebeque.
- Civ., 1<sup>e</sup>, 3 mars 1988, D.1988, Somm. 405, obs. J. luc Aubert.
- Civ., 31 mai 1988, D. 1988, S. 406, obs, Aubert; RTD civ. 1988, 65, obs. Mestre.
- Cass. 1<sup>er</sup> civ, 31mai 1988, Dalloz, 1988, I.R, p. 171, RTD civ., 1989 , 65, obs. J. Mestre.
- Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ.I, n°187, p. 124.
- Civ 3<sup>e</sup>, 10 mai 1989, Bull. civ. III. n°109, somm. 37, obs. Martine.

- Com. 29 mars 1989, D. 1989, J., 408 ; note Serra.
- Com. 4 oct. 1989, JCP. 1990, II, 21443.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1990, D. 1991, p. 455, note J. L. Aubert.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 27 nov. 1990, Bull. civ. III. n°255.
- Com., 13 nov. 1990, Bull. transp., 1991, p. 98.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 3 avr. 1990, Bull. Civ., III, n°108, D. 1990, IR, p. 114.
- Crim. 11 janv. 1990, D. 1990, S. 360, obs. R. De Boubee.
- Crim., 8 mars 1990, JCP., éd. E., 1990, I-11, obs. Arpin Gonnet.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 fév. 1991, Dalloz 1191, I.R. 87, RTDciv. 1991.525, obs. J. Mestre.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juill. 1991, Bull. Civ. I. n° 249, obs. G. Viney.
- Cass. Com, 11 oct. 1991, L'Éxilaser n° 1763.
- CA. Paris, 24 septembre 1991, RTD civ. 1992-754, obs. J. Mestre.
- Cass. Com. 16 avril, 1991, Bull. civ. 1991, IV, n°148, RTD civ. 1992, p. 79, obs. J. Mestre.
- Cass. Com., 26 mai et 18 fév. 1992, D 1993, 57, note Hannoun.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ., 19 fév. 1992, n°00-19-714.
- C.A. Riom, 10 juin 1992, S.A auto.26 C.S.A; rouer France, RDJA. 10/1992, n°893, p.732, RTD Civ., 1993,343 obs. Mestre.
- C. A., RIOM, 10 juin 1992, JCP, éd., E. 1993, I, n°231, note J. Schmidt, RJDA 1992, n°893, RTDciv., 1993, p. 343, obs. J. Mestre.
- Civ. 3<sup>e</sup>, 03 mai 1992, D. 1993, 493, note Virassamy, RTD civ.1993.435, obs. Mestre.
- Cass.3<sup>e</sup>, Civ, 20 mai 1992, Bull.civ., III, n°164, p. 100, D. 1992, Som.com, 397, obs. J. L Aubert.
- Civ., 1<sup>re</sup> 10 juin 1992, ccc. 1992, comm, n° 195.
- Bruxelles 05 février 1992, J.T, 1993, p. 130.
- Civ. 1<sup>e</sup>, 22 janvier 1992, Bull civ. I. n° 28.
- Crim, 9 novembre 1993, Bull., Crim., n° 332.
- Civ.2<sup>e</sup>, 6 janvier 1993 RTD civ.1993, 587.obs. P. Jourdain.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1993, D. 1994, J . 211.
- Cass. Com. 12 oct.1993, n°91-456, Sarl Hubo c/Petit et coopération agricole du syndicat d'Arras, medit.
- Com. 18 mai 1993, Bull. Civ., IV, n° 200, D. 1994, Somm. 77, note M. L. Izorche.
- Cass. 3<sup>e</sup>, Civ. 15 dec. 1993, n°91-10199, Bull.civ. III.n°174, JCP.,1995, II. 22366, note D. Mazeaud.
- Cass. Com., 22 fév. 1994, Bull. Civ. IV, n°72, RTD civ., 1994, p. 850, obs. J. Mestre.

