

Université de Montréal

**Les pourparlers précontractuels en droit québécois.
De l'opportunité d'une modification du *Code civil du Québec* à la
lumière des récentes réformes française et allemande**

par Sarah Barry

Faculté de droit

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

Janvier 2018

© Sarah Barry, 2018

Résumé

Notre thèse aborde la question des pourparlers précontractuels et la manière dont elle est régie en droit québécois, français et allemand. L'objectif est de défendre l'idée d'une modification du *Code civil du Québec* afin que ce dernier encadre davantage la période précontractuelle. Actuellement, la loi générale des contrats n'évoque que de manière indirecte la période de négociation des contrats à travers notamment l'article 1375 du *Code civil* qui impose aux parties de respecter les exigences de la bonne foi dès la naissance d'une obligation. Un tel état du droit détonne quand on le compare avec les systèmes juridiques français ou allemand dans la mesure où ces derniers prévoient des dispositions légales explicites en la matière.

Notre thèse insiste sur les difficultés pratiques et juridiques que soulève le droit positif québécois. En raison de la complexification des contrats engendrée par l'internationalisation des échanges et la multiplication de ces derniers, le recours à des pourparlers précontractuels s'est fortement généralisé. Cette explosion du phénomène précontractuel a dans le même temps généré un contentieux grandissant. Face à de tels bouleversements, nous proposons de faire évoluer la lettre du *Code civil du Québec* en précisant quelques règles permettant de clarifier la manière dont les parties engagées dans ce processus doivent se comporter et les sanctions qui découleraient si ces règles n'étaient pas respectées.

Pour ce faire, nous avons organisé notre propos de manière classique en nous concentrant dans un premier temps sur la question du contenu des principes et des règles qui régissent les pourparlers. Notre première partie s'intéresse ainsi exclusivement à la liberté précontractuelle et à la bonne foi dont la portée et les applications sont nombreuses. Dans un deuxième temps,

nous avons questionné la mise en œuvre de ces principes et de ces règles à travers une première étude relative à la nature de la responsabilité encourue en cas de faute commise durant ou lors de la rupture des pourparlers et une seconde qui se concentre davantage sur la nature de la réparation du préjudice souffert à la suite de la faute d'un ancien partenaire à la négociation.

En filigrane des propositions que nous avons formulées afin d'améliorer le droit positif, nous avons tenté de préserver l'essence des pourparlers précontractuels, soit l'équilibre entre liberté et loyauté. Nous espérons que le résultat satisfera les lecteurs et contribuera à nourrir et à poursuivre d'autres travaux sur la phase de formation des contrats, qui reste un thème encore peu traité en droit civil.

Mots-clés : Négociation contractuelle, Réforme, Pourparlers précontractuels, Bonne foi, Liberté contractuelle, Responsabilité précontractuelle, Avant-contrat, Promesse de contrat, *Culpa in contrahendo*, Devoir d'information

Abstract

Our thesis focuses on precontractual negotiations in Quebec while adopting a comparative approach by using French and German law. The main objective is to defend the idea of a modification of the Quebec Civil Code in order to ensure that the precontractual period is taken more into account. Indeed, there are currently no specific rules related to precontractual negotiations in the general law of contracts. Only few rules can apply if we interpret them in a broader way they are supposed to, such as article 1375 that forces the parties to conduct themselves in good faith at the time the obligation arises. This state of law differs from both French and German legal systems where rules have been drafted to impact the way parties can act while they are negotiating a contract.

Our thesis insists on practical and legal issues that arise from the way the law is actually built in Quebec. Because of the complexification of contracts linked to the internationalisation of exchanges and the multiplication of them, the phenomenon which consists on negotiating a contract appeared to be necessary and became the rule in the matter. It has, at the same time, generated an increasing litigation. According to us, the Quebec Civil Code should contain specific rules about the way people have to behave during precontractual negotiations and how they will be sanctioned if they are disregarded.

In order to do so, our work is divided in a classic way. First, we focus on the content of important principles and rules that apply during precontractual negotiations, such as precontractual freedom and good faith that both benefit from a large legal scope. Then, we question the implementation of these principles and rules by studying the nature of the

accountability faced after a party has violated them but also the nature of the compensation due after a prejudice has been caused by the fault of a former partner.

While we propose solutions to build more efficient rules, we try to preserve the very essence of precontractual negotiations: freedom and loyalty. We hope the outcome will be interesting for readers and will be useful to any other works on precontractual negotiations that are still not so well treated in civil law studies.

Keywords : *Contractual negotiation, Reform, Precontractual negotiation, Good faith, Freedom of contract, Precontractual accountability, Pre-contract, Promise to contract, Culpa in contrahendo, Information duty*

Table des matières

Liste des principaux sigles et des principales abréviations.....	x
Remerciements.....	xviii
Avant-propos.....	xix
Introduction.....	1
§ 1 : L'origine des pourparlers dans la pratique et dans le droit positif au Québec	1
§ 2 : La pratique actuelle des pourparlers précontractuels	7
§ 3 : Définition de la notion de « pourparlers précontractuels »	12
§ 4 : Distinction entre l'offre de négocier et l'offre de contracter.....	16
§ 5 : Délimitation du sujet	18
§ 6 : Premier enjeu de notre étude : faire l'état des lieux du droit québécois des négociations précontractuelles.....	21
§ 7 : Deuxième enjeu de l'étude : défendre l'idée d'une modification du <i>Code civil du Québec</i> en matière précontractuelle	24
§ 8 : Troisième enjeu de l'étude : réfléchir aux contours d'un <i>Code civil</i> modifié afin d'intégrer des règles explicites relatives aux pourparlers	31
§ 9 : Méthode de droit comparé utilisée	32
§ 10 : Délimitation du champ de la comparaison	35
§ 11 : Plan d'étude	42
Partie 1 : Le contenu des principes applicables à la négociation précontractuelle.....	44
Titre 1 : La liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels	44
Chapitre 1 : La portée de la liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels	46
Section 1 : La liberté contractuelle à l'entrée des pourparlers précontractuels.....	47
§ 1 : Liberté dans l'invitation à entrer en négociation.....	47
§ 2 : Liberté d'accepter une invitation à négocier	49
Section 2 : La liberté contractuelle durant les pourparlers précontractuels	55
§ 1 : Liberté quant aux décisions prises durant les pourparlers.....	56
§ 2 : Liberté de formaliser les pourparlers.....	61
§ 3 : Liberté de mener des négociations parallèles.....	74
Section 3 : La liberté contractuelle au moment de la rupture des pourparlers	82
§ 1 : La liberté de rompre les pourparlers.....	82
§ 2 : Quelques tempéraments à la liberté de rupture des négociations.....	93

Chapitre 2 : L'évolution de la liberté contractuelle dans les pourparlers	97
Section 1 : L'évolution passée de la liberté précontractuelle : d'une liberté absolue à une liberté relative	97
§ 1 : Le dogme de la liberté contractuelle dans les pourparlers	98
A) Le dogme de la liberté contractuelle dans la loi	98
B) Le dogme de la liberté contractuelle dans la jurisprudence	103
§ 2 : La relativisation du dogme de la liberté contractuelle dans les pourparlers	106
§ 3 : Une relativisation de la liberté précontractuelle mais pas un déclin	111
A) Le déclin de l'autonomie de la volonté mais la relativisation de la liberté précontractuelle	111
B) L'absence de déclin fondée sur les fonctions de la liberté dans les pourparlers	113
Section 2 : L'évolution souhaitable de la liberté précontractuelle : plaidoyer contre la codification du principe.....	116
§ 1 : L'état du nouveau droit français.....	117
§ 2 : Les critiques du nouveau droit français : un modèle non convaincant	120
Titre 2 : La bonne foi dans les pourparlers précontractuels	126
Chapitre 1 : Les fondements du devoir de négociateur de bonne foi	128
Section 1 : Les fondements traditionnels	129
§ 1 : Les vices du consentement	130
§ 2 : L'abus de droit.....	131
Section 2 : Les fondements contemporains.....	137
§ 1 : Un fondement légal : le <i>Code civil du Québec</i>	137
§ 2 : Un fondement contractuel	148
Section 3 : Les fondements pratiques ou la question des fonctions du devoir de négociateur de bonne foi	151
§ 1 : La sécurisation et la moralisation des pourparlers précontractuels	152
§ 2 : La protection du consentement des parties aux pourparlers précontractuels ...	158
§ 3 : La bonne foi : un devoir au service de la liberté contractuelle.....	160
Chapitre 2 : Le contenu du devoir de négociateur de bonne foi	161
Section 1 : La loyauté précontractuelle	163
§ 1 : La loyauté précontractuelle durant les pourparlers	163
A) Le principe	164
B) Les limites du principe : le devoir de collaboration ou de coopération ...	172
§ 2 : La loyauté précontractuelle lors de la rupture des pourparlers	177

Section 2 : Les corollaires de la loyauté précontractuelle.....	191
§ 1 : L'obligation précontractuelle d'information.....	191
§ 2 : Le devoir de confidentialité.....	208
Partie 2 : La sanction des principes applicables à la négociation précontractuelle...	225
Titre 1 : La nature de la responsabilité découlant des pourparlers	227
Chapitre 1 : La responsabilité contractuelle : un régime d'exception	230
Section 1 : Les conditions d'application de la responsabilité contractuelle pour un contentieux précontractuel	231
§ 1 : La découverte par le juge d'un engagement contractuel valable	232
§ 2 : L'inexécution dommageable par le cocontractant potentiel de l'engagement contractuel valable.....	241
A) L'inexécution d'un contrat de négociation ou d'un contrat préliminaire envisageant la négociation du contrat définitif.....	242
B) L'inexécution d'une promesse de contrat	245
C) L'inexécution d'un pacte de préférence.....	249
D) L'inexécution du contrat final.....	251
Section 2 : De la généralisation de la responsabilité contractuelle suivant le modèle allemand ?	253
§ 1 : La présentation du modèle allemand.....	254
A) Les origines de la responsabilité <i>in contrahendo</i> allemande	255
1) La théorie de la <i>culpa in contrahendo</i> de Jhering	255
2) L'interprétation large de la <i>culpa in contrahendo</i> par la jurisprudence.....	258
B) La codification de la théorie dans le <i>BGB</i>	261
1) La codification fragmentaire de la <i>culpa in contrahendo</i>	261
2) La codification générale de la <i>culpa in contrahendo</i> avec la réforme.....	262
§ 2 : Un modèle allemand non convaincant	267
A) Une solution inadaptée au système québécois de la responsabilité	267
B) Une solution trop stricte pour préserver l'essence des pourparlers	271
C) Le rejet du concept de « contrat tacite »	274
Chapitre 2 : La responsabilité extracontractuelle : le régime de droit commun	279
Section 1 : La faute au cœur des conditions d'application de la responsabilité extracontractuelle pour un contentieux précontractuel	282
§ 1 : La faculté de discernement.....	284
§ 2 : La dérogation à une norme de comportement	286
A) La durée de la négociation	290
B) L'état d'avancement de la négociation	293

C)	Le statut des cocontractants	295
D)	Les clauses d'exonération de la responsabilité	300
Section 2 : De la consécration légale expresse de la nature extracontractuelle de la responsabilité découlant des pourparlers ?.....		
		304
§ 1 :	De l'utilité de la codification d'une règle relative à la responsabilité découlant des pourparlers	305
§ 2 :	De la manière de formuler cette règle	308
Titre 2 : Les modalités de la réparation d'un préjudice découlant des pourparlers.314		
Chapitre 1 : La réparation en nature, un remède peu utilisé		
		318
Section 1 : De la réparation en nature dans le cadre de pourparlers formalisés.....		
		320
§ 1 :	Un remède dont la portée est limitée en droit positif québécois	321
§ 2 :	Un remède à envisager en droit prospectif québécois	331
Section 2 : De la réparation en nature dans le cadre de pourparlers non formalisés.....		
		340
§ 1 :	Un remède rejeté en matière d'obligation de faire	341
§ 2 :	Un remède à envisager en matière d'obligation de ne pas faire.....	346
Chapitre 2 : La réparation par équivalent, un remède fréquent		
		349
Section 1 : La réparation de la perte subie ou le « passé précontractuel ».....		
		353
§ 1 :	Le préjudice matériel.....	355
A)	Les dépenses occasionnées durant les pourparlers	356
B)	Le temps perdu.....	368
C)	La perte subie par le manquement à l'obligation de confidentialité.....	370
D)	L'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté avec le cocontractant fautif.....	372
§ 2 :	Le préjudice moral : l'atteinte à la réputation et à l'image	374
Section 2 : La réparation du gain manqué ou le « futur précontractuel »		
		377
§ 1 :	La perte de chance de conclure un contrat avec un tiers	378
§ 2 :	Le gain manqué de conclure le contrat avec l'ancien partenaire à la négociation.....	385
Conclusion		
		402
Table de la législation.		
		408
Table de la jurisprudence.....		
		409
Bibliographie		
		418

Liste des principaux sigles et des principales abréviations

A

AJCA Actualité juridique Contrats d'affaires,
Concurrence, Distribution

al. alinéa(s)

art. article(s)

avr. avril

B

BGB Bürgerliches Gesetzbuch

Bull. civ. Bulletin des arrêts des chambres civiles de
la Cour de cassation

Bull. com. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
en matière commerciale

