

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

Edités par Peter Gauch

338

ADRIEN GABELLON

Le précontrat –
Développements
et perspectives

Table des matières

Sommaire	XI
Liste des abréviations	XXI
Bibliographie	XXV
Introduction	1
Partie 1 : La notion de précontrat et son importance dans la pratique	5
Chapitre premier : Quelques éléments introductifs	7
§ 1 Les enjeux	9
I. Quelques exemples pratiques	9
A. L'engagement de conclure le contrat principal	9
B. L'engagement de conclure un contrat futur avec un tiers	11
C. L'engagement de conclure un contrat futur avec une entité future	12
II. La controverse sur la portée du précontrat	12
A. L'assimilation du précontrat au contrat principal	12
B. La reconnaissance d'une utilité au précontrat	13
C. Le besoin d'une approche nouvelle	14
§ 2 L'évolution historique	17
I. Le précontrat du droit romain au XVIII ^e siècle	17
A. Le précontrat en droit romain	17
B. L'époque des glossateurs	18
1. Une <i>obligatio faciendi</i>	19
2. Une <i>obligatio dandi</i>	19
C. L'époque des post-glossateurs	20
D. Les pandectistes et les jusnaturalistes	21
1. Les pandectistes	21
2. Les jusnaturalistes	22
II. La période précédant l'unification du droit privé au niveau fédéral	23
A. La situation dans les cantons romands	23

B.	La situation dans les cantons alémaniques	24
1.	La <i>Vorvertragstheorie</i>	24
2.	Quelques oppositions	25
III.	L'adoption de l'art. 22 CO	25
A.	La théorie de l'influence française	26
B.	La théorie de l'influence allemande	27
§ 3	Quelques délimitations	29
I.	Les instruments de nature précontractuelle	29
A.	L'offre	29
B.	L'accord de principe	31
C.	La lettre d'intention	32
II.	Les instruments de nature contractuelle	34
A.	Le contrat de négociation	34
B.	Le pacte de préférence	35
C.	Le contrat à option	36
D.	Le contrat-cadre	37
III.	Quelques spécificités du précontrat	38
Chapitre deuxième : Les diverses conceptions du précontrat		41
§ 4	Le précontrat dans la jurisprudence	43
I.	L'assimilation du précontrat au contrat principal	43
A.	Les faits à la base de l'arrêt	43
B.	La solution retenue par le Tribunal fédéral	44
II.	La concrétisation de l'indépendance du précontrat	46
A.	Les faits à la base de l'arrêt	46
B.	La solution retenue par le Tribunal fédéral	47
C.	Le développement de la jurisprudence de la <i>Zweistufentheorie</i>	47
D.	Les critiques de la doctrine	49
III.	Le retour à une jurisprudence de l'assimilation	50
A.	Les faits à la base de l'arrêt	50
B.	La solution retenue par le Tribunal fédéral	51
IV.	La jurisprudence de l' <i>Einstufentheorie</i>	53
A.	Les faits à la base de l'arrêt	53
B.	La solution retenue par le Tribunal fédéral	53
V.	Une critique de la jurisprudence de l' <i>Einstufentheorie</i>	55
A.	La méthode employée par le Tribunal fédéral	56
B.	Une jurisprudence contraire au principe de la liberté contractuelle	57

C.	Un manque d'uniformité suivant que le précontrat vise l'engagement réciproque des parties ou non	59
§ 5	Le précontrat dans la doctrine	61
I.	La réponse à un besoin psychologique des parties	61
II.	Le précontrat et l'exclusivité	63
III.	Un contenu moindre par rapport aux éléments du contrat principal	65
IV.	Le précontrat intégré à un autre accord	68
V.	Le précontrat palliant l'impossibilité de conclure immédiatement le contrat principal	71
VI.	Le précontrat en faveur d'un tiers	73
VII.	D'autres hypothèses	75
A.	Le précontrat visant une reconnaissance de dette abstraite	75
B.	Une influence sur la déterminabilité des éléments du contrat principal	76
C.	Une libération facilitée par rapport à la conclusion immédiate du contrat principal	77
D.	Des conséquences fiscales particulières	78
E.	Le précontrat par lequel une seule des parties s'engage à conclure le contrat principal	79
VIII.	Quelques conclusions	81
	Chapitre troisième : La portée pratique du précontrat	83
§ 6	Les fonctions du précontrat	85
I.	Des fonctions déduites de l'interprétation de l'art. 22 CO	85
A.	Les points d'appui de l'interprétation	86
1.	Le texte	86
2.	La systématique	87
3.	La genèse	88
4.	Le but	89
B.	Les fonctions propres au précontrat	90
1.	Une fonction de garantie anticipée pour la conclusion du contrat principal	91
2.	D'autres fonctions tirées de l'application des règles en vigueur à l'obligation de conclure un contrat futur	95