- Cass. Civ, 3<sup>e</sup>, 20 déc. 1994, Bull. civ, III. n°229, JCP. G. 1995, II.22491, note Ch, Larroumet.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 oct. 1994, Bull. Civ., II, n°200, p. 115.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 12 oct. 1994, Defrénois 1995, p. 738, obs. D. Mezeaud.
- Crim. 15 juin 1994, Bull. Crim.n° 239.
- C.A. Lyon, 4 mars, 1994, juris-Data n° 1994-04 3277.
- Crim. 22 fev.1995. Bull. Crim, n°77, obs. G.Viney, JCP. 1995, I. 3893 n°22, RTD civ, 1996, p. 402, obs. P. Jourdain.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 fev. 1995, D. n°92-18394.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 dec. 1995, Bull. civ. I, n°453, p. 315.
- C.A. Paris., 9 octobre 1995, D.1995, inf. rap., p. 267.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, D.1995, J.621, note Piedelievre; JCP. éd. E, 1996, II. 772, note Legeais.
- Cass. Com. 4 Avril 1995, n°93-13832.
- Civ., 1<sup>e</sup>, 28 mars 1995, D.1995, Somm., 227, obs. Ph. Delebecque, RTD civ, 1995,886, obs. J. Mestre.
- Crim. 27 fev. 1996, Bull. Crim.n° 91.
- C.A., Paris 18 janv. 1996, Dalloz, affaires n°10-1996, p. 292.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 2 avr. 1996, Bull. Civ. I. n°166, Rouen, 8 juin 1989, JCP, 1990, p. 61.
- com. 18 juin 1996, D. 1996, Somm. 237, obs. Izorche.
- Cass. Soc., 05juin 1996, RGDA, 1997, n°322 , Defrenois 1997.737,obs. D. Mazeaud.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 1996, n° 94-13745.
- Cass. Com. 1<sup>re</sup>, 27 février 1996, D. 1996, J., p. 518, note Ph. Malaurie.
- Crim. 3 dec. 1996, Bull. crim. n° 441.
- Cass. Civ., 3<sup>e</sup> 17 juillet 1996, Bull. civ, III, n° 197.
- Civ. 2<sup>e</sup>, 19 mars JCP. 1997, IV n° 1037, Bull. civ. II, n° 87.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 9dec.1997, Bull. civ. I, n° 261.
- Com. 25 nov. 1997, D. 1999, Somm.p. 16, obs. O. Tournafond.
- Cass. Civ., 3<sup>e</sup>, 7octobre 1997, D. n°96-10380.
- Com. 22 avril1997, D. 1998, p. 45.
- Cass. Com. 7 janv. 1997 et 22 avril 1997, D. 1998, jur. p. 49, n°24. note P. Chauvel.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sep. 1997, Bull. I. n°257.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ. 30 avril 1997, RTD civ. 1997, p. 476, note D. Mazeaud.
- Cass. 3e, civ. 30 avr. 1997, D. 1997, p. 475, note D. Maseaud.