C

c. Contre ou Chapitre (lois)

C. const. Arrêt du Conseil constitutionnel

C. de D. Cahiers de droit

C.A. Cour d'appel du Québec

C.c.B.C. Code civil du Bas Canada

C.c.fr. Code civil français

C.c.Q.	Code civil du Québec
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat
C.Q.	Cour du Québec
C.S.	Cour supérieure ou Recueils de la Cour supérieure
C.S.C. ou CSC	Cour suprême du Canada
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal
CanLII	Institut canadien d'information juridique
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chr.	chronique
Civ. (1 ^{re})	Chambre civile de la Cour de cassation (première _)
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D	
D.	Recueil Dalloz
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz (avant 1941)
D.P.	Recueil Dalloz périodique et critique
DDH	Déclaration des droits de l'homme et du

	citoyen (1789)
déc.	décembre
E	
éd.	édition
et suiv.	et suivants (pour les articles ou pour les paragraphes), et suivantes (pour les pages)
EYB	Recueil électronique des Éditions Yvon Blais
F	
févr.	février
G	
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J	
J.C.P. (ou JCP G)	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
J.E.	Jurisprudence Express
J.O. ou J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
janv.	janvier
juil.	juillet

L

L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A. (ou LPA)	Les petites affiches
L.p.c.	Loi sur la protection du consommateur
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.R.Q.	Lois refondues du Québec (1977-2010)

M

McGill L.J.	McGill Law Journal / Revue de droit de McGill
-------------	---

N

nbp	note de bas de page
nov.	novembre

O

obs.	Observations
oct.	octobre
Ord.	Ordonnance

P

p.	page(s)
P.U.F.	Presses universitaires de France

P.U.L.	Les Presses de l'Université Laval
par.	Paragraphe(s) de décisions
Q	
QC C.A.	Cour d'appel du Québec (CanLII)
QC C.Q.	Cour du Québec (CanLII)
QC C.S.	Cour supérieure du Québec (CanLII)
QCCA	Cour d'appel du Québec (référence neutre)
QCCQ	Cour du Québec (référence neutre)
QCCS	Cour supérieure du Québec (référence neutre)
R	
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien / Canadian Bar Review
R.C.S.	Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales
R.D.C. (ou RDC)	Revue de droit des contrats
R.D.I. (ou RDI)	Recueil de droit immobilier
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke

R.G.D.	Revue générale de droit
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.J.E.U.M.	Revue juridique étudiante de l'Université de Montréal
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec (depuis 1986)
R.J.T.	Revue juridique Thémis (de 1966 à 2012)
R.L.	Revue légale
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurance
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Rev. Lamy Affaires	Revue Lamy Droit des Affaires
Rev. Lamy Civil	Revue Lamy Droit Civil
RJTUM	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal (depuis 2013)
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S	
S.	Recueil Sirey
S.C.R.	Canada Supreme Court Reports
S.F.C.B.Q.	Service de la formation continue du Barreau du Québec
S.F.P.B.Q.	Service de la formation permanente du Barreau du Québec
sept.	septembre
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
V	
v.	Versus
v ^o ou v ^{is}	Mot(s) (<i>verbo, verbis</i>)

À Maman et à Francis

Remerciements

À mes directeurs de thèse, les professeurs Charpentier et Cabrillac, pour leurs précieux conseils et leur soutien infaillible tout au long de cette aventure doctorale aux multiples défis.

Merci infiniment.

Au *Max Planck Institute* de Hambourg, pour son invitation à venir approfondir ma recherche en droit allemand.

À mes collègues des facultés de droit de l'Université de Montréal et de Montpellier et à mes collègues du *Max Planck Institute*, pour nos conversations et nos débats enrichissants et constructifs.

À mes colocataires Jonathan et Charline et à mes amis, notamment Sophie, Alexandre et Matthieu, pour leur affection réconfortante.

À ma famille.

À Pierre, qui par sa patience et son écoute a su m'apporter la force nécessaire d'atteindre la ligne d'arrivée de ce long parcours.

Avant-propos

Initialement, notre projet avait pour objectif de réfléchir à la manière dont le droit français relatif aux pourparlers précontractuels pouvait évoluer à la lumière du droit québécois et du droit allemand. En raison de la réforme du droit français des contrats depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 en cours de parcours doctoral, nous avons, de fait, réorienté notre problématique. Ainsi, nous avons choisi de nous fonder sur le tout nouveau droit français des contrats et sur le droit allemand afin de réfléchir à l'opportunité d'une modification du droit québécois en matière de négociation précontractuelle.

Cette réorientation n'a pas été sans poser certaines difficultés. En particulier, nous sommes conscients des limites d'une thèse portant sur le droit québécois et sa modification éventuelle alors que l'auteure n'est pas québécoise, mais française. Certains aspects, notamment historiques ou relatifs à la culture juridique québécoise, pourraient ne pas être aussi bien présentés.

Par ailleurs, nous avons choisi de suivre la politique de gestion et de présentation des notes de bas de page présentée dans le *Guide des références pour la rédaction juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 9^e éd., 2017, de Didier Lluelles et de Josée Ringuette.

Enfin, précisons que la recherche est à jour du 5 janvier 2018.

Introduction

§ 1 : L'origine des pourparlers dans la pratique et dans le droit positif au Québec

Selon Gaston Boissier, « [i]l y a des choses, dans le présent, que le passé peut seul faire comprendre : ce qui a été explique ce qui est »¹. C'est pourquoi notre thèse de doctorat qui porte sur les négociations précontractuelles commence par une analyse de l'origine des pourparlers dans la pratique et dans le droit positif au Québec.

À cette fin, nous remonterons à l'époque romaine puisque le droit des obligations québécois puise ses concepts et ses classifications dans le droit romain. Par la suite, nous nous intéresserons à l'Ancien droit français depuis l'époque franque car le Québec et la France partagent une histoire juridique commune. C'est ce qui ressort de la déclaration de George-Étienne Cartier lors d'un discours à la législature du Parlement du Canada-Uni le 31 janvier 1865 : « [n]otre droit a les mêmes origines que le droit actuel français, et il a été puisé aux mêmes sources. Il est tiré en grande partie du droit romain »².

Le recours à des négociations préalables à la conclusion d'un contrat se vérifie depuis la Rome classique qui débute à la fin de la République romaine et s'étend jusqu'aux trois premiers siècles du Haut-Empire³. Grâce aux conquêtes territoriales, le commerce à Rome s'est

¹Gaston BOISSIER, *L'Afrique romaine. Promenades archéologiques en Algérie et en Tunisie*, 9^e éd., Paris, Hachette, 1895, p. 18.

²Discours cité dans : Marie-Ève ARBOUR, *Fragments de droit québécois et canadien. Histoire, mixité, mutations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 186. Dans le même sens, selon Baudouin, « dans l'ensemble la technique du contrat québécois est semblable à celle du contrat français. Tous deux procèdent des sources romaines » (Louis BAUDOUIN, « Originalité du droit du Québec », (1950) 10 *R. du B.* 121, 127).

³Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. « Précis Dalloz. Droit privé », Paris, Dalloz, 2010. Voir également pour le droit romain des contrats : René ROBAYE, *Le droit romain*, 5^e éd.,

fortement intensifié. Comme l'indique le professeur Morin, « les nouvelles richesses permettent aux Romains de s'approvisionner à l'extérieur. Le commerce maritime se développe considérablement sur la Méditerranée ; les échanges avec la Grèce, l'Égypte et l'Asie Mineure sont florissants »⁴. Les échanges se sont accrus et des accords se forment en-dehors des cercles traditionnels. Désormais, les affaires se déroulent entre des personnes parfois éloignées géographiquement et qui ne se connaissent pas ou peu. Dans ces conditions, une phase préalable à la conclusion du contrat est parfois nécessaire pour poser les bases d'un accord potentiel⁵. Toutefois, cette technique contractuelle ne revêt, à l'époque romaine, pas une importance pratique telle qu'elle entraînerait une transformation de la conception classique du contrat.

La pratique précontractuelle existe également à l'époque franque⁶. Généralement, « une fois les *pourparlers* achevés, les parties font jouer à une pièce de parchemin encore vierge d'écriture, un rôle particulier : ce support vient de matérialiser l'accord »⁷.

Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2016 ; Paul OURLIAC et Jehan de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit. Les Obligations*, coll. « Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques », Paris, Presses universitaires de France, 1957 et Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. par Jean-Philippe LÉVY, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2003.

⁴Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 37.

⁵Comme le souligne la professeure Lefebvre : « [d]éjà à l'époque du droit romain, l'on sanctionnait, dans les contrats de bonne foi, les fautes commises durant les *pourparlers* » (Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, nbp 328, p. 88 citant Georges HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, t. 2 « Les Obligations », Paris, L.G.D.J., 1943, p. 41).

⁶Selon Lévy et le professeur Castaldo, cette période s'étend du V^e au XIII^e siècle après Jésus-Christ : J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 3, p. 800 et suiv.

⁷*Id.*, p. 805. Nous avons ajouté les italiques.

Le recours à des pourparlers précontractuels est également présent au Moyen-âge. Par exemple, dans une décision de 1259, le Parlement a statué sur une affaire concernant un « défendeur [qui] soutenait que des *pourparlers* n'avaient pas abouti à un *accord définitif*; après enquête, il est condamné. On a donc pensé que ce défendeur estimait qu'il était lié si l'accord définitif était prouvé (ce qu'il contestait) »⁸. En revanche, les pourparlers ne font toujours pas l'objet d'un régime juridique particulier car le recours à cette pratique contractuelle reste assez marginal. Comme l'indique le professeur Morin, « l'économie (...) demeure jusqu'à la Révolution essentiellement agricole et artisanale »⁹. Dans un tel contexte, le développement du commerce n'a pas eu suffisamment d'impact sur la technique contractuelle pour entraîner l'émergence de règles de droit susceptibles de l'encadrer. Dans le même sens, M^e de Labarre, lors d'un congrès de notaires à Perpignan, a précisé que « les anciens auteurs considéraient cette phase comme étant sans aucune importance juridique, et dans l'ancien droit, elle était totalement inconnue »¹⁰.

À partir du XVI^e siècle et sous l'Ancien régime, les sources du droit sont diverses. Le droit est essentiellement coutumier dans les pays du nord, écrit car influencé par le droit romain dans les pays du sud. On peut supposer qu'à cette époque, la pratique précontractuelle est toujours aussi précieuse pour les contractants potentiels. Néanmoins, le droit, coutumier ou écrit, de même que la jurisprudence qui se développe fortement durant l'Ancien régime, ne semblent pas prendre en compte les pourparlers précontractuels.

⁸*Id.*, p. 818. Nos italiques.

⁹M. MORIN, préc., note 4, p. 149.

¹⁰Max de LABARRE, « La formation du consentement et le rôle du notaire dans les pourparlers », dans CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *La formation du contrat. L'avant-contrat*, 62^e congrès des notaires de France, Lyon, A. Rey, 1964, p. 5, à la p. 21.

La doctrine, qui émerge également à cette période, s'intéresse à la théorie générale du contrat sans pour autant réellement évoquer le recours à d'éventuels pourparlers précontractuels. C'est le cas de Domat dans son ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel* publié au XVII^e siècle. Pour le professeur Cabrillac, « les négociations précontractuelles ont été longtemps ignorées du droit, sans doute faute d'enjeu pratique : l'achat d'une diligence ou d'une vigne pouvait se satisfaire du schéma simpliste d'une rencontre instantanée des consentements »¹¹.

Pothier, « encore régulièrement cité au Québec »¹², semble toutefois avoir rapidement évoqué la question des pourparlers précontractuels. En effet, dans son *Traité du contrat de vente*, il écrit que « [l]e contrat de vente peut se faire entre présents, verbalement et sans écrit : il faut néanmoins bien prendre garde, si ce que les parties ont dit exprime une vente ou un simple pourparler de vente, qui n'oblige point, et laisse la liberté de changer de volonté »¹³. Par ailleurs, selon le professeur Cohérier au sujet de la responsabilité précontractuelle : « sans doute quelques auteurs français et notamment Pothier l'avaient entrevue, dès la fin du XVIII^e siècle »¹⁴. Mais comme le précise ce dernier, « aucun système véritable n'avait été élaboré »¹⁵. On ne peut donc considérer que le droit positif ou la doctrine s'intéressent vraiment à la question précontractuelle à cette époque.

¹¹Rémy CABRILLAC, *Les pourparlers pré-contractuels : regard comparatiste dans une perspective européenne*, 15^e Conférence Albert-Mayrand, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 3.

¹²M. MORIN, préc., note 4, p. 162.

¹³Robert Joseph POTHIER, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 1 « Traité du contrat de vente », Debure, Paris, 1762, n° 33, p. 32. Également cité dans : Alexis ALBARIAN, « De l'impératif de liberté (pré)contractuelle dans le contentieux de la rupture », (2010) 3 *R.D.A.I.* 252, 255.

¹⁴André COHÉRIER, *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Paris, Les Presses Modernes, 1939, n° 24, p. 57.

