

## CHAPITRE 2

# LES NÉGOCIATIONS : PROCESSUS ET REPRÉSENTATION

À quoi servent les négociations ? C'est avant tout autre chose **un temps précédent la conclusion du contrat. Un temps de discussion et d'échange serein** permettant le discernement et de mesurer les engagements.



De nos jours, **cette vision très théorique a beaucoup évoluée**, pour ne pas dire déviée de son fondement originel. Il s'agit surtout pour chacune des parties professionnelles, et de leurs services juridiques respectifs, de prévoir les possibles futurs contentieux et la façon dont ils devront être réglés. D'un temps d'échange serein, nous sommes passés à un temps de bras de fer, de tentatives d'imposition, d'adhésion forcée à une position contractuelle, de concessions réciproques aux fins de contracter le moins mauvais accord. Cette réalité est une dénaturation de l'esprit qui devrait prévaloir.

Le Législateur a très récemment repris de manière formelle les grands principes doctrinaux et jurisprudentiels qui étaient déjà en vigueur.

### DÉFINITIONS

- **Un principe « doctrinal »** est un principe qui ne figure pas dans un texte de loi déterminé mais qui a été émis par un professionnel du droit (professeur universitaire, avocat, etc), et qui a été reconnu comme un principe fondamental à suivre par l'ensemble des autres professionnels.
- **Un principe « jurisprudentiel »** est un principe qui ne figure pas dans un texte de loi déterminé, mais qui a été posé comme solution par un juge lors d'un dossier particulier, et qui a par la suite été repris par d'autres juges à l'occasion de dossiers similaires. C'est la **concordance de la solution rendue par plusieurs juges à la suite** qui fait la jurisprudence, et non une décision isolée.
- **Une obligation de moyen** est l'obligation mise à la charge d'une partie de « tout mettre en œuvre » à fin de parvenir si possible à un résultat déterminé. Pour autant, si le résultat attendu n'est pas réalisé, le cocontractant sur qui repose l'obligation ne peut voir sa responsabilité engagée. Il en est ainsi du sportif professionnel engagé par un club. La responsabilité professionnelle de celui-ci ne peut être mise en jeu si son équipe perd à l'occasion d'une compétition.

À l'opposé, certains professionnels se voient imposer **une obligation de résultat** dans le cadre de leur activité, et leur responsabilité sera retenue dès lors que le résultat attendu par le cocontractant n'est pas réalisé. Le concessionnaire de voitures neuves est tenu de fournir un véhicule en parfait état de fonctionnement et de sécurité.

Bien souvent, le terme « pourparlers » est utilisé en lieu et place de « négociations ». Il n'y a aucune différence entre l'un et l'autre. Le terme « pourparlers » est par ailleurs très révélateur de l'intention qui doit présider durant cette période : une période « pour parler ».

## SECTION 1

# L'ENCADREMENT DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION

L'encadrement du processus de négociation trouve son fondement de base dans **le respect de l'égalité de chacune des parties contractantes**.

En droit français, chacun d'entre nous étant parfaitement égalitaire vis à vis de son voisin, sauf exception (mineurs, majeurs protégés comme nous l'avons vu au chapitre précédent), la loi n'a prévue pour cette raison et jusqu'en 2016 qu'un **encadrement** assez **souple**.

La liberté des parties étant toujours la règle, la **vie des affaires** pouvant parfois être **plus complexe** qu'un simple acte de vente et d'achat, celles-ci ont également la liberté de prévoir par le biais **d'avant contrats**, des règles **plus contraignantes entre elles** pour cette période pré contractuelle.

La société se complexifiant et le commerce restant la base des échanges entre personnes, une **loi du 16 février 2015** est venue poser les bases minimums à respecter **en toute matière** dès lors que l'on parle de négociations.

**Dans tous les cas de figures** cependant, il n'y a **aucune forme, aucun formalisme**, au déclenchement d'une phase de négociation. Il s'agit dans la très grande majorité des cas d'une **simple invitation orale entre parties** à entrer en négociation sur un sujet donné. Il peut s'agir également d'un simple **message publicitaire** (presse, tv, radio, affichage urbain, internet, etc), voir même d'une **annonce** (presse papier ou numérique).

## A L'ENCADREMENT LÉGAL DES NÉGOCIATIONS : ENCADREMENT SOUPLE

Cet encadrement souple des négociations résulte de **l'article 1134 alinéa 3 du code civil** : les négociations doivent être menées **loyalement** et de **bonne foi** par chacune des parties.

Ces notions que nous avons déjà abordées dans le précédent chapitre sont requises non seulement lors de la conclusion du contrat, mais également bien avant la rencontre de l'offre et de la demande, lors des simples discussions pré contractuelles. Nous trouvons là, toute la philosophie en filigrane de la rédaction du code civil en 1804, celle du **comportement** en « **bon père de famille** ».