- Cass. Com, 22 avril 1997, Bull. Civ. IV, n°984.
- Civ. 3e, 10 déc. 1997, Bull. Civ.n° 223, défrenois, art. 36753, n°20, obs. D. Mazeaud.
- Civ. 1<sup>re</sup> 9 déc. 1997, Contrats, Conc. Consom.1998, comm. n° 53, obs. G. Raymond.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1998, JCP. 1998, II. 10066, note B. Fages.
- C.A. Paris, 16 nov. 1998, juris-Data, n°26-630.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7avr. 1998, Bull.civ. I., n°150, p. 99, RTD civ.,1998, p.84, obs. J. Mestre.
- Crim. 23 mars, 1998, Bull. Crim, n° 114.
- Cass. Com. 7 avril 1998, JCP.E., n°13, 1 avril 1999, note J. Schmidt.
- Crim. 14 oct. 1998, Bull. Crim, n° 261.
- Civ.1<sup>ère</sup>, 7 oct. 1998, JCP. éd. E, 1999, 279, note Gervais, RTD civ. 1999, 383, obs. Mestre.
- Cass.civ., 1re, 7 oct. 1998, J C P. éd., G. II, 10039, note S. Gervais.
- Civ. 3<sup>e</sup> 1 juillet 1998 JCP. E., 1998, 1525.
- Cass. Com., 12 janvier 1999, n°96-14604.
- C.A. Paris, 5 nov. 1999, RTD civ. 2000, 104, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Civ. 1<sup>re</sup> 13 Avr. 1999, D. 1999, IR. 146.
- C.A. Versailles 1 Avril 1999, 12 ch. Le seet, Sté Koetsier c/ cachon lajaunie RJDA 12/1999, n° 1285.
- Civ. 1re, 18 juill. 2000. Bull. civ., I.n° 224. RC.Ass. 2000. Comm. 373.
- C.A. Paris, 10 mars 2000, JCP, G. 2001, II. 10470, note, F.Violet.
- Cass. 1re, civ, 14 juin 2000, n°98-17.494.
- Com. 11 juillet 2000, conc, consomm, 2000, n°174, obs. Leveneur, petites affiches, 21 mars 2001, note Dagorme- Labbé, R.J.D.A, 2001, n°26.
- Cass. Com., 11 juillet 2000, Contrats Conc, Consom. Décembre 2000, p. 10, obs. L. Leveneur.
- Crim., 26 avril 2000, Bull. Crim, n° 163, p. 475, 14 nov. 2000, JCP, 2001, II, 10525, note Dreyer.
- Cass. Civ. 3eme, 29 nov. 2000, Bull. civ., III, n°182, p. 127.
- C.A., Paris, 10mars2000, JCP. E, n°10,8 mars 2001, p. 442, note F. Violet.
- Civ. 1re, 18 juill. 2000. Bull. civ., I.n° 224. RC.Ass. 2000. Comm. 373.
- C. A. Lyon, 8 mars 2001, n° 1999/04388.
- Cass.1re, Civ. 6 juin 2001, Bull. Civ. 2001, I. n° 166, p.108.
- Civ., 1<sup>e</sup>, 12 juin 2001, JCP. 2002, D. aff, 2002, II, 10104, note Houtcieff; D., 2002, Somm., 1316, obs. D. Mazeaud.

- C.A. Bourges, 24 juillet 2001, RJDA. 2002, n°30.
- C.A. Paris, 27 fev. 2002, contrats. conc. consom., 2002, n°169.
- C.A. Agen, 21 aout 2002, JCP. 2003 .II. 10162, note A. Lecourt.
- Cass. Com., 18 juin 2002, D. n° 99- 16488.
- Cass. Com. 2 juillet 2002, RTD civ. p. 76, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. Civ, 2<sup>ème</sup>, 10 octobre 2002, D. n°01.03079.
- Cass. Civ, 17 dec. 2002, n° 11-566 et Cass. Com, 6 mai 2003, n° 00-22-045.
- Cass. com, 6 mai 2003, n° 00-22-045.
- Cass. Com. 26 nov. 2003, Bull. Civ. IV. 2003, n° 186, p. 206.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ. 15 janvier 2003, Bull. civ III, 2003, p. 09, note H. Kenfack.
- Cass.civ. 3<sup>e</sup>, 29 janvier 2003, Bull. civ, III, n°157, défrenois 2004, p.1267.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ. 29 janv. 2003, défrenois 2003 p. 1267, obs. J. L.Aubert, RTD civ. 2003, p. 479, obs. J. Mestre, B. fages.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ. 29 janv. 2003, AJDI, 2003, p. 705
- Cass. com., 26 nov. 2003, Bull. civ. 2003, IV, n° 186, RTDCiv. 2004, p. 80.
- C.E. 01/04/2003, Dossier n°7934, non publié.
- Cass.Com., 26 novembre 2003, Bull. Civ. IV, n°186, D 2004, p. 869, note A.S.Dupre-Dallemagne.
- Cass. 2<sup>e</sup>, Civ. 4 mars 2004, n°14-022.
- C.A. Versailles, 18 mars 2004, Sté Walter thompson c/ Annie Bourdoux, Juris-Data, n°2004/282580.
- Cass. 3<sup>e</sup>, civ, 22 sep. 2004, défrenois 2004, p. 1725, obs. Libchaber.
- Cass .Com, 22 fev.2005, pourvoi n°03-16.825 inédit.
- Cass.Com., 4 janv. 2005, D. n°03-16790, contr. conc. consom. 2005, comm.108, note L. Leveneur.
- Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 janv. 2005, Bull. Civ. III, n°08, p.07, pourvoi n°03-18055.
- C. A. Rennes, 10 juin 2005, Juris- Data n° 2005-284699.
- Cass. Civ, 3<sup>e</sup>, 31 mars 2005, Bull. Civ., III.n° 77.
- Cass. Com, 28 juin 2005, Revue Lamy Droit civil, oct. 2005, p.09, note C. Le Gallou.
- Cass. Com. 28 juin 2005, Bull.civ, IV n°140.
- Cass. Com, 8 nov. 2005, juris- Data, n° 2005/030701.
- Cass.Civ.1re, 30 mai 2006, Bull.civ. 1, n°280, p. 245
- Cass. Com. 7 mars 2006, n° 04-14177.
- Cass. Ass. Plen. 6 oct. 2006, LPA 22 janv. 2007, p.16, note, C. Lacroix.