¹⁵*Id.*

Du fait de la colonisation française, le droit français et plus précisément la Coutume de Paris va s'appliquer au Québec jusqu'en 1866. En effet, la conquête de la Nouvelle-France par les anglais ne va pas modifier le droit applicable. La professeure Lefebvre précise que « les conflits sont souvent encore réglés selon les règles du droit français plutôt que par le droit anglais qui devrait s'appliquer »¹⁶. De même, comme le souligne la professeure Arbour, « [l]e texte de la capitulation (...) de Montréal prévoyait même, à son article 42, que "[l]es Français et Canadiens continueront d'être gouvernés suivant la coutume de Paris et les lois et usages établis pour ce pays" »¹⁷. En dépit d'une pratique précontractuelle qui continue de se développer au Québec, ce texte ne comporte aucune règle consacrée aux pourparlers. Ainsi, comme en droit français, rien dans le droit positif québécois de l'époque ne porte sur la négociation contractuelle.

Les bouleversements économiques du XIX^e siècle qui touchent l'ensemble de l'Occident influencent profondément notre objet d'étude. Comme le fait remarquer le professeur Morin :

« au XIX^e siècle, la Révolution industrielle s'étend à toute la France. La diffusion de la machine à vapeur et l'augmentation de la production de fer permettent une industrialisation massive, qui est soutenue par le développement des chemins de fer. Les villes ouvrières se multiplient et le pourcentage de la population vivant de l'agriculture diminue »¹⁸.

Avec la révolution industrielle, le commerce et l'industrie deviennent les nouveaux moteurs de l'économie. En raison de ces mutations économiques, les négociations contractuelles se

¹⁶Brigitte LEFEBVRE, « L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois : une influence marquée du droit français quoique non exclusive », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 197, à la p. 200.

¹⁷M.-È. ARBOUR, préc., note 2, p. 15.

¹⁸M. MORIN, préc., note 4, p. 198.

multiplie. Ainsi, « l'industrialisation a profondément bouleversé le paysage socio-économique »¹⁹ si bien que sur le plan contractuel, l'on assiste à « la multiplication d'opérations industrielles ou financières de plus en plus sophistiquées, qui nécessitent la mise au point de contrats "sur mesure", négociés, pied à pied, entre partenaires commerciaux »²⁰.

Le XIX^e siècle marque ainsi un tournant dans la pratique des pourparlers. En 1866, sous l'influence de la France qui s'est dotée du *Code civil des français* en 1804, le Québec, convaincu de la nécessité et de la pertinence de codifier les normes existantes, adopte le *Code civil du Bas Canada*. Ce texte « est demeuré le droit commun québécois jusqu'au 1^{er} janvier 1994 »²¹. Toutefois, malgré une pratique précontractuelle qui explose, le *Code civil du Bas Canada*, comme le Code civil français, ne prévoit aucune disposition pouvant se rattacher directement à la phase précontractuelle. De nature profondément libérale, le *Code civil du Bas Canada* est « basé notamment sur le laissez-faire économique et la centralité du contrat »²². La sphère contractuelle est de ce fait très peu encadrée, de même que la sphère précontractuelle. En d'autres termes, le droit positif québécois de l'époque continue d'être silencieux sur les pourparlers précontractuels. C'est ce qu'affirme le professeur Tancelin lorsqu'il indique que

¹⁹Étienne MONTERO et Marie DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 », dans Patrick WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 61, à la p. 81.

²⁰*Id.*

²¹Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations. Contrat, Responsabilité, Exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 6.

²²M.-È. ARBOUR, préc., note 2, p. 186.

« [I]es pourparlers ou préliminaires du contrat n'étaient pas visés expressément par le code civil de 1866 »²³.

Nous venons de le voir, le recours à des pourparlers précontractuels représente « une pratique ancienne »²⁴ bien que le droit positif n'ait pas considéré de manière expresse cette phase dans la vie d'un contrat. Voyons comment elle est prise en charge de nos jours.

§ 2 : La pratique actuelle des pourparlers précontractuels

De nos jours, la pratique précontractuelle s'est généralisée. Rien n'indique que cette dynamique va cesser. Un auteur français parle même de la négociation contractuelle comme d'une nouvelle notion structurante du contrat. Plus précisément, il considère que « [l]e consentement a longtemps été la pierre angulaire de notre droit (...) traduction en acte de la liberté contractuelle. Il ne l'est plus, ou plus exclusivement (...) voyant sa place reléguée au profit d'une autre notion qui gagne en importance, celle de négociation »²⁵.

Une telle généralisation a des conséquences importantes pour la théorie générale du contrat. Ainsi, on est passé d'une vision classique du contrat formé par la rencontre instantanée de l'offre et de l'acceptation à une vision moderne du contrat, qui, parfois, nécessite pour être conclu une phase préalable de négociation. La rencontre des consentements ne se fait plus exclusivement de manière instantanée. Comme l'écrivent à juste titre les professeurs

²³Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, n° 142, p. 118.

²⁴Sylvette GUILLEMARD, « De la phase préalable à la formation de certains contrats », (1993) 24 *R.G.D.* 157, 168.

²⁵Hugo BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016.2.247, 257.

Larroumet et Bros, « si tout contrat suppose la rencontre d'une offre et d'une acceptation, le processus qui aboutit à ce terme n'est pas toujours le même »²⁶.

La majorité des contrats sont conclus instantanément. Il s'agit du « mécanisme ordinaire de formation des contrats »²⁷. Comme l'a expliqué le professeur Levesque :

« le consentement est traditionnellement formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. (...) Le schéma du "coup de foudre" contractuel correspond à la réalité pour la plupart des contrats de la vie courante portant sur des prestations de faible valeur économique. Les contrats d'envergure sont au contraire le fruit de négociations qui s'étalent dans le temps »²⁸.

Or, de plus en plus, et c'est à ce niveau que notre étude se situe, « la mécanique de la formation des contrats est (...) susceptible d'être précédée ou accompagnée d'une phase de négociations »²⁹. Le contrat, en tant qu'« abandon partiel de liberté »³⁰, permet de comprendre la nécessité dans certains cas de ne pas contracter directement mais de recourir à une phase de tractations préalables.

Bien entendu, cette possibilité n'est offerte qu'en dehors des contrats standardisés tels que les contrats d'adhésion. L'alinéa premier de l'article 1379 du *Code civil du Québec* dispose que

²⁶Christian LARROUMET, *Traité de droit civil*, t. 3 « Les obligations, le contrat », 8^e éd. par Ch. LARROUMET et Sarah BROS, coll. « Corpus droit privé », Paris, Economica, 2016, n° 232, p. 205 et 206. Pour le professeur Fontaine, ce schéma classique est dépassé en particulier dans le domaine des relations d'affaires puisqu'en pratique, la recherche de cette rencontre relève de l'impossible et d'une construction *a posteriori* (Marcel FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », dans *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 115).

²⁷Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, n° 442, p. 214.

²⁸F. LEVESQUE, préc., note 21, p. 49.

²⁹D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 274.2, p. 153.

³⁰*Id.*, n° 121, p. 64.

« [l]e contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». En cela, le contrat d'adhésion, à la différence d'un contrat de gré à gré, ne nécessite pas la conduite préalable de pourparlers pour être conclu. Comme le précisent les professeurs Jobin et Vézina, dans le contrat d'adhésion « l'une des parties perd la faculté de libre négociation des conditions de son engagement, en se voyant imposer d'avance les éléments essentiels du contrat et en ne gardant que le choix, parfois purement théorique, de contracter ou de ne pas contracter »³¹. Ces contrats standardisés se multiplient également en raison de l'augmentation de l'activité contractuelle et de leur intérêt pratique.

Le recours à des négociations préalables à la conclusion d'un contrat a connu « une promotion tout à fait spectaculaire »³² du fait de son évidente nécessité. L'intérêt de procéder à des pourparlers est en effet multiple.

Tout d'abord, les pourparlers précontractuels s'avèrent nécessaires pour les « gros contrats »³³ ou les « contrats importants »³⁴ soient des contrats qui encadrent des « montages financiers sophistiqués »³⁵. Ces derniers peuvent être complexes en raison des enjeux économiques et

³¹Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 62, p. 94.

³²H. BARBIER, préc., note 25, 257. Voir également le professeur Le Tourneau selon qui les négociations « ont acquis un rôle plus considérable aujourd'hui que naguère » (Philippe Le TOURNEAU, « La rupture des négociations », *RTD com.* 1998.51.3.479, 479).

³³R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 4.

³⁴Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », (2002) 43 (2) *C. de D.* 275, 295.

³⁵É. MONTERO et M. DEMOULIN, préc., note 19, à la p. 62.

financiers qu'ils soulèvent ou de leur durée d'exécution s'étalant sur une période longue. Dans un tel cadre, « si les enjeux économiques sont importants, les parties voudront établir leurs relations sur une base solide et ne pas se lancer dans une entreprise commune à l'aveuglette »³⁶. Par ailleurs,

« essayons tout simplement de songer un instant à la façon dont ce contrat se réalisait (...), entre personnes qui se connaissaient de longue date, détenaient a priori tous les éléments nécessaires à leurs décisions, et traitaient sans avoir recours à des intermédiaires désireux de conclure une affaire »³⁷.

En effet, « alors qu'autrefois la conclusion du contrat se faisait, sauf de très rares exceptions, en même temps et en même lieu, dorénavant, l'acceptation s'éloigne de la sollicitation et dans le temps et dans le lieu »³⁸. Monsieur Monzer³⁹ qui s'est intéressé à la mondialisation et ses effets sur la responsabilité précontractuelle avance la même idée.

De plus, les pourparlers précontractuels sont nécessaires dans la mesure où des individus ne se connaissant pas, en raison notamment de l'essor du commerce international et du développement économique, ont besoin d'instaurer une confiance minimale avant de conclure un contrat. Comme le fait remarquer la professeure Guillemard, « la phase précontractuelle permet aux parties de se jauger, d'apprendre à connaître, si besoin, l'état d'esprit, la mentalité, peut-être les habitudes commerciales de leur futur partenaire »⁴⁰.

³⁶S. GUILLEMARD, préc., note 24, 166.

³⁷CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, préc., note 10, p. viii.

³⁸*Id.*

³⁹Rabih MONZER, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », (2007) 3 *R.I.D.C.* 523.

⁴⁰S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

Les pourparlers précontractuels ont également pour intérêt de permettre aux parties qui souhaitent contracter de s'entendre de manière précise sur les termes de leur engagement. Il s'agit d'un avantage certain, car cela évite des problèmes d'interprétation des clauses du contrat en cours d'exécution. Si des problèmes devaient donner lieu à une action judiciaire et que des pourparlers ayant laissé des traces subsistent (documents précontractuels), le juge pourrait s'en servir afin de statuer et d'interpréter les clauses problématiques d'un contrat⁴¹.

Enfin, la période de négociation donne aux principaux intéressés le temps de conclure un contrat de meilleure qualité et d'apprendre à travailler ensemble avant l'exécution du contrat. La relation contractuelle s'en trouve bonifiée et solidifiée limitant ainsi des problèmes en aval et le recours au médiateur ou au juge pour y remédier.

Cette analyse historique nous a permis de montrer le fort développement des pourparlers précontractuels dans la pratique et dans le droit positif. Il est désormais important de donner une définition précise de la notion.

⁴¹Pour une étude approfondie sur la question fondamentale de l'interprétation des contrats et des pourparlers, voir par exemple : Vincent CARON, *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, coll. « Prix Thémis de la meilleure thèse 2015 », Montréal, Éditions Thémis, 2016. Voir également : François GENDRON, *L'interprétation des contrats*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 ; Julien FERRARIS, *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, coll. « Recherches. Droit & sciences-politiques », Paris, Publibook, 2003 ; Marie-Hélène MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats. Étude jurisprudentielle*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1991 ; Yves DERAIS, « La valeur interprétative des négociations », *Formation of contract and precontractual liability*, Paris, Publication de la Chambre de commerce internationale, n° 440, 1990 ; Christine LEBRUN, « La clause d'intégralité au Québec », (2007-2008) 67 *RdB* 43 et Eid RAWACH, « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », D. 2001.223. Pour la jurisprudence, voir aussi : *Vidéotron ltée c. Rogers Wireless Partnership*, 2009 QCCS 996 ou *Centre commercial Innovation Inc. c. Métro Richelieu Inc.* 2008 QCCS 2870.

§ 3 : Définition de la notion de « pourparlers précontractuels »

Bien que le recours à des pourparlers précontractuels soit devenu monnaie courante et constitue en cela « une partie considérable de la vie humaine en général et des échanges économiques en particulier »⁴², le concept est difficile à saisir en raison du caractère protéiforme de la notion. Il existe autant de manières de négocier un contrat que d'acteurs sur la scène contractuelle.

Certains dictionnaires de vocabulaire juridique ont tout de même tenté de définir les pourparlers. Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* du centre de recherche en droit privé et comparé du Québec définit pour sa part les pourparlers précontractuels comme des « [é]changes de vues, qui se déroulent par écrit ou oralement, dans le but de conclure un contrat »⁴³. Le dictionnaire rédigé sous la direction du professeur Cornu définit quant à lui les pourparlers comme des « entretiens préalables à la conclusion d'un accord (convention, traité), négociations et tractations préliminaires »⁴⁴.