II.	Le précontrat en faveur d'une entité juridique future : l'exemple de la <i>joint venture</i>	98
A.	La notion de <i>joint venture</i>	98
B.	Le précontrat et les contrats d'exécution	100
§ 7	Les caractéristiques du précontrat	103
I.	La définition du précontrat dans la littérature	103
II.	Les traits principaux du précontrat	104
A.	Sa nature contractuelle	105
B.	Son objet	106
C.	Les prestations prévues (un aperçu)	108
1.	La prestation caractéristique	108
2.	D'autres prestations	109
III.	Quelques éléments de classification	110
A.	La relation à la loi	110
B.	La relation entre les prestations	111
C.	La relation au temps	112
IV.	Notre définition du précontrat	114
 Partie 2 : La vie juridique du précontrat, de sa naissance à son extinction		115
 Chapitre premier : La formation du précontrat		117
§ 8	Les parties	119
I.	Les parties contractantes	119
A.	Le promettant	119
B.	Le créancier	120
II.	Le précontrat en faveur d'un tiers	120
A.	La nature du précontrat en faveur d'un tiers	121
B.	La personne du tiers bénéficiaire	123
C.	Un précontrat en faveur de deux tiers?	124
III.	La pluralité de parties	125
A.	La pluralité de débiteurs	125
1.	Les débiteurs solidaires	126
2.	Les débiteurs collectifs	127
B.	La pluralité de créanciers	127
1.	Les créanciers solidaires	128
2.	Les créanciers collectifs	128
§ 9	Le contenu	131
I.	Le contenu minimal du précontrat	131
A.	L'engagement de conclure le contrat principal	132

B.	Le contenu du contrat principal	133
	1. En général	133
	2. Quelques sortes de précontrats	135
II.	Un contenu supplémentaire	142
	A. Les éléments supplémentaires en rapport avec la promesse de conclure	142
	1. Les contre-prestations	143
	2. Les conditions	144
	3. Les clauses pénales, dédits et autres arrhes	145
	4. Les obligations accessoires	147
	B. Les éléments supplémentaires en lien avec le contenu du contrat principal	147
§ 10	L'interdiction des vices du consentement	149
I.	L'influence des vices du consentement sur le précontrat	149
	A. L'erreur	149
	1. L'erreur de déclaration	150
	2. L'erreur de base	150
	B. Le dol	151
	C. La crainte fondée	152
	D. La lésion	152
II.	La sanction des vices du consentement	153
§ 11	Les limitations de l'objet	155
I.	L'application des limitations légales à l'objet du précontrat	155
	A. L'impossibilité	155
	1. L'impossibilité et l'obligation de conclure le contrat principal	156
	2. L'impossibilité et les obligations prévues par le contrat principal	156
	B. L'illicéité	157
	1. L'obligation de conclure un contrat futur	157
	2. L'objet du précontrat	158
	3. Le but poursuivi par les parties	159
	C. La contrariété aux mœurs	159
	1. Le cadre entourant la conclusion du précontrat	159
	2. La contrariété aux mœurs du contrat principal	160

D.	La protection des droits de la personnalité	160
1.	L'engagement de conclure le contrat principal	160
2.	Le contrat principal	162
II.	La sanction	162
A.	La sanction de l'art. 20 CO	163
B.	La sanction de l'art. 27 al. 2 CC	163
III.	En particulier : les restrictions en matière de clauses d'architecte intégrées à des ventes immobilières	164
A.	La situation en droit suisse	165
1.	La limitation légale	165
2.	La sanction	168
B.	La situation en droit allemand	169
1.	La limitation légale	169
2.	La sanction	171
C.	Une appréciation	171
1.	La limitation légale	171
2.	La sanction	173
§ 12	La forme	175
I.	Les exigences de forme du précontrat	175
A.	La forme légale du précontrat	175
B.	La forme conventionnelle du précontrat	177
C.	L'absence d'exigence de forme	178
II.	L'étendue de la forme du précontrat	179
A.	Les éléments objectivement essentiels	179
B.	Les éléments subjectivement essentiels et le « cadre naturel » du précontrat	180
III.	Le précontrat intégré à un autre contrat en particulier	182
A.	La problématique	182
1.	L'enjeu principal	182
2.	Une illustration	183
B.	L'importance de l'étendue de la forme spéciale	183
1.	En général	183
2.	Une illustration	184
IV.	La sanction d'un vice de forme	185
A.	La règle générale	186
B.	Son application au précontrat	187

Chapitre deuxième : Les effets du précontrat	189
§ 13 Quelques effets du précontrat	191
I. Les effets du précontrat sur un droit d’emption ou de préemption	191
A. Le précontrat et le droit d’emption	191
B. Le précontrat et le droit de préemption	192
II. Le précontrat et le transfert des risques dans la vente	193
III. L’annotation au registre foncier d’un précontrat de vente immobilière ?	194
IV. Le précontrat et la cession de créance	195
V. Le précontrat et le délai de révocation du droit de la consommation	197
Chapitre troisième : La sanction du précontrat	199
§ 14 Les conséquences de l’inexécution	201
I. L’assimilation du précontrat au contrat principal ?	201
A. L’approche française	202
B. L’approche allemande	204
C. Une appréciation	205
II. Une sanction limitée à des dommages-intérêts ?	208
A. La doctrine favorable	208
B. Une appréciation	210
III. L’application des règles générales du Code des obligations relatives à l’inexécution d’une obligation contractuelle	211
A. L’exécution matérielle du précontrat	212
1. L’obligation de conclure le contrat principal	212
2. D’autres obligations prévues par le précontrat	215
3. L’influence des exceptions légales à l’exigibilité des obligations contractuelles	215
B. Les moyens de droit déduits de la demeure du débiteur	217
1. Le précontrat unilatéral	217
2. Le précontrat synallagmatique	219
C. L’inexécution pour cause d’impossibilité fautive du débiteur	226
D. La modification conventionnelle du régime légal	228

Chapitre quatrième : La fin du précontrat	229
§ 15 L'extinction des obligations	231
I. L'extinction ordinaire des obligations	231
II. L'extinction extraordinaire des obligations	232
A. La remise de dette	232
B. L'impossibilité subséquente non fautive	234
C. La prescription	235
D. La compensation	237
Conclusions	239
Résumé	243
Schlussfolgerungen	255
Summary	267
Table des dispositions légales citées	279
Répertoire alphabétique des matières	283