- Cass. Com. 20 novembre 2007, n°06-20332, RTD civ., 2008, p. 101, obs. J. Hauser.
- Cass.civ. 3<sup>e</sup>, 5 dec. 2007, Bull. Civ. III, n°218, D. n°07-14639.
- Crim., 28 octobre 2008, Crim. n° 351, CCC. 1993- 96, obs. Raymond.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>. 28 mai 2008, Bull. civ, I. n°154; pourvoi n°07-13487.
- Cass. Com, 13 octobre 2009, Contrats. Conc. Consom. février, 2010, p. 17, obs. L. Leveneur.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, mars 2010, Bull. civ. III, n°52.
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2010, n°08-14461, JEPG. 2010, p. 1729.
- Cass. Civ.1<sup>ère</sup>, 28 oct. 2010, Bull. civ. I. n°215, pourvoi n°09-16913 .
- Com. 18 sept. 2012, D. 2012-2241.

## **VII/ Principaux site web:**

- [Http:// www. Druzzo du bucq-avocats.com/reforme-droit-contrat-négociation.](http://www.Druzzo.com/bucq-avocats.com/reforme-droit-contrat-negociation)
- [Http:// www. place-2 business.b/fr/fiches/juridiques.](http://www.place-2-business.com/fr/fiches/juridiques)
- [Http:// www loyer abello.fr/la.refonte-du-code-civil-et-du-droit-des-contrats-la phase-des pourparlers-contractuelles 2-/](http://www.loyer-abello.fr/la-refonte-du-code-civil-et-du-droit-des-contrats-la-phase-des-pourparlers-contractuelles-2/)
- [Https// www. Cession-entreprise.com/.](https://www.Cession-entreprise.com/)
- [Https// www. LBdD. Leblog du dirigeant.com/.](https://www.LBdD.com/Leblog-du-dirigeant.com/)
- [Http:// www.captain contrat.com/blog-actualité-juridiques/pacte-de préférence.](http://www.captain-contrat.com/blog-actualite-juridiques/pacte-de-preference)
- [Http:// aurelien-bande.com.](http://aurelien-bande.com)
- [Https://aurelier bande. Com 11/01/2017 l'obligation-précontractuelle-d'information art.1112.1.c.civ./](https://aurelien-bande.com/Com-11/01/2017-l-obligation-precontractuelle-d-information-art.1112.1.c.civ/)
- [Http:// IEJ.Univ-Paris 1.fr.](http://IEJ.Univ-Paris-1.fr)
- [Http:// www.legavox.fr/article/consommation/droit-retraction-outil-protection-87-hm.](http://www.legavox.fr/article/consommation/droit-retraction-outil-protection-87-hm)
- [Http:// www.legavox.fr.](http://www.legavox.fr)
- [Http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/publications/vie-pratique/fiches-pratiques/delais-de rétractation-ou-de-retour.](http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/publications/vie-pratique/fiches-pratiques/delais-de-retractation-ou-de-retour)
- [Http://: www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-régime.17093.html](http://www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html)
- [Http://www.persée.fr/doi/juro-0990-1027.](http://www.persée.fr/doi/juro-0990-1027)