Les auteurs ont également tenté de définir les pourparlers. Pour Saleilles, l'un des premiers auteurs à avoir étudié ce thème, les pourparlers sont « des conciliabules, des échanges de vues, des discussions, des compromis et des tâtonnements, rien de ferme ni de précis »⁴⁵. Le

⁴²M. TANCELIN, préc., note 23, n° 142.1, p. 119.

⁴³CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, « Pourparlers », p. 255.

⁴⁴Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, coll. « Quadriges », Paris, Presses universitaires de France, 2016, « Pourparlers », p. 782.

⁴⁵Raymond SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *RTD civ.* 1907.6.697, 701.

professeur Le Tourneau parle d'« une période bien spécifique, un curieux entre-deux ; le temps merveilleux de tous les possibles »⁴⁶.

Nous retenons de ces différentes approches que les pourparlers sont une phase particulière qui intervient au moment de la formation du contrat. Néanmoins, il ne faut pas confondre « négociation » et « formation » du contrat. En effet, « [l]a mécanique de la formation des contrats (...) est susceptible d'être précédée ou accompagnée d'une phase de négociations »⁴⁷. Lors de la formation du contrat, les volontés se rencontrent ce qui permet d'ailleurs de former le contrat. Or, on ne peut considérer que ce soit le cas au moment de la négociation du contrat. Durant la phase de négociation, les parties échangent afin de passer à la phase de la formation du contrat. Mais à ce stade, aucune rencontre de volontés n'est intervenue. La négociation n'est composée que d'« échanges servant à "tâter le terrain" »⁴⁸. Ainsi, alors que la formation du contrat ne représente qu'un instant en particulier, les négociations renvoient à l'idée de durée.

Par ailleurs, les pourparlers précontractuels se développent entre deux ou plusieurs personnes parfois représentées par des mandants, à l'oral (conversations téléphoniques ou rencontres physiques) ou à l'écrit (échange de courriels, de lettres, de fax, etc.). L'objectif des parties en présence est de se rapprocher afin de déterminer s'il est pertinent et opportun de se lier par un contrat. Les pourparlers sont effectivement « des approches, des entrées en matière, des

⁴⁶Ph. Le TOURNEAU, préc., note 32, 479.

⁴⁷D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 274.2, p. 153.

⁴⁸Sylvette GUILLEMARD, « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », (1994) 25 *R.G.D.* 49, 50.

premiers pas, des rencontres »⁴⁹. Ces échanges peuvent durer plus ou moins longtemps. Ils peuvent être formalisés⁵⁰ à travers notamment des accords de négociation. Les pourparlers sont aussi l'occasion d'échanger des documents dits « précontractuels ». Ces derniers peuvent prendre la forme d'études commerciales ou techniques, d'audits financiers et économiques ou bien contenir des informations plus ou moins sensibles comme des secrets de fabrication démontrant la motivation des acteurs en présence de se rapprocher et de faire affaire ensemble. Les pourparlers peuvent entraîner des coûts importants pour les parties. C'est le cas lors de déplacements à l'étranger. Enfin, les pourparlers peuvent intervenir dans le cadre d'une relation déjà contractuelle, par exemple lorsqu'un contrat entre partenaires arrive à échéance. Il est question de décider à travers de nouveaux pourparlers si cette relation doit continuer.

Les pourparlers sont une technique contractuelle fréquemment utilisée dans le quotidien des justiciables. Le meilleur exemple, d'ailleurs très souvent cité, est l'image des fiançailles. En effet, les fiançailles sont des pourparlers formalisés (publication des bans peu de temps avant la cérémonie de mariage). Il est question dans cette relation en construction pour les deux individus en présence de déterminer pendant une période de temps les séparant de la conclusion du contrat de mariage, si elles sont suffisamment compatibles pour contracter. Durant les fiançailles donc, les parties vont apprendre à se connaître en échangeant des informations sur leur passé, leur quotidien, leur famille, leurs amis, leurs passions, et envisager les modalités et le contenu du contrat de mariage encadrant leur futur. Comme dans le cas de

⁴⁹M. TANCELIN, préc., note 23, n° 142.1, p. 119.

⁵⁰*Infra*, p. 61-74.

pourparlers classiques, les fiançailles comportent un risque. Les parties d'un commun accord⁵¹ ou bien de manière unilatérale peuvent à chaque instant avant la conclusion du contrat décider de ne pas contracter. Dans ce cas, leur responsabilité civile ne peut en principe pas être engagée⁵².

Le terme de pourparlers est un terme avant tout juridique, employé par les praticiens ou les théoriciens du droit. Dans le langage courant, on parle plutôt de négociation. Dans notre étude, nous emploierons de manière synonymique ces termes. Nous nous rapprochons en cela de ce que le professeur Tancelin considère lorsqu'il indique que « [p]ourparlers, négociations, préliminaires sont trois termes synonymes qui désignent cette phase précédant habituellement

⁵¹La rupture des pourparlers peut en effet être bilatérale lorsque, selon les professeurs Mestre et Fages, elle est « réalisée "de convenance" entre les intéressés » (Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, obs. sous Paris, 19 janv. 2001, *RTD civ.* 2001.350). La plupart des ruptures sont bilatérales mais on en entend moins parler car, objet d'un commun accord, il n'y a pas de place pour le contentieux, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'une rupture unilatérale des pourparlers.

⁵²Pour approfondir la question des fiançailles, exemple caractérisé de pourparlers précontractuels, voir notamment : Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., vol. 1 « Principes généraux », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 1-279, p. 276 et 277 ; Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 180 et suiv. ; Adrian POPOVICI, « Des promesses de mariage entre mineurs et de la responsabilité des parents pour rupture », (1964) 6 (1) *C. de D.* 26 ; Renaud de BOTTINI, « La nature du recours pour rupture de fiançailles », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 135 ; Pierre MARTINEAU, « Les dommages-intérêts pour rupture de promesse de mariage », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 175 ; Albert MAYRAND, « Effets de la rupture des fiançailles sur les dons aux fiancés », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 183 ; Albert MAYRAND, « Problèmes juridiques nés de la rupture des promesses de mariage », (1963) 23 *R. du B.* 1.

un contrat »⁵³. Il est intéressant de préciser que « [l]e droit français ne connaît pas à proprement parler le concept de "négociation", mais plutôt celui de "pourparlers" »⁵⁴.

Il est en revanche nécessaire de distinguer l'offre de négociier et l'offre de contracter.

§ 4 : Distinction entre l'offre de négociier et l'offre de contracter

Il est important de ne pas confondre l' « invitation à entrer en pourparlers » et l' « invitation à contracter » à travers la sollicitation ou l'offre⁵⁵. Nous reviendrons sur cette différenciation ultérieurement⁵⁶, toutefois nous pouvons dès à présent illustrer ce qui sépare ces deux concepts.

Pour les professeurs Lluellas et Moore, « [l]'offre, parfois désignée sous le vocable de *pollicitation*, est une initiative, provenant d'un des éventuels contractants, certaine et non

⁵³M. TANCELIN, préc., note 23, n° 142, p. 117.

⁵⁴Isabelle BEYNEIX et Laurence-Claire LEMMET, « La négociation des contrats », *RTD com.* 2016.1.1, 1.

⁵⁵Pour de plus amples développements sur le sujet voir : Yves ROBILLARD, « Le contentieux de l'offre », dans S.F.C.B.Q., vol. 371, *Développements récents en droit des affaires (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 77. Pour le droit français, voir l'article 1114 du Code civil français qui dispose que « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation » ; A. COHÉRIER, préc., note 14 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 4^e éd., t. 1 « Contrat et engagement unilatéral », coll. « Thémis droit », Paris, Presses universitaires de France, 2016, n° 258, p. 296 ; Pour le professeur Fages, « [l]'offre (ou sollicitation) est la manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne, l'offrant, émet une proposition de conclure suffisamment ferme et précise pour que son acceptation entraîne à elle seule la formation du contrat » et se distingue de « l'invitation à entrer en pourparlers par laquelle l'auteur entend simplement ouvrir des négociations » (Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 7^e éd., coll. « Manuels Droit privé », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2017, n° 76, p. 87) ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9^e éd., coll. « Droit civil », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2017, n° 469, p. 269.

⁵⁶*Infra*, p. 47-48.

équivoque, tendant directement vers la conclusion d'un contrat »⁵⁷. De plus, « la proposition doit, pour se qualifier d'offre, contenir en son sein tous les germes du contrat à conclure »⁵⁸. Les critères permettant de qualifier l'offre de contracter sont d'ailleurs repris à l'article 1388 du *Code civil du Québec*⁵⁹.

En revanche, si cette initiative n'est pas certaine et non équivoque, « il ne peut s'agir d'une offre, mais plutôt d'une autre initiative contractuelle »⁶⁰. Ainsi, comme l'a indiqué la professeure Delforge : « l'offre est en effet toujours perçue comme une étape distincte des pourparlers préparatoires auxquels elle ne peut se réduire »⁶¹. De même, pour le doyen Carbonnier, les cocontractants potentiels qui sont dans une phase précontractuelle sont « [s]ur le seuil de ce qui ne serait encore qu'un vestibule »⁶². Enfin, pour Madame Lassalle, « [s]i l'on se trouve en présence d'une offre, une simple acceptation de l'autre partie suffit à parfaire le contrat. À l'inverse, la simple offre d'entrer en pourparlers laisse une grande liberté d'action aux intéressés »⁶³.

⁵⁷D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 275, p. 154.

⁵⁸*Id.*

⁵⁹Voir *St-Pierre Gendron c. Bourque*, [1991] R.L. 25 (C.A.) pour une illustration jurisprudentielle de notre propos. Bien d'autres décisions de justice portent sur ce point précis. La distinction entre l'offre de négocier et l'offre de contracter est à l'origine du principal contentieux relatif à la phase de formation du contrat.

⁶⁰D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 275, p. 154.

⁶¹Catherine DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », dans Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contribution comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2002, p. 138, à la p. 371.

⁶²Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 2^e éd., t. 2 « Les biens. Les obligations », coll. « Quadriges Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2017, n° 43, p. 1968.

⁶³Bérengrère LASSALLE, « Les pourparlers », *R.R.J.* 1994.19.3.825, 827.

Cette distinction est d'autant plus intéressante qu'elle justifie le fait que nous allons, dans notre étude qui se situe en amont du contrat, très peu nous intéresser aux questions relevant de la formation du contrat comme la théorie des vices du consentement⁶⁴. En effet, « pourparlers et offre correspondent à des "périodes juridiques" différentes »⁶⁵. Ceci nous invite à aborder la question de la délimitation du sujet.

§ 5 : Délimitation du sujet

Bien que « [d]'un point de vue juridique, la phase précontractuelle [ait] une importance réelle et très intéressante »⁶⁶, elle peut représenter un objet de recherche assez large. C'est pourquoi nous avons choisi de délimiter davantage notre sujet. Ainsi, comme nous l'avons déjà évoqué, il sera ici question de contrats dont la formation requiert d'importantes négociations, d'où l'exclusion des contrats de consommation et, évidemment, des contrats d'adhésion. De plus, nous ne traiterons pas la question des « pourparlers heureux » soit les pourparlers qui aboutissent à la conclusion du contrat définitif. Une telle étude ne nous paraît pas pertinente dans la mesure où les « pourparlers heureux » ne font pas l'objet d'un contentieux particulier et restent, de ce fait même, souvent inaccessibles. Nous nous focaliserons en revanche sur les « pourparlers malheureux » qui n'ont pas permis de conclure le contrat final envisagé. Pour ces derniers, le contentieux ne cesse de se développer ce qui en fait un objet de droit problématique pour lequel une étude d'ensemble est justifiée.

⁶⁴Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi dans la formation du contrat », (1991-1992) 37 *McGill L.J.* 1053, n° 22, 1053.

⁶⁵B. LASSALLE, préc., note 63, 826.

⁶⁶S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

Par ailleurs, notre étude retiendra une conception large des pourparlers précontractuels. Ainsi, nous nous intéresserons aux pourparlers contractualisés mais aussi aux pourparlers non contractualisés. Le professeur Beignier résume très bien le fait que « [l]es négociations peuvent se conduire sur un terrain contractuel comme hors de tout encadrement »⁶⁷. De même, pour les professeurs Mousseron, Raynard et Seube, « [d]ans la phase de négociation, on distingue les formes non contractuelles et les formes contractuelles de pourparlers »⁶⁸. Nous l'avons également précisé lorsque nous définissions les pourparlers⁶⁹. Ces derniers sont formalisés lorsque les parties en présence ont conclu plus ou moins tacitement, au début ou en cours de négociation, un engagement contractuel qu'il s'agisse d'un contrat de négociation, d'un accord de principe ou d'un avant-contrat⁷⁰. On peut aussi parler de pourparlers formels, contractuels ou de formes contractuelles de pourparlers. À l'inverse, les pourparlers non formalisés, informels ou non contractuels sont des pourparlers pour lesquels les parties ne sont liées par aucun lien contractuel afin de préserver au maximum leur liberté durant cette phase. En d'autres termes, les formes non contractuelles de pourparlers « laissent les volontés s'ajuster au fil de la négociation, par un affinement progressif du projet contractuel. A une première offre succède une contre-proposition, elle-même suivie d'une autre... et ainsi de suite jusqu'à ce que le projet définitif soit conclu »⁷¹.