En conséquence, c'est **la liberté** qui **régit la conduite des négociations**. Pas de durée précise ni de forme, pas plus que des thèmes qui peuvent ou ne peuvent être abordés. Les parties peuvent négocier aussi longtemps qu'elles le souhaitent ; par voie orale, échange d'écrits, de courriel, etc ; sur l'ensemble des sujets pouvant se rapporter à l'exécution future du contrat qu'elles se proposent de conclure ensemble.

- Quelques fois cependant, sur des **matières spécifiques requérant une protection accrue d'un cocontractant**, le **législateur** impose de lui-même **un cadre un peu plus précis** :
- Ainsi en est-il par exemple en matière commerciale, **article L330-3 du code de commerce**, qui impose **un délai de réflexion** de vingt jours entre professionnels entre l'envoi du projet de contrat et de sa note d'information précontractuelle et l'acceptation effective de l'offre (par exemple pour un contrat de franchise : entre le franchiseur et le futur franchisé).

Il en est de même en matière de **prêt immobilier** puisque le **législateur** depuis la **loi Scrivener**, impose un **délai de réflexion** de 11 jours au(x) futur(s) emprunteur(s) avant d'accepter l'offre de financement proposée par un établissement bancaire.

## B L'ENCADREMENT CONTRACTUEL DES NÉGOCIATIONS

Par opposition à la souplesse de principe, les parties peuvent respectivement éprouver le besoin d'avoir un cadre contractuel, une **protection renforcée**, déterminant les principes de négociations **qu'elles devront respecter les unes envers les autres**. Il ne s'agit pas du contrat qu'elles envisagent de conclure in fine, mais d'un **pré contrat** définissant un certains nombres de lignes de conduites.

Quels sont les **cas nécessitant une protection renforcée** ?

- a. Dans une optique de **sécurité juridique**. Il en est ainsi des négociations entre grands groupes nationaux ou internationaux (par exemple lors du rachat par Total de la Compagnie Elf), ou pour des raisons de **secret des affaires**, de **confidentialité** des données communiquées (ce qui est le cas généralement dans le cadre de négociations entre un franchiseur et son futur franchisé qui se transmettent (lettre d'intention ou fiche de candidature, etc).

- b. Dans de la cadre de la **confidentialité des données communiquées** lors des négociations, il est fréquent de prévoir dans le pré contrat **une clause dite de « confidentialité »** visant expressément **un savoir-faire, une méthode** ou **une rémunération**. La ou les parties qui se doivent de respecter la clause s'engagent non seulement à **ne pas dévoiler ces éléments à des tiers**, mais également à **ne pas en faire usage** (anti concurrentiel) s'ils venaient à ne point contracter.
- c. Il peut en être également ainsi afin **d'éclairer avec certitude le consentement** d'une ou des parties qui vont conclure le contrat (par exemple en matière industrielle, la vente de matériel lourd est précédée durant la phase de négociation par la fourniture à l'acheteur potentiel de toute la documentation technique pouvant lui permettre d'apprécier pleinement les coûts d'entretien et de fonctionnement futurs du matériel qu'il envisage d'acquérir).
- d. Dans un but de **sauvegarde de la liberté contractuelle**. Quelle que soit la taille ou l'importance des parties et des enjeux en présence, il demeure parfois essentiel de rappeler que les négociations n'ont pour but que de **discuter** d'un **acte** potentiel **futurs** (l'objet du contrat). Mais que jusqu'à la signature de ce contrat, chacune demeure **libre** de ne pas s'engager plus en avant, et donc **choisir de ne pas contracter** (par exemple, la rupture des négociations entre EDF et son vis à vis anglais pour la construction d'une centrale énergétique au charbon, sous l'impulsion d'organisations gouvernementales et non gouvernementales lors de la conférence climat de Paris 2016).
- e. Plus couramment, et plus simplement, le cadre pré contractuel peut avoir pour unique but de « **rythmer** » les négociations en terme de durée, de fréquences des discussions, des lieux de rencontres, etc.

## C L'ENCADREMENT PRÉVU PAR LA LOI DU 16 FÉVRIER 2015

Pourquoi n'étudier le dispositif législatif en vigueur en dernier alors qu'il s'agit du cadre légal en cours ? Tout d'abord, parce-que cette loi **reprend** des dispositions que nous venons de voir en les rendant **générales et obligatoires**. Il nous suffira donc de les citer sans y revenir dans le détail. Ensuite, parce que ces dispositions sont les **résultantes** des **conditions contractuelles** que nous avons étudiées au premier chapitre, ce qui sera l'occasion de faire un court rappel. La vraie nouveauté résulte des **sanctions** qui peuvent être prononcées en cas d'action judiciaire.