- [Http://: www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-régime.17093.html](http://www.v.justice.com/articles/loi-hammon-nouveau-regime.17093.html) .
- [Http : //www.leguide.com/in formation /fr. textes - de loi/droit de rétractation.](http://www.leguide.com/information/fr.textes-de-loi/droit-de-retractation)
- [www. net-iris.fr/veille-juridque/actualité/33021/droit-de-rétractation-du consommateur pour les contrats-conclus-à distance-php.](http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/33021/droit-de-retractation-du-consommateur-pour-les-contrats-conclus-a-distance-php)
- [Http://editionlarcier-larciergroipe.com/revue du droit des technologies de l'information n°56/2014, p.25.](http://editionlarcier-larciergroipe.com/revue-du-droit-des-technologies-de-linformation-n56/2014,p.25)
- [Http://shop.trusted.shops.com/fr/actualités/droit-de-rétractation-attention-aux sanctions-preuves-par-la loi-Hammon.](http://shop.trusted.shops.com/fr/actualites/droit-de-retractation-attention-aux-sanctions-preuves-par-la-loi-hammon)
- [Http://shop.trusted.shops.com](http://shop.trusted.shops.com), préc., Art. L121-17, c.consom.
- [Https://Jurismaroc. Vrai faurum .com/t422-la-faute-précontractuelle htm.](https://Jurismaroc.Vraifaurum.com/t422-la-faute-precontractuelle-htm)
- [Http// fr.wikipedia.org/wiki/dommage.en.droit.civil.français.](http://fr.wikipedia.org/wiki/dommage.en.droit.civil.français)
- [Http//wikipedia.prg.](http://wikipedia.prg)
- [www.Actualités. Droit Belge-be.](http://www.Actualités.DroitBelge-be)

## Table des matières

Introduction. ....	1
<b>Première Partie</b> .....	<b>9</b>
Paradoxe de la phase précontractuelle. ....	9
Titre premier : La phase précontractuelle, une étape non soumise à une réglementation précise. ....	9
Chapitre 01 : La liberté contractuelle. ....	9
Section 01 : Le principe de liberté contractuelle. ....	9
Paragraphe 01 : Les fondements de la liberté contractuelle. ....	10
A/ La philosophie individualiste : .....	10
B/ Le libéralisme économique : .....	13
Paragraphe 02 : Les effets de la liberté contractuelle sur le droit des contrats. ....	15
A/ Caractères spécifiques de la volonté : .....	15
1- La souveraineté de la volonté : .....	15
2- La force obligatoire de la volonté : .....	16
B/ Conséquences déduites du principe de l'autonomie de la volonté : .....	18
1- La liberté contractuelle : .....	18
a) La liberté de contracter ou de ne pas contracter : .....	19
b) La liberté de choisir son cocontractant : .....	20
c) La liberté de déterminer le contenu du contrat : .....	20
2- La force obligatoire du contrat : .....	21
3- L'effet relatif du contrat : .....	22
Section 02 : Les restrictions au principe de la liberté contractuelle. ....	23
Paragraphe 01 : Restrictions d'ordre juridique. ....	24
A/ Critiques apportées à la liberté contractuelle. ....	24
1- Quand à ses origines historiques : .....	25
2- Quant aux fondements philosophiques et économiques. ....	25
3- Quant à ses principes : .....	26
a) Critique de l'autonomie de la volonté : .....	27
b) Le rôle de la volonté dans la formation du contrat : .....	28
B/ Atteintes à la liberté contractuelle : .....	29
1- Atteintes à la liberté de contracter : .....	30
2- Atteintes à la liberté de fixer et de modifier les conditions du contrat : .....	31
3- Atteintes à la force obligatoire du contrat : .....	32