⁶⁷Bernard BEIGNIER, « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998.51.3.463, 463.

⁶⁸Jean Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5^e éd. par Pierre MOUSSERON, Jacques RAYNARD et Jean-Baptiste SEUBE, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2017, n° 32, p. 26.

⁶⁹*Supra*, p. 12-16.

⁷⁰*Infra*, p. 61-74.

⁷¹J. M. MOUSSERON, préc., note 68, n° 32, p. 26.

Le choix de ne pas limiter notre étude aux pourparlers non contractualisés mais d'y intégrer également les pourparlers contractualisés est un choix important dans la mesure où ces derniers bénéficient d'une approche juridique fondamentalement différente des premiers. Néanmoins, nous considérons qu'il s'agit d'un choix judicieux, car motivé par plusieurs aspects. Tout d'abord, il est rare qu'en pratique, les pourparlers menés par des cocontractants potentiels ne soient pas encadrés par des accords. La contractualisation des pourparlers dans les systèmes juridiques occidentaux est une option souvent retenue par les praticiens. Comme le souligne la professeure Lefebvre, « dans la pratique, les contractants utilisent des lettres d'intention ou signent des engagements de non divulgation et de confidentialité, afin de s'assurer d'une base sérieuse de négociation »⁷². De plus, les pourparlers encadrés conventionnellement soulèvent tout autant de problèmes juridiques non traités que les

⁷²B. LEFEBVRE, préc., note 64, n^o 22, 1058. Ce phénomène semble davantage prégnant au Québec. La professeure remarque que cela permet d'expliquer que la jurisprudence relative à un contentieux précontractuel est moins nombreuse au Québec qu'en France. La formalisation des pourparlers permet en effet de régler, sans recours au juge, d'éventuels différends intervenus durant ou à la suite de la rupture des pourparlers. Par ailleurs, en plus de s'assurer du sérieux de l'intention de négocier de ses partenaires, la formalisation des pourparlers permet de garder le cap dans des négociations longues et complexes surtout lorsque l'objectif est de conclure un gros contrat. Elle garantit à son partenaire le sérieux du processus afin de l'intéresser davantage à ce dernier ou à pallier certains risques. Ce recours accru à des conventions durant les pourparlers s'inscrit enfin selon nous dans la culture nord américaine, plus encline à coucher sur papier tous les événements qui impactent les justiciables. Pour une définition de la culture juridique voir : Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *McGill L.J.* 223, 225, selon qui elle « rendrait compte de la relation entre culture nationale et droit national » étant entendu que la culture est définie par le professeur Atias comme l'« ensemble de connaissances disponibles, d'informations, de façons de penser et d'agir » (Christian ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes : mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, coll. « McGill Legal Studies », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 3). Nous pensons également que ce phénomène s'explique parce qu'en matière de contrats d'affaires importants qui nécessitent pour la plupart le recours à des négociations, les parties préfèrent ne pas soumettre le règlement des litiges aux juges mais avoir recours à d'autres mécanismes comme la médiation, la conciliation, ou encore l'arbitrage. Voir dans ce sens : M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n^o 108, p. 133.

pourparlers qui ne sont pas encadrés conventionnellement. Notre thèse tentera de les présenter et d'y répondre.

Le cadre de notre étude étant posé, il est temps d'en présenter les enjeux.

§ 6 : Premier enjeu de notre étude : faire l'état des lieux du droit québécois des négociations précontractuelles

Notre étude comporte trois enjeux. Le premier d'entre eux est de démontrer qu'il existe en droit positif québécois un régime applicable aux pourparlers. On qualifie souvent cette phase des pourparlers de mystérieuse ou d'opaque. Il s'agit en effet d'un pan du droit des obligations souvent peu traité au Québec, tant par le législateur, que la jurisprudence ou la doctrine. Le *Code civil du Québec* a été promulgué en 1994. Or, à la lecture du *Code*, on s'aperçoit que ce dernier ne parle pas directement des pourparlers précontractuels. La professeure Lefebvre parle du « vide législatif »⁷³ du *Code civil du Québec* en la matière étant donné que « le Code civil ne fait aucunement allusion à la période des pourparlers tant que cette dernière n'a pas débouché sur l'émission d'une offre à proprement parler »⁷⁴. Pour la professeure Guillemard, « très peu de législations prévoient et encadrent la phase précontractuelle. Elles ignorent ce qui se passe avant la présentation d'une offre et (...) n'envisagent pas quels sont les droits et les obligations des "parties précontractuelles" »⁷⁵. Dans le même sens, les professeurs Lluellas et Moore précisent que « [l]a mécanique de la formation des contrats (...) est susceptible d'être

⁷³Brigitte LEFEBVRE, « Rupture des pourparlers : négociateurs, appel à la prudence ! », dans S.F.P.B.Q., vol. 112, *Développements récents en droit commercial (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 121, à la p. 121.

⁷⁴*Id.*

⁷⁵Sylvette GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 369, 377.

précédée ou accompagnée d'une phase de négociations, cependant peu règlementée, du moins au niveau législatif »⁷⁶. En cela, il s'agit d'une spécificité québécoise. De nombreux systèmes juridiques encadrent directement les pourparlers précontractuels dans leur loi générale des contrats⁷⁷.

La question peut se poser de savoir pourquoi le législateur québécois ne le fait pas. Le professeur Tancelin estime que « [l]e droit se désintéresse, à juste titre, des pourparlers parce qu'ils peuvent ne pas aboutir à la formation d'un contrat »⁷⁸. Il ajoute : « les pourparlers ou préliminaires du contrat n'appartiennent pas directement à la notion juridique de contrat, ce qui amène les juristes à les négliger »⁷⁹. De plus, l'absence de disposition explicite relative aux pourparlers précontractuels démontre « le préjugé que nourrit le législateur civil en faveur de la facilité des échanges économiques »⁸⁰. Faciles, les échanges économiques au cœur des contrats ne vont pas nécessiter une phase préalable de négociation. Le droit des contrats dans le *Code civil* répond encore à la vision classique du contrat évoquée précédemment. Comme l'indique à juste titre le professeur Levesque, « [l]e législateur prévoit le mariage contractuel mais qu'en est-il des fiançailles ? »⁸¹.

Notre propos relatif à l'absence de prise en charge de la phase précontractuelle par le législateur québécois doit toutefois être relativisé. Effectivement, ce n'est pas parce que le

⁷⁶D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 274.2, p. 153.

⁷⁷C'est le cas de l'Allemagne depuis l'entrée en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* en 2004 et de la France depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 qui vient réformer le droit français des contrats. La plupart des dispositions de cette ordonnance sont entrées en vigueur le premier octobre 2016.

⁷⁸M. TANCELIN, préc., note 23, n° 142, p. 118.

⁷⁹*Id.*, n° 510, p. 364.

⁸⁰D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 443, p. 214.

⁸¹F. LEVESQUE, préc., note 21, p. 49.

Code civil reste silencieux quant à la phase de formation et de négociation du contrat qu'il s'agit d'un « no man's land juridique »⁸² ou d'une « zone de non droit »⁸³. En effet, « [l]es négociations sont sous la coupe et la surveillance du droit. Les négociateurs ont par conséquent des droits et des obligations »⁸⁴ et les pourparlers répondent à une certaine réalité juridique. Ce régime juridique applicable à la phase précontractuelle qui existe au Québec sera identifié et analysé. Il a été construit par les juges qui se sont fondés sur des dispositions générales du *Code*. Ainsi, on peut parler pour le Québec d'un droit prétorien des pourparlers, bien que la jurisprudence y soit moins abondante que dans d'autres systèmes juridiques occidentaux⁸⁵.

Parmi les règles applicables aux pourparlers précontractuels sur lesquelles se sont basés les juges pour créer un droit prétorien des pourparlers, nous pouvons citer l'article 3114 qui permet de déterminer la loi susceptible de s'appliquer dans le cas d'un conflit des lois. L'article 1389 est aussi une bonne illustration de notre propos. Ce dernier dispose que « l'offre de contracter émane de la personne qui prend l'initiative du contrat ou qui en détermine le

⁸²Denis MAZEAUD, « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Droit & patrimoine* 1996.44 également cité dans Jean Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL et Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2001, n° 24, p. 37.

⁸³Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 1996, n° 24, p. 67.

⁸⁴S. GUILLEMARD, préc., note 48, 51.

⁸⁵*Supra*, nbp 72. Voir également la professeure Cantin Cumyn pour qui : « le nombre restreint d'effectifs au Québec, étant donné sa faible population, ne permet pas de générer une doctrine aussi riche et complète que la doctrine française (ni du reste une jurisprudence assez abondante) » (Madeleine CANTIN CUMYN, « Les innovations du *Code civil du Québec*, un premier bilan », (2005) 46 (1-2) *C. de D.* 463, 479). Toutefois, ces trois dernières années, le contentieux se multiplie et les juges québécois sont amenés à statuer davantage sur des affaires relatives aux pourparlers (Voir notamment : *Singh c. Kohli*, 2015 CanLII 1135 (QC C.A.) et *Billards Dooly's Inc. c. Entreprises Prébour Ltée*, 2014 CanLII 842 (QC C.A.)).

contenu, ou même, en certains cas, qui présente le dernier élément essentiel du contrat projeté ». Les pourparlers sont également évoqués indirectement si l'on interprète *a contrario* l'article 1379 qui définit le contrat d'adhésion. L'article 1375 du *C.c.Q.* est néanmoins le plus pertinent dans la mesure où il est le plus souvent utilisé par les juges afin de dégager des principes applicables dans le cadre d'un contentieux relatif aux pourparlers précontractuels. Cet article dispose que « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant *au moment de la naissance de l'obligation* qu'à celui de son exécution ou de son extinction »⁸⁶.

Or, bien qu'il existe des règles applicables aux pourparlers précontractuels, le Québec ne s'est pas doté d'un véritable régime juridique. Dans un tel contexte, il nous apparaît nécessaire, en raison d'un foisonnement depuis ces dernières années de la matière et de sa complexification, de faire la synthèse des règles relatives aux pourparlers précontractuels. Le droit précontractuel étant de nature prétorienne, nous adopterons, pour ce faire, une approche principalement casuistique.

Notre étude ne se contentera pas de procéder à cette synthèse des règles applicables à la phase de négociation d'un contrat. Elle défendra également l'idée d'une modification du *Code civil du Québec* en matière précontractuelle.

§ 7 : Deuxième enjeu de l'étude : défendre l'idée d'une modification du Code civil du Québec en matière précontractuelle

Le silence du Code civil québécois ou du moins ce manque de référence explicite aux pourparlers précontractuels dont nous venons de parler ne nous semble pas satisfaisant. C'est

⁸⁶Nous avons ajouté les italiques.

pourquoi nous défendrons l'idée d'une modification du *Code* qui devrait selon nous passer par l'introduction de règles explicites qui lui permettraient de garantir son efficacité.

Un tel objectif peut faire l'objet de critiques. Certains pourraient considérer qu'une telle modification n'est pas nécessaire, puisque, bien que de nature prétorienne, il existe déjà au Québec un encadrement de la phase précontractuelle. Autrement dit, pourquoi ne pas se satisfaire de l'état actuel du droit et souhaiter faire évoluer la lettre du *Code civil*? Ce positionnement est d'autant plus valable au Québec où il n'existe pas, à la différence de la France, la méfiance historique des juristes envers les juges⁸⁷.

De plus, comme des auteurs français l'ont précisé, écrire un texte « c'est toujours prendre le risque de son interprétation. Et contrairement à une intuition première, plus le texte est détaillé, plus le risque est grand, car chaque mot ajouté constitue un piège supplémentaire »⁸⁸.

Néanmoins, plusieurs arguments militent en faveur d'une réforme du *Code civil du Québec* en matière précontractuelle. Le droit privé québécois appartient à la famille du droit civil. En tant que tel, et comme le soulignait Azard, « [l]a règle juridique, au Québec, est essentiellement et uniquement l'œuvre du législateur. À lui incombe le devoir de munir la société québécoise des

⁸⁷Nous faisons ici référence à la méfiance des individus vis-à-vis des juges à l'époque pré-révolutionnaire où les Parlements rendaient la justice. Cet épisode a marqué l'histoire du droit en France et a servi de fondement à la création après la Révolution française d'un système légicentriste. Voir notamment dans ce sens : Rémy CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, 2^e éd., coll. « Systèmes : cours », Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2016, n° 18, p. 20 et Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 55, n° 391, p. 196.

⁸⁸Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Commentaires des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris, Dalloz, 2016, p. iv.

normes qui sont nécessaires à celle-ci pour assurer son développement harmonieux »⁸⁹. Se satisfaire d'un régime précontractuel prétorien semble pertinent dans un État de *common law* mais pas suffisamment sécurisant dans un système de droit civil que connaît le Québec.

