



**BRUNO DONDERO**

Professeur à l'université Paris-I (Panthéon Sorbonne), IRJF-Sorbonne affaires, expert au Club des juristes

## Gare au coup de foudre... contractuel !

**L**a formation des contrats, en droit français, est gouvernée par le principe du consensualisme. En substance, on est engagé par un contrat du seul fait qu'on y a consenti, ce qui survient peut-être longtemps avant que l'on signe un acte écrit. L'article 1583 du Code civil l'illustre parfaitement à propos de la vente, qui « *est parfaite entre les parties [...] dès qu'on est convenu de la chose et du prix* ». Dès lors que l'acheteur et le vendeur se sont mis d'accord sur le bien vendu et le prix à payer, le contrat se forme, et il produit ses effets : l'acheteur devient débiteur du prix et la propriété du bien passe instantanément du patrimoine du vendeur à celui de l'acheteur. La loi ou le contrat dérogent fréquemment à cela et prévoient que les parties ne seront engagées par le contrat qu'après l'accomplissement de telle ou telle formalité. Les exigences de preuve contribuent aussi à rendre l'écrit obligatoire. Mais le principe est clair : on peut être tenu par un contrat alors même que l'on n'a pas encore signé de document contractuel !

Un échange de mails entre les PDG de deux sociétés commerciales pourrait ainsi valoir d'échange de consentements à une opération de cession de plusieurs milliards. En cas de litige, le juge ou l'arbitre apprécieraient librement la valeur de cette preuve (car la preuve est libre à l'encontre des commerçants, pour les actes de commerce), mais il ne faut pas se dire que les mails n'ont en ce domaine aucune valeur !

Notre droit des contrats, toujours régi par le principe du consensualisme (et le projet d'ordonnance qui viendra peut-être ne change pas cela), repose sur l'idée d'un « coup de foudre contractuel ». Avant la rencontre des consentements, il n'y a rien, une fois les consentements échangés, le contrat est intégralement formé. Cette manière de voir les choses, qui convient bien à des contrats simples, n'est pas adaptée aux contrats complexes des entreprises : constitution d'un joint-venture, acquisition, financement, etc. Ces opérations sont généralement précédées d'une phase préparatoire importante de négociation et d'audit.

Il est fréquent que cette phase donne lieu à la signature de documents, comme une « lettre d'intention ». Ces documents au contenu variable tracent le cadre des négociations à intervenir, voient les parties s'engager à négocier de manière exclusive et confidentielle, et définissent souvent les éléments essentiels du contrat à venir. L'idée est de montrer que les parties sont intéressées à la conclusion du contrat. Mais, attention, si la lettre d'intention laissait entendre que les parties sont déjà d'accord sur l'essentiel, le contrat pourrait être vu comme déjà formé. La pratique se protège par des clauses excluant que le contrat définitif puisse être déduit de la lettre d'intention, mais on comprend l'ambiguïté propre aux lettres d'intention : on exprime un intérêt pour la conclusion du contrat, mais pas encore le consentement au contrat définitif... tout en espérant que l'autre partie soit d'ores et déjà fermement engagée ! ■