Paragraphe 02 : Restriction d'ordre économique : .....	34
A/ L'ordre public économique de direction : .....	34
B/ L'ordre public économique de protection : .....	38
Chapitre II : Les moyens de seduction. ....	43
Section 01 : La publicité. ....	43
Paragraphe 1 : La publicité comparative. ....	44
A/ Définition et réglementation de la publicité comparative : .....	45
1- Définition de la publicité comparative : .....	45
2- Réglementation de la publicité comparative : .....	47
B/ Effets de la publicité comparative : .....	49
Paragraphe 02 : la publicité trompeuse. ....	51
A/ détermination de l'infraction : .....	51
1- L'élément matériel : .....	53
a) une publicité : .....	53
b) un caractère trompeur : .....	54
c) Une publicité portant sur un des éléments cité par la loi : .....	55
2- L'élément moral : .....	56
B/ Répression de la publicité trompeuse : .....	57
1- Recherche et constatation de l'infraction : .....	57
2- Sanction de l'infraction : .....	60
Section 02: les offres incitatives: .....	61
Paragraphe 01: Offres réglementées: .....	62
A/ Offres consistant à suggérer des réductions de prix: .....	62
1- Les ventes en solde: .....	62
2- Les ventes en liquidation: .....	64
3- Les ventes au déballage. ....	66
B/ Offres de biens ou de services gratuits: .....	67
1- Les ventes avec primes : .....	68
2- Les loteries publicitaires: .....	70
3- Les concours publicitaires: .....	73
Paragraphe 02 : Pratiques interdites .....	75
A/ La vente à perte: .....	76
B/ La vente à prix abusivement bas : .....	78

-Les sanctions civiles:.....	80
-Les sanctions pénales: .....	80
Titre deuxième: la complexité de la phase précontractuelle.....	82
Chapitre 01: la frontière entre la période précontractuelle et la conclusion du contrat.....	82
Section 1: la distinction entre l'offre et l'appel à la négociation. ....	82
Paragraphe 1:L'offre. ....	83
A/ La notion d'offre: .....	83
1- Définition de l'offre: .....	83
2- Conditions de l'offre:.....	84
a) L'offre doit être précise: .....	84
b) L'offre doit être ferme: .....	86
c) L'offre ne doit pas être équivoque: .....	87
B/ La manifestation de l'offre: .....	88
1- La déclaration de l'offre: .....	88
a) Offre expresse: .....	89
b) Manifestation tacite de la volonté : .....	90
2- Le destinataire de l'offre:.....	91
a) Offre à personne déterminée: .....	91
b) Offre au public: .....	91
3- La durée de l'offre: .....	92
Paragraphe 2: la négociation. ....	94
A/ La liberté des négociations : .....	94
1- Principe de liberté: .....	95
2- Principe de la loyauté: .....	98
B/ Organisation conventionnelle de la négociation:.....	102
1- Les accords relatifs aux modalités de la négociation: .....	102
2- Les accords relatifs au contenu de la négociation:.....	105
a) Les accords de principe: .....	105
-Définition: .....	105
-Les utilités de l'accord de principe: .....	107
b) Les accords partiels: .....	107
Définition:.....	107
-La valeur juridique de l'accord partiel:.....	108

Section 02: les effets de l'offre et de la négociation. ....	110
Paragraphe 01: les effets de l'offre. ....	110
A/ La révocation de l'offre :.....	110
1- L'obligation de maintien de l'offre :.....	111
a) L'offre faite en séance contractuelle :.....	111
b) L'offre assortie d'un délai d'acceptation :.....	113
2- Les tempéraments à la libre revocation de l'offre :.....	115
B/ La caducité de l'offre: .....	117
Paragraphe 02: les effets de la négociation. ....	120
A/ L'aboutissement des pourparlers: .....	120
1- Négociation de bonne foi: .....	120
2- L'information précontractuelle:.....	123
3- Respect de certaines obligations précontractuelles:.....	125
B/ Rupture des pourparlers:.....	127
1- La liberté de rompre les négociations: .....	127
2- Les limites de la liberté de rompre les négociations: .....	130
Chapitre II: La valeur juridique des documents précontractuels :.....	134
Section 01 : l'utilisation de documents précontractuels. ....	134
Paragraphe 01: les documents utilisés en cours de négociations.....	134
A/ Les documents publicitaires: .....	134
B/ Les supports préparatoires: .....	136
1- La lettre d'intention: .....	136
a) Notion:.....	136
b) Valeur juridique: .....	138
2- Le protocole d'accord: .....	140
a) Notion:.....	140
b) Valeur juridique: .....	140
3- L'engagement d'honneur:.....	141
a) Notion:.....	141
b) Valeur juridique: .....	142
Paragraphe 02: les documents utilisés en fin de négociation. ....	143
A/ Les contrats intérimaires: .....	143
1- Les contrats intérimaires à effets provisoires:.....	143