Dans le même temps, il est indéniable que la portée des décisions des juges est par nature restreinte. La jurisprudence est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension⁹⁰. Bien entendu, les juges restent dans le droit et se fondent sur des dispositions juridiques, mais ils peuvent adopter des interprétations plus ou moins larges. Cela pose un problème au niveau de la prévisibilité du droit et de la sécurité juridique. Ainsi, « [l]es "règles de droit" posées par la jurisprudence n'ont pas la même autorité que celles posées par le législateur. Elles sont des règles fragiles, susceptibles d'être rejetées ou modifiées à tout moment, à l'occasion de l'examen d'une nouvelle espèce »⁹¹. Or, « une codification instaure une pause indispensable et sécurisante dans l'évolution du droit »⁹².

⁸⁹Pierre AZARD, « L'orientation des règles de la responsabilité civile en droit québécois », (1966) 26 *R. du B.* 474, 476.

⁹⁰Surtout que la règle du précédent n'est pas reconnue au Québec. Voir : Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent judiciaire en droit québécois », (1959-1960) 10 *R.J.T.* 69.

⁹¹René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI et Marie GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., coll. « Précis Droit privé », Paris, Dalloz, 2016, n° 117, p. 122. Dans le même sens, voir la formulation retenue dans le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 publié le 11 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui justifie la codification de règles relatives aux pourparlers : « La présente ordonnance vise ainsi à renforcer la sécurité juridique, en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes en pratique. Ces modifications répondent aux attentes des milieux économiques, et permettent d'améliorer la connaissance du droit positif français, notamment à l'étranger » (en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>>).

⁹²P. AZARD, préc., note 89, 476.

Par ailleurs, nous avons noté l'explosion de la pratique des pourparlers précontractuels. Cette dynamique ne va pas cesser⁹³. Or, nous considérons que le droit devrait encadrer la pratique. Portalis lors de la présentation du projet de *Code civil des français* a dit : « les lois (...) doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites »⁹⁴. De même, selon Crépeau, la vocation première d'un code civil est de « régir les relations entre citoyens selon les normes, les conceptions et les techniques de notre temps »⁹⁵. Or, le droit écrit actuel n'encadre pas véritablement la pratique des pourparlers. Le *Code civil du Québec* répond encore à la vision classique du contrat formé par la rencontre instantanée des consentements. Ainsi, nous pouvons observer un décalage entre la lettre du Code et la réalité du droit positif qui justifie une évolution du droit québécois des contrats. Cela éviterait la « caricature du juriste enfermé dans sa tour d'ivoire, imperméable aux évolutions de la société, qu'elles soient techniques ou sociologiques »⁹⁶.

Dans le même temps, avec l'augmentation de la pratique correspond une multiplication du contentieux relatif à la négociation. La professeure Nau évoque une « prolifération du contentieux précontractuel »⁹⁷. Nous considérons que la codification d'une ou de plusieurs

⁹³Le professeur Fages va plus loin en estimant que « [l]'époque du "tope-là !" est assurément révolue » (Bertrand FAGES, « L'importance des pourparlers », *Droit & patrimoine* 1999.72.60, 60).

⁹⁴Jean-Etienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Jourbet, 1844, p. 5.

⁹⁵Cité dans Marcel GUY, « Le Code civil du Québec, un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 453, 457.

⁹⁶Rémy CABRILLAC (dir.), *Hommage à Pierre Catala*, coll. « Thèmes & commentaires. Actes », Paris, Dalloz, 2013, p. 34.

⁹⁷Liliane NAU, « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? », dans CENTRE DE RECHERCHE DE DROIT PRIVÉ et Xavier HENRY (dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 117, à la p. 118.

règles relatives aux pourparlers permettrait de rationaliser le droit. Comme le soulignait Braibant, « on codifie dans les périodes où le droit est arrivé à un degré de dispersion et de prolifération tel que cela n'est plus supportable »⁹⁸. Même si le droit québécois n'a pas atteint ce degré de dispersion et de prolifération, il reste que les tribunaux ne peuvent pas établir un régime d'ensemble mais seulement trancher des questions dont la portée est nécessairement limitée⁹⁹.

En cela, notre positionnement correspond au courant européen et international actuel puisqu'en raison de la généralisation de la pratique précontractuelle, de plus en plus de systèmes juridiques ont réformé leur droit positif afin de prendre en compte cette phase dans la formation du contrat.

C'est le cas depuis peu de la France qui, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁰⁰, a réformé une partie du contenu de son Code civil afin d'imposer certaines règles en matière précontractuelle. Il est à ce sujet intéressant de reprendre les arguments utilisés en faveur d'une réforme du droit français des contrats. Parmi ces derniers figurent notamment la sécurité juridique qui :

« vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats (...) et impose également la prise en considération de la jurisprudence développée

⁹⁸Guy BRAIBANT, « Utilité et difficultés de la codification », *Droits* 1996.24.63 cité dans Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, coll. « Droit, éthique, société », Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 69.

⁹⁹Or, comme l'ont précisé les professeurs Beignier, Bléry et Thomat-Raynaud, « un droit légiféré déficient, conduit toujours à un droit jurisprudentiel foisonnant » (Bernard BEIGNIER, Corinne BLÉRY et Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, 5^e éd., coll. « Cours », Paris, L.G.D.J., 2016, p. 17).

¹⁰⁰La réforme a été introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations - art. 2. Notamment, les articles 1102, 1104, 1110, 1112 et suiv., 1123, 1124 du Code civil.

depuis deux cents ans [car] [f]orce est de constater que les textes actuels ne permettent pas d'appréhender le droit positif, tant la jurisprudence a dû les interpréter, par analogie, *a contrario*, voire *contra legem* »¹⁰¹.

Par ailleurs, le paragraphe 311 alinéa 2 du Code civil allemand, le *BGB*, prévoit depuis la loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001 entrée en vigueur en 2004, l'obligation de respecter les exigences de la bonne foi durant la négociation d'un contrat. De même, comme l'a indiqué le professeur Cabrillac, « l'article 1337 du *Codice civile* italien [de 1942]¹⁰² prévoit que les parties doivent conduire les négociations préalables à la conclusion du contrat de bonne foi. L'article 227 du *Codigo civil* portugais de 1966 prévoit une disposition équivalente »¹⁰³ ainsi que « la loi bulgare sur les obligations de 1950 qui dispose que "[l]ors des pourparlers et lors de la conclusion des contrats, les parties doivent agir conformément aux exigences de la bonne foi" »¹⁰⁴.

Les divers projets européens¹⁰⁵ et le droit international privé à travers notamment les Principes Unidroit¹⁰⁶ ont aussi posé au moins une règle précontractuelle. Ainsi, l'article 3:301 du projet

¹⁰¹Ces arguments sont issus du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Préc., note 91.

¹⁰²L'article 1335 du *Codice civile* dispose que « [l]es parties, dans la conduite des négociations et la formation du contrat, doivent se comporter selon la bonne foi ».

¹⁰³R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 7.

¹⁰⁴*Id.* Le professeur Cabrillac précise que depuis la loi du 12 février 1993, l'exigence d'agir de bonne foi a été remplacée par l'exigence d'agir suivant les « règles de la vie en communauté socialiste ».

¹⁰⁵ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris, 2008 ; COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, coll. « Droit comparé et européen », Société de législation comparée, Paris, 2003 ; ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS, *Code européen des contrats : Avant-projet. Livre I*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 2002.

de cadre commun de référence présenté par l'Association Henri Capitant et l'*Acquis group* dispose à l'alinéa 2 que « [c]elui qui s'est engagé dans une négociation est tenu de négocier de bonne foi ». De plus, les principes du droit européen des contrats préparés par la Commission Lando disposent au premier paragraphe de l'article 2:101 que « [l]'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, sous réserve pour les parties de respecter les exigences de la bonne foi ». Le projet de *Code européen de droit des contrats* élaboré par l'Académie des privatistes européens sous la direction de Monsieur Gandolfi prévoit quant à lui à l'article 6 premier alinéa que « [c]hacune des parties est libre d'entreprendre des tractations en vue de conclure un contrat sans qu'on puisse lui imputer la moindre responsabilité au cas où le contrat n'est pas stipulé, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi ». Dans le même sens, le paragraphe 2 de l'article 2.1.15 des Principes Unidroit dispose que « 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 ».

Nous venons d'exposer les raisons pour lesquelles nous jugeons nécessaire de modifier le *Code civil du Québec* afin que ce dernier prenne davantage en compte la phase précontractuelle. Il convient désormais de s'intéresser aux contours de ce *Code* modifié, qui intégrerait des règles explicites en matière de négociation d'un contrat.

¹⁰⁶INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994.

§ 8 : Troisième enjeu de l'étude : réfléchir aux contours d'un Code civil modifié afin d'intégrer des règles explicites relatives aux pourparlers

Après avoir démontré pourquoi, selon nous, le *Code civil du Québec* devrait être modifié afin d'encadrer de manière explicite la phase précontractuelle, nous devons réfléchir aux contours de la réforme. Cela nécessite que l'on se pose la question de la place du droit dans les pourparlers.

En tant qu'« acte tranchant »¹⁰⁷ ou « acte de pouvoir »¹⁰⁸, la question de la réforme est une question délicate, qui relève de la politique juridique. Dans un État libéral, pour lequel les lois du marché sont puissantes comme les États anglo-saxons, le législateur hésitera à intervenir. À l'inverse, dans des États protecteurs et socialisants, une intervention à ce niveau posera moins de problèmes.

Dans ce travail de réflexion que nous mènerons, nous garderons à l'esprit la mise en garde du professeur Wijffels selon laquelle :

« figer les solutions puisque la jurisprudence sera tenue par le texte légal et ne pourra plus faire évoluer certains éléments du concept en fonction de l'évolution de la société. Ceci étant, la définition d'un concept précis empêche parfois l'évolution de la jurisprudence »¹⁰⁹.

Pour ce faire, nous reviendrons sur la fonction des pourparlers et notamment sur ses enjeux économiques et juridiques. Cela nous permettra par la suite de prôner l'idée d'une réforme marquée pour l'essentiel par l'équilibre entre deux notions : la liberté et la confiance. En effet,

¹⁰⁷L. BAUDOIN, préc., note 2, 122.

¹⁰⁸Rémy CABRILLAC, « Les enjeux de la codification en France », (2005) 46 (1-2) *C. de D.* 533, 536.

¹⁰⁹Alain WIJFFELS, *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 113.

dans les pourparlers, « les négociateurs ont besoin à la fois d'une grande *souplesse* – et de *sécurité juridique* »¹¹⁰. Dans le même sens, des auteurs ont observé qu'« [à] l'aune de l'inflation législative, le domaine de la négociation est un endroit où il importe d'assouplir la technique juridique afin de ne pas entraver les nécessités pratiques »¹¹¹. Quant à sa forme, la réforme doit permettre d'aboutir à la formulation de dispositions précises, concises, accessibles, car « [l]es paroles de la loi doivent se peser comme des diamants »¹¹².

Afin de mener à bien ces trois objectifs, nous aurons recours à la méthode de droit comparé qu'il est important de présenter.

§ 9 : Méthode de droit comparé utilisée

Réfléchir à une réforme du droit n'est jamais aisé. Toutefois, cette démarche est facilitée en recourant au droit comparé. Ainsi, l'étude de systèmes juridiques étrangers encadrant les pourparlers précontractuels apportera de nombreux enrichissements¹¹³ à notre propre réflexion. En effet, le droit comparé « peut aussi jouer le rôle d'incitateur à la réforme »¹¹⁴.

Le recours à une telle méthode se justifie d'autant plus que notre objet d'étude s'y prête parfaitement. Comme l'a indiqué le professeur Cabrillac, les négociations précontractuelles

¹¹⁰É. MONTERO et M. DEMOULIN, préc., note 19, à la p. 82.

¹¹¹I. BEYNEIX et L.-C. LEMMET, préc., note 54, 2.

¹¹²Bentham, IV, p. 281.

¹¹³Dans le même sens, voir : « Pour le juriste comparatiste (...) c'est la richesse, l'originalité, l'étrangeité des autres systèmes de droit qui éclairent, par la comparaison, la connaissance de son propre droit et du monde juridique » (Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Comparatistes », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1173, aux p. 1173 et 1174).

¹¹⁴Amèle MANSOURI, « Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé », (2006) 83 (3) *R.I.D.C.* 173, 190.

permettent « d'autant mieux une comparaison pertinente que cette notion factuelle ne recèle pas des acceptions différentes selon les pays, même si certaines particularités méritent d'être relevées »¹¹⁵.

Il existe diverses méthodes de droit comparé¹¹⁶. La méthode fonctionnelle « consiste à comparer des éléments qui remplissent la même fonction afin de montrer qu'au-delà de la différence des procédés techniques utilisés, les solutions retenues sont en définitive équivalentes d'un droit à l'autre »¹¹⁷. Elle est utilisée lorsque l'on poursuit l'objectif d'uniformiser des droits. L'uniformisation des droits n'étant pas notre objectif, nous n'adopterons pas cette méthode.

Nous préférons la méthode cognitive à la méthode fonctionnelle. La méthode cognitive est intéressante lorsque l'on entreprend un travail strictement doctrinal, ce qui est notre cas. Suivre la méthode cognitive¹¹⁸ c'est considérer que « la comparaison doit porter sur tous les éléments qui contribuent à modeler la norme juridique »¹¹⁹. En cela, la méthode cognitive « prône la comparaison aux fins d'enrichissement. Celle-ci conduit à mieux comprendre le droit national et à l'améliorer »¹²⁰. De même, le professeur Frankenberg estime que cette

¹¹⁵R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 8.

¹¹⁶Principalement, il s'agit de la méthode cognitive et de la méthode fonctionnelle. Pour davantage de développements sur cette dernière, voir : Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, Toronto, Oxford University Press, 1998, p. 32 et suiv.

¹¹⁷Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, coll. « Cours Dalloz. Série droit privé », Paris, Dalloz, 2009, p. 25.

¹¹⁸Pour un autre ouvrage de référence en droit comparé voir aussi : R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, préc., note 91.

¹¹⁹Y.-M. LAITHIER, préc., note 117, p. 27.

¹²⁰Sandrine TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, coll. « Institut de Droit des Affaires », Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 34.

méthode représente « *somewhat like travelling. (...) Travelling promises opportunities for learning both about one's own country and culture and about other countries and cultures* »¹²¹. Enfin, la professeure Mansouri a déclaré que « la connaissance et la compréhension de son propre droit, trouvent son corollaire dans la connaissance d'autres systèmes juridiques »¹²².

Notre objectif étant de suggérer au législateur des améliorations relatives au régime des pourparlers, cette méthode apparaît comme la plus appropriée. Nous utiliserons le droit comparé pour établir les différences et les similitudes entre les systèmes juridiques étudiés. Nous verrons comment ces nouvelles règles sont reçues dans les systèmes juridiques choisis. En effet, « *[w]henever it is proposed to adopt a foreign solution which is said to be superior, two questions must be asked : first, whether it has proved satisfactory in its country of origin, and secondly, whether it will work in the country where it is purposed to adopt it* »¹²³. Cela nous permettra de prendre du recul par rapport au droit québécois et de dégager sa spécificité afin de proposer une réforme la plus adéquate possible.

Cependant, notre démarche ne sera pas de proposer une réforme fondée sur une transplantation juridique. Comme l'a dit le professeur Kahn-Freund, « *we cannot take for granted that rules or institutions are transplantable* »¹²⁴, et ce, même si les États étudiés appartiennent à la même culture juridique et évoluent dans un contexte général similaire ce qui est le cas du Québec, de

¹²¹Gunter FRANKENBERG, « Critical Comparison Re-Thinking Comparative Law », (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 411, 411 et 412.

¹²²A. MANSOURI, préc., note 114, 190.

¹²³K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, préc., note 116, p. 17.

¹²⁴Otto KAHN-FREUND, « On uses and misuses of comparative law », (1974) 37 (1) *The Modern Law Review* 1, 27.

la France et de l'Allemagne. En effet, « [s]i le droit étranger pénètre par ses sources dans le droit québécois, il doit se "québéquiser", c'est-à-dire ne plus être "étranger", mais devenir, pour prendre une image, comme le cœur nouveau une fois implanté n'est plus celui du donneur mais bien celui du greffé »¹²⁵.

Le choix du recours à la méthode du droit comparé étant fait, il est désormais important de délimiter le champ de la comparaison.

§ 10 : Délimitation du champ de la comparaison

Comme l'indiquent les professeurs Kötz et Zweigert :

*« there is an anterior question, namely which legal systems (...) should be chosen to compare in the first place. Here sober self-restraint is in order, not so much because it is hard to take account of everything as because experience shows that as soon as one tries to cover a wide range of legal systems the law of diminishing returns operates »*¹²⁶.

Cette question de la délimitation du champ de la comparaison est en effet fondamentale. Elle dépend des objectifs de recherche, des conditions matérielles de la thèse et de ses exigences. Nous avons, dans cette étude, décidé de réfléchir au droit précontractuel québécois en le comparant aux droits français et allemand.

Les droits français et allemand ont un degré de « comparativité », soit la capacité de comparer des systèmes, indiscutable avec le droit québécois. Comme l'a écrit la professeure Mansouri, pour que la comparaison s'opère, « il est préférable si ce n'est indispensable, que les systèmes

¹²⁵Jean-Louis BAUDOIN, « Conférence de clôture », dans Paul-André COMEAU (dir.), *Le Nouveau Code civil du Québec : un bilan*, coll. « Études critiques », Montréal, Wilson et Lafleur, 1995, p. 326.

¹²⁶K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, préc., note 116, p. 40 et 41.

juridiques relèvent d'un héritage commun »¹²⁷. Ainsi, la France, l'Allemagne et le Québec sont des démocraties occidentales, des États de droit, leurs institutions judiciaires et politiques sont similaires tandis que leurs économies sont de nature post-industrielle en reposant sur les mécanismes de la concurrence et du marché. De plus, le Québec, la France et l'Allemagne appartiennent à la famille juridique romano-germanique.

Un de nos objectifs étant l'amélioration du droit québécois en matière de pourparlers précontractuels, il nous apparaît pertinent de nous inspirer du droit français pour le faire. Plusieurs raisons motivent notre choix à commencer par un argument historique relatif aux liens étroits que le Québec et la France entretiennent depuis de nombreuses années. De plus, le Québec et la France n'ont cessé de s'intéresser au droit de l'autre, ce qui a souvent conduit à des influences mutuelles¹²⁸. La professeure Lefebvre note à ce sujet que « [l]'influence du droit français est indéniable en droit québécois »¹²⁹. Les sociétés françaises et québécoises partageant une histoire, une culture et des valeurs communes, nous sommes à même de penser que des règles s'appliquant en France pourraient très bien s'appliquer au Québec. Ainsi, « [i]l est indéniable que la codification française a été un modèle législatif qui a influencé le développement du droit privé au Québec »¹³⁰ si bien que le *Code civil du Québec* a pour

¹²⁷A. MANSOURI, préc., note 114, 187.

¹²⁸Voir dans ce sens le professeur Popovici selon qui « [c]hez les juristes, l'empire de la doctrine française a longtemps influencé l'analyse des auteurs [québécois] » (A. POPOVICI, préc., note 72, 233).

¹²⁹B. LEFEBVRE, préc., note 16, à la p. 199.

¹³⁰*Id.*, à la p. 203. Voir également : « La structure et l'ossature de votre Code ressemblent à s'y méprendre à celles de notre Code civil. On y retrouve un même ordonnancement général, la fameuse trilogie du droit des personnes, du droit de la propriété et des divers modes d'acquisition de la propriété. Le besoin de classer, d'opérer des catégories, des groupements d'institution, à raison des affinités de règles qui leur sont applicables, procèdent de la même idée cartésienne (...) Les règles des articles de votre Code sont comme les nôtres, elles revêtent une forme impersonnelle et froide » (L. BAUDOIN, préc., note 2, 124 et 125) ou : « Parfois (...) des

« modèle naturel et avoué (...) le *Code civil des Français* »¹³¹. Il n'est donc pas inintéressant de recourir à l'étude du droit précontractuel en France afin de s'interroger sur la manière dont il pourrait influencer le droit québécois.

La comparaison avec le droit français est d'autant plus intéressante que ce dernier a subi une récente réforme par voie d'ordonnance¹³² qui l'a rendu plus performant et moderne. Au moment de la promulgation du *Code civil des français* en 1804, on pouvait noter que ce dernier était « pratiquement muet »¹³³ au sujet des pourparlers précontractuels. Comme le

textes paraissent, lorsqu'on les compare, tellement semblables que l'on est tenté de croire à une similitude complète » (L. BAUDOUIN, préc., note 2, 125).

¹³¹A. POPOVICI, préc., note 72, 226.

¹³²La réforme par voie d'ordonnance n'est pas un phénomène nouveau. L'ordonnance du 23 mars 2006 a permis la réforme du droit des sûretés après qu'une loi d'habilitation du Parlement ait été adoptée en amont. Ce phénomène a eu également lieu en France en matière de filiation lorsque la loi du 9 décembre 2004 dite de simplification du droit a habilité le gouvernement à modifier largement la matière par ordonnance (ordonnance du 4 juillet 2005), ou récemment dans le cadre de la réforme du Code du travail. Un tel phénomène est encadré par l'article 38 de la Constitution qui permet au gouvernement de demander au Parlement de l'habilitier à prendre, pour une durée limitée, des mesures dans des matières qui sont normalement du domaine de la loi parlementaire. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prévoit de plus qu'afin d'entrer en vigueur, l'ordonnance doit être ratifiée par le Parlement. Le recours à l'habilitation a été justifié dans le cadre de la réforme du droit des obligations et de la prescription en raison notamment du manque de consensus relatif à la manière dont la réforme devait être faite. Par ailleurs, la réforme apparaît pour certains comme purement technique en tant que résultat d'une codification à droit constant de la matière précontractuelle. Il reste que la réforme par voie d'ordonnance du Code civil est une méthode particulière qui ne fait pas l'unanimité. Voir notamment sur ce sujet : Pascale DEUMIER, « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014.597 ou Hugues PORTELLI, « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits* 2007.44.35. *Contra* : B. BEIGNIER, C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, préc., note 99, p. 120 : « le droit civil est un droit rationnel et précis qui ressort souvent en piètre état des débats parlementaires (...). Les ordonnances sauvent bien plus la loi qu'elles ne la tuent ». De plus, les ordonnances sont faites par des praticiens de la légistique qui savent de quoi ils parlent plus que les députés ou les sénateurs qui sont des hommes politiques et pas des juristes.

¹³³Xavier THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 313, à la p. 331.

souligne Madame Lassalle, les rédacteurs du Code civil « n'ont pas perçu l'importance que pourrait prendre la période précontractuelle »¹³⁴. En effet, ce Code civil :

« ne dit rien du processus qui, concrètement, permet à des personnes jusque-là étrangères l'une à l'autre de se lier par un acte créateur d'obligations. Comment se choisissent-elles ? Comment négocient-elles ? A quel moment le contrat est-il formé ? Et, s'il ne l'est pas, quelles responsabilités sont encourues ? A toutes ces questions, le Code civil ne fournit pas de réponse »¹³⁵.

Selon M^e Labarre, « il est probable qu'à la période de la codification en France, la phase préparatoire à l'échange des consentements était nettement moins complexe que de nos jours, ce qui explique que les rédacteurs du *Code Napoléon* n'aient pas jugé bon de donner une teinte légale à ce procédé »¹³⁶.

Toutefois, à partir des années 1970¹³⁷, « [d]ans le silence assourdissant du Code civil sur le processus de formation du contrat, sur sa négociation (...) la Cour de cassation a forgé un corps de règles, désormais relativement fermes et précises, qui gouvernent cette période »¹³⁸. Des voix se sont par la suite élevées pour une réforme du Code civil et notamment pour une prise en charge de la phase de négociation des contrats. Plusieurs projets de réforme ont vu le jour tel que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription soit l'avant-

¹³⁴B. LASSALLE, préc., note 63, 826.

¹³⁵Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 3^e éd., coll. « Manuels Droit privé », Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011, n° 37, p. 51.

¹³⁶Max de LABARRE, préc., note 10, à la p. 21.

¹³⁷Avant les années 1970, on a pu remarquer la pauvreté de la jurisprudence relative aux pourparlers. Puis deux arrêts fondateurs sont rendus par la Cour de cassation : Com. 20 mars 1972, *Bull. civ. IV*, n° 93, J.C.P. G. 1973.II.17543, note Schmidt, *RTD civ.* 1972.779, obs. Durry et Civ. 3^e, 3 oct. 1972, *Bull. civ. III*, n° 491. Depuis, la jurisprudence française est très abondante en la matière.

¹³⁸Denis MAZEAUD, « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », dans Olivier DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 13, à la p. 14.

projet Catala¹³⁹, le rapport sur la réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques ou projet Terré¹⁴⁰, sans oublier le projet de réforme du droit des contrats du Bureau du droit des obligations de la Chancellerie¹⁴¹. Finalement, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est adoptée avant d'entrer en vigueur en octobre 2016. De manière générale, « l'ordonnance répond largement aux préoccupations annoncées »¹⁴² dans la mesure où « [d]'évidentes lacunes du code civil ont été comblées, notamment dans les domaines de la formation du contrat »¹⁴³.

Par ailleurs, nous avons choisi de nous intéresser au droit allemand car ce dernier a construit en matière précontractuelle un régime très strict et encadré, notamment depuis la réforme du *BGB*¹⁴⁴. Pour les professeurs Witz et Ranieri, « la réforme ne manquera pas d'intéresser les comparatistes, en offrant un laboratoire très riche et propice (...) aux micro-comparaisons

¹³⁹Pierre CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, coll. « textes et commentaires », Paris, La Documentation française, 2006, et *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>.

¹⁴⁰François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008.

¹⁴¹La version de septembre 2008 est consultable à l'adresse suivante : <http://www.chairejlb.ca/files/sites/38/2010/07/reforme_all.pdf>.

¹⁴²Marcel FONTAINE, « Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA », D. 2016.34.2008, par. 21.

¹⁴³*Id.*, 26.