2- Les contrats intérimaires à effet définitif: .....	144
B/ Les contrats partiels: .....	146
1- Les accords parcellisés: .....	148
2- Les contrats globalisés: .....	149
Section 02 : L'efficacité des accords précontractuels. ....	149
Paragraphe 01: les accords de préférence:.....	149
A/ La nature de l'accord de préférence: .....	150
1- Définition de l'accord de préférence: .....	150
a) La clause de préférence: .....	152
b) Le contrat de préférence:.....	152
2- La nature juridique de l'accord de préférence: .....	153
B/ Conditions de validité et effets de l'accord de préférence: .....	154
1- Les conditions de validité: .....	154
a) Conditions de forme: .....	154
b) Conditions de fond: .....	155
2- Les effets du pacte de préférence: .....	156
Paragraphe 02: les promesses de contrats : .....	157
A/ Les types et conditions de promesse de contrat:.....	158
1- Promesse unilatérale de contrat:.....	158
2- Promesse synallagmatique de contrat: .....	159
3- Conditions de la promesse de contrat: .....	160
B/ Effets de la promesse de contrat: .....	161
1- Les effets de la promesse unilatérale: .....	161
2- Les effets de la promesse synallagmatique de contrat: .....	163
<b>Deuxième partie :.....</b>	<b>165</b>
La protection du consommateur durant la phase précontractuelle. ....	165
Titre Première: Les obligations précontractuelles pesant sur le professionnel .....	165
Chapitre I: l'obligation précontractuelle d'information: .....	165
Section 1: nature et fondement de l'obligation. ....	165
Paragraphe 01: l'obligation générale d'information:.....	166
A/ L'existence d'obligation précontractuelle d'information autonome: .....	167
B/ L'existence de l'obligation précontractuelle d'information sur le fondement de la théorie des vices du consentement:.....	169
1- Sur le terrain du dol:.....	169

2- Sur le terrain de l'erreur:.....	170
C/ L'existence de l'obligation précontractuelle d'information sur le fondement de la théorie des vices cachés: .....	171
Paragraphe 02: l'obligation spéciale d'information. ....	172
A/ L'information sur les caractéristiques des biens et services: .....	173
B/ L'information sur les prix et les conditions de vente :.....	175
C/ Les mentions obligatoires du contrat:.....	177
D/ L'obligation d'utiliser la langue nationale :.....	180
Section 02 : Les effets de l'obligation précontractuelle d'information. ....	181
Paragraphe 01 : un consentement éclairé : .....	181
A/ L'information déterminante du consentement.....	181
B/ L'ignorance légitime du créancier d'information :.....	184
Paragraphe 02 : un contrat équilibré.....	188
A/ Le débiteur de l'information.....	188
1- la connaissance de l'information.....	189
2- La connaissance de l'influence de l'information sur le consentement de l'autre partie. ...	193
B/ Le créancier de l'information. ....	195
1- La nécessité d'une ignorance effective du créancier.....	195
02- Les présomptions d'une ignorance effective.....	196
Chapitre 02: reconnaissance d'un délai de réflexion et d'un droit de rétractation. ....	199
Section 01: le délai de réflexion comme obligation au profit du consommateur. ....	199
Paragraphe 01 : l'importance du délai de réflexion.....	199
A/ Justification du délai de réflexion : .....	200
B/ Domaine d'application : .....	201
Paragraphe 02: Les effets du délai de réflexion. ....	205
A/ Une technique différant la formation du contrat: .....	206
B/ Les sanctions encourues: .....	208
Section 02: Le droit de rétractation au seul profit du consommateur.....	211
Paragraphe 01: l'existence du droit de rétractation.....	211
A/ La nature juridique du droit de rétractation: .....	213
B/ La mise en œuvre du droit de rétractation. ....	215
1- Le domaine du droit de rétractation : .....	215
2- L'exercice du droit de rétractation :.....	219
Paragraphe 02 : les effets du droit de rétractation. ....	222

A/ Conséquences de l'exercice du droit de rétractation:.....	222
B/ Les sanctions encourues: .....	226
1- Sanctions civiles:.....	227
2- Sanctions pénales: .....	229
Titre deuxième : les conséquences découlant de la phase précontractuelle. ....	232
Chapitre 01: l'engagement de la responsabilité. ....	232
Section 01: la responsabilité précontractuelle de nature délictuelle.....	232
Paragraphe 01: rupture abusive des pourparlers.....	233
A/ Les pourparlers engagés sans réelle intention de contracter: .....	233
B/ La rupture brutale des pourparlers:.....	236
Paragraphe 02 : La violation de l'obligation précontractuelle d'information. ....	241
A/ Les fautes d'action:.....	242
1- La communication d'informations incorrectes: .....	242
2- La communication d'informations incomplètes:.....	243
3- La dissimulation des défauts: .....	245
B/ Les fautes d'abstention: la réticence. ....	246
Section 02: la responsabilité précontractuelle de nature contractuelle.....	249
Paragraphe 01: l'existence d'une faute précontractuelle de nature contractuelle. ....	249
A/ La théorie de la culpa in contrahendo: .....	250
B/ l'existence d'un avant- contrat:.....	257
1- moyens de preuve de l'avant-contrat:.....	258
2- l'inexécution de l'avant contrat:.....	262
Paragraphe 02 : Critères de qualification de la faute précontractuelle. ....	265
A/ L'intention de nuire : .....	265
B/ La gravité de la faute : .....	268
Chapitre 02 : Les effets de la responsabilité précontractuelle sur la protection du consommateur.....	273
Section01 : La réparation du préjudice précontractuel de nature délictuelle. ....	273
Paragraphe 01 : Le préjudice délictuel. ....	273
A/ Notion de préjudice : .....	274
B/ Les conditions du préjudice indemnisable.....	277
1- Le préjudice doit être licite : .....	278
2- Le préjudice doit être certain.....	279
3- Le préjudice doit être direct. ....	281

4- le préjudice doit être personnel. ....	283
Paragraphe 02 : La réparation du préjudice.....	285
A/ Les modalités de la réparation :.....	285
1- La réparation en nature : .....	285
2- La réparation par équivalent : .....	288
B/ Le principe de la réparation intégrale :.....	290
1- Contenu du principe :.....	290
2- Les conséquences du principe de la réparation intégrale :.....	292
Section 02 : La réparation du préjudice precontractuel de nature contractuelle.....	295
Paragraphe 01 : Le préjudice contractuel. ....	295
A/ La conception du préjudice contractuel :.....	295
1- La définition du préjudice : .....	296
2- les sortes de préjudice : .....	297
B/ Les caractères du préjudice réparable :.....	300
1- Le préjudice doit être établi : .....	301
2- Le préjudice doit être direct : .....	302
3- Le préjudice doit être prévisible :.....	303
Paragraphe 02 : La réparation du préjudice.....	304
A/ Les modalités de la réparation :.....	304
1- La réparation en nature : .....	305
2- La réparation pécuniaire :.....	306
B/ L'indemnité de réparation : .....	308
1- La stipulation conditionnelle de l'indemnité.....	309
a) Définition de la clause pénale : .....	309
b) Les conditions de la clause pénale : .....	310
b1) Les conditions de validité : .....	310
b2) Les conditions de mise en œuvre : .....	311
c) Les effets de la clause pénale : .....	312
c1) Le pouvoir du juge de diminuer ou d'écarter la clause pénale :.....	312
c2) Le pouvoir du juge d'augmenter la clause pénale :.....	312
2- La liquidation non-contractuelle de l'indemnité. ....	314
a) La fixation judiciaire de l'indemnisation : .....	314
b) La fixation légale de l'indemnité : .....	314

Conclusion :.....	<b>316</b>
Bibliographie .....	<b>319</b>
Table des matières.....	<b>343</b>