¹⁴⁴Le *BGB* fut adopté par le Reichstag le 1^{er} juillet 1896 et promulgué le 18 août 1896 avant d'entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Le 4 août 2000, le ministère fédéral de la Justice présente un projet de loi de modernisation du droit des obligations amendé à la suite des réactions de la doctrine. Ce projet sera consolidé le 6 mars 2001 et constitue « une véritable révolution du droit des obligations » (Eberhard WIESER, « Eine Revolution des Schuldrecht », *NJW*, 2001, p. 121 cité dans Claude WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2013, p. 118).

d'institutions et de techniques spécifiques »¹⁴⁵ d'autant que le droit allemand est connu pour être un droit savant, technique, détaillé, cohérent et logique, à la recherche d'efficacité. Ce qui explique d'ailleurs que plusieurs systèmes juridiques tels que le Brésil en 1917, le Japon en 1898, l'Italie en 1942 ou le Portugal en 1966 se soient inspirés du *BGB* pour codifier leur droit.

Plus spécifiquement, le droit allemand semble *a priori* intéressant, voire indispensable, car notre étude porte sur un thème qui a été abondamment traité en Allemagne. Comme l'indique le professeur Cohérier, « la doctrine allemande est de beaucoup la plus riche »¹⁴⁶ en matière précontractuelle notamment avec l'œuvre fondatrice de Rudolf von Jhering¹⁴⁷.

En revanche, la comparaison avec la *common law* canadienne est peu utile. En effet, elle ne prévoit pas de régime spécifique en matière de pourparlers. De plus, la professeure Guillemard déclare que :

« dans les pays de common law, où il est difficile de reconnaître une quelconque valeur à la phase des pourparlers, la conduite des partenaires est libre ; tant qu'aucun contrat n'est conclu, il ne peut y avoir de réclamation à l'encontre de l'autre partie. En outre, comme il n'y a pas de principe de bonne foi dans la common law (...), celle-ci permet de rompre arbitrairement ou prématurément les négociations, de négocier avec d'autres et sans avoir besoin d'en informer quiconque »¹⁴⁸.

¹⁴⁵Claude WITZ et Filippo RANIERI, *La réforme du droit allemand des obligations : colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, vol. 3, coll. « Droit privé comparé et européen », Paris, Société de législation comparée, 2004, p. 16.

¹⁴⁶A. COHÉRIER, préc., note 14, n° 24, p. 58.

¹⁴⁷Rudolf von JHERING, « De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites » dans *Œuvres choisies*, Paris, Marescq trad. par O. de Meulenaere, 1893, p. 1.

¹⁴⁸S. GUILLEMARD, préc., note 75, 377.

L'arrêt *Walford v. Miles*¹⁴⁹ de la Chambre des Lords de 1992 précise d'ailleurs que la bonne foi n'intervient pas dans la phase de formation du contrat :

*« the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations »*¹⁵⁰.

Ce positionnement repose sur la conception anglo-saxonne du contrat, reconnue comme un *bargain*, soit un affrontement entre des intérêts différents.

Enfin, la *common law* canadienne rejette toute extension du *tort of negligence* ou obligation de diligence aux négociations¹⁵¹ si bien qu'« [i]mposer une obligation de diligence aux parties à une négociation (...) serait contraire à l'essence même de la négociation et entraverait le fonctionnement du marché »¹⁵².

Toutefois, il y a un mouvement doctrinal contraire, qui s'appuie sur l'obligation générale de négociier de bonne foi dès lors que les parties ont conclu « une lettre d'intention "*binding*" »¹⁵³.

Par ailleurs,

« la doctrine de l'*estoppel*, qui interdit de se contredire au détriment d'autrui, est un moyen de soumettre à un devoir de bonne foi les partenaires à la négociation. C'est ainsi qu'émerge un "*duty to negotiate with care*" qui conduit à prendre en compte les intérêts du partenaire à la négociation »¹⁵⁴.

¹⁴⁹ *Walford v. Miles* (1992) 2 AC 12, House of Lords.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ I. BEYNEIX et L.-C. LEMMET, préc., note 54, 10.

¹⁵⁴ *Id.*, 9.

Récemment, un débat fut enclenché au sein de la *common law* canadienne qui se dirige vers une moralisation croissante du droit des contrats et une reconnaissance plus grande de la bonne foi. Ainsi, dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*¹⁵⁵, les juges de la Cour suprême du Canada semblent avoir reconnu le principe de la bonne foi dans l'exécution du contrat. On peut se demander s'il ne s'agit pas d'un premier pas vers une reconnaissance de la bonne foi dans la phase de formation du contrat¹⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, à ce stade, la *common law* ne peut pas véritablement nourrir notre étude dont il est nécessaire à présent de présenter le plan.

§ 11 : Plan d'étude

Afin d'organiser notre propos, nous diviserons notre étude en deux parties. La première sera consacrée au contenu des principes applicables à la négociation contractuelle (Partie 1). Dans une deuxième partie, nous nous intéresserons à la sanction de ces principes (Partie 2).

¹⁵⁵*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71. Voir aussi l'affaire *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 pour laquelle une société qui avait rompu les négociations relatives à un projet d'exploitation minière conjoint a été forcée d'indemniser son partenaire sur le fondement du *constructive trust*. Voir enfin les propos du professeur McEndrick selon qui : « *In practical terms it is likely that, sooner or later, English contract law will come to accept the existence of a doctrine of good faith... The decisive factor is likely to be the influence of other legal systems and international restatements of contract law* » (Ewan McENDRICK, *Contract law, text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 552).

¹⁵⁶*Contra* : le professeur Laithier qui évoque un doute sérieux sur l'avancée réelle de la bonne foi en raison de cet arrêt (Yves-Marie LAITHIER, « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi. Variations sur le droit commun », D. 2015.13.749).

Partie 1 : Le contenu des principes applicables à la négociation précontractuelle

La période précontractuelle, qui débute par une invitation à entrer en négociation et qui s'achève soit par la signature du contrat envisagé, soit par la rupture des pourparlers n'est « certainement pas "imperméable" au droit »¹⁵⁷. Ainsi, la période préalable à la conclusion d'un contrat est régie par le principe de la liberté contractuelle et la bonne foi.

Le droit donne aux principes de la liberté contractuelle et de la bonne foi une large portée. À partir de ces derniers, ont été dégagés de nombreux principes et règles juridiques qui encadrent la conduite des cocontractants potentiels de l'initiation à la rupture de la négociation du contrat final.

Notre objectif dans cette première partie est de mesurer la portée de ces principes en faisant ressortir du droit positif québécois, l'ensemble des règles de conduite que les cocontractants potentiels doivent respecter pendant qu'ils tentent d'aboutir à la conclusion d'un contrat. Nous questionnerons par ailleurs l'efficacité de ces principes et de ces règles à travers une démarche comparative et proposerons, lorsque nous l'estimerons opportun, une éventuelle modification du droit positif québécois.

Pour ce faire, nous nous intéresserons dans un premier temps au principe historique¹⁵⁸ de la liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels (Titre 1), avant de nous concentrer sur l'étude de la bonne foi dans les pourparlers (Titre 2).

¹⁵⁷S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

¹⁵⁸La liberté précontractuelle est un principe historique dans la mesure où elle est admise depuis longtemps dans les pourparlers alors qu'il a fallu attendre la deuxième moitié du XX^e siècle afin que le respect de la bonne foi durant la négociation soit reconnu. *Infra*, p. 138-139.

Titre 1 : La liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels

Considérée comme le « principe premier du droit des contrats »¹⁵⁹, la liberté contractuelle est « la clé de voûte »¹⁶⁰ ou encore « la pierre d'assise »¹⁶¹ de la théorie générale du contrat au Québec mais également dans de nombreux autres systèmes juridiques occidentaux comme la France ou l'Allemagne. Une étude qui porte sur les pourparlers précontractuels ne peut ainsi débiter sans aborder ce « principe majeur »¹⁶² ou encore cet « axe des pourparlers »¹⁶³.

De manière générale, la liberté est définie comme une « prérogative que le droit reconnaît, en principe, à toute personne de faire ce qu'il lui plaît »¹⁶⁴. Plus précisément, la liberté contractuelle est la « [l]iberté de s'engager et de déterminer l'étendue, le contenu, les modalités et la durée d'une obligation »¹⁶⁵.

¹⁵⁹Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 2^e éd., t. 1 « Contrat et engagement unilatéral », coll. « Thémis droit », Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. 51.

¹⁶⁰D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 134, p. 69.

¹⁶¹Marie Annik GRÉGOIRE, « *Economie subjective c. Utilité et intérêt du contrat*. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11, 21.

¹⁶²Pierre MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998.51.2.243, 248.

¹⁶³Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU et Yves-Marie SERINET, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, n° 709, p. 513.

¹⁶⁴CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, « Liberté », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/search>>.

¹⁶⁵CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Liberté contractuelle », p. 203.

Par ailleurs, la liberté contractuelle représente l'un des corollaires juridiques de la théorie de l'autonomie de la volonté¹⁶⁶ « qui fait de la volonté la source du contrat »¹⁶⁷.

Le principe de la liberté contractuelle apparaît en filigrane de l'article 9 du *Code civil du Québec* qui précise que « [d]ans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public ». En d'autres termes, si les parties respectent l'ordre public, elles sont libres de contracter comme bon leur semble. L'État, en tant que force externe à la relation strictement privée qui s'établit entre deux cocontractants potentiels, ne pourrait *a priori* pas intervenir.

Le principe de la liberté contractuelle s'applique lors de l'exécution du contrat à travers par exemple la liberté pour les contractants de cesser d'un commun accord leur engagement, mais il intervient surtout lors de la phase de négociation et de formation du contrat. Nous considérons d'ailleurs que la liberté contractuelle est le principe dominant et l'essence du droit des négociations précontractuelles¹⁶⁸.

On dit souvent que durant les pourparlers les parties sont libres. Néanmoins, on ne précise jamais l'étendue exacte ainsi que les conséquences pratiques d'une telle liberté. C'est pourquoi, dans un premier chapitre, nous nous intéresserons à la portée de la liberté

¹⁶⁶Pour une étude approfondie de la théorie de l'autonomie de la volonté voir notamment : Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912.

¹⁶⁷CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Autonomie de la volonté », p. 24.

¹⁶⁸Pour une étude plus précise en la matière : *Infra*, p. 97-113.

contractuelle dans les pourparlers précontractuels au Québec, en France et en Allemagne (Chapitre 1). Nous adopterons par la suite une démarche moins positiviste et plus critique en mettant le principe de la liberté contractuelle en perspective. Ainsi, notre deuxième chapitre sera consacré à la question de l'évolution de la place de la liberté contractuelle dans les pourparlers (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La portée de la liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels

Les pourparlers précontractuels représentent pour certains des « [t]erres de liberté contractuelle »¹⁶⁹ ou encore la « figure de proue de la liberté contractuelle »¹⁷⁰. En effet, la liberté contractuelle est un principe fondamental durant les pourparlers. Nous allons voir qu'elle déploie durant les pourparlers tout un « faisceau de libertés »¹⁷¹ puisqu'elle est une « liberté génératrice de libertés »¹⁷². C'est pourquoi l'objectif de ce premier chapitre est de montrer l'étendue de la portée de la liberté contractuelle dans la phase précontractuelle à l'entrée des pourparlers (Section 1), durant les pourparlers (Section 2) et lors de la rupture des pourparlers (Section 3).

¹⁶⁹P. MOUSSERON, préc., note 162, 244.

¹⁷⁰J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n^o 685, p. 495.

¹⁷¹Paul DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944-1945.73, 73.

¹⁷²B. FAGES, préc., note 55, n^o 34, p. 50.

Section 1 : La liberté contractuelle à l'entrée des pourparlers précontractuels

La liberté contractuelle à l'entrée des négociations se présente sous deux aspects principaux. Tout d'abord, elle implique une liberté dans la forme de l'invitation à entrer en négociation (§ 1), puis dans le choix d'accepter ou non une invitation à négocier un contrat (§ 2).

§ 1 : Liberté dans l'invitation à entrer en négociation

L'invitation à entrer en négociation se fait à travers une offre de négociation ou de pourparlers. Il est important de ne pas la confondre avec l'offre de contracter ou d'autres initiatives contractuelles. La doctrine s'accorde à distinguer l'offre de pourparlers de l'offre de contrat. Ainsi pour les professeurs Lluelles et Moore, l'offre de contrat « est une initiative, provenant d'un des éventuels contractants, certaine et non équivoque, tendant directement vers la conclusion d'un contrat »¹⁷³. De plus, elle doit « contenir en son sein tous les germes du contrat à conclure »¹⁷⁴.

En revanche, l'offre de pourparlers intervient en amont de l'offre de contracter. Comme l'ont souligné les professeurs Jobin et Vézina, « [s]i la proposition oblige la personne à qui elle est faite à une négociation, à une demande de renseignements ou de précisions sur ces éléments, elle ne constitue pas alors une offre véritable, mais une simple invitation [à engager des pourparlers] »¹⁷⁵. Ainsi, l'acceptation d'une offre de négocier ne peut conduire à la conclusion

¹⁷³D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 275, p. 154.

¹⁷⁴*Id.* Voir également : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 39, p. 96 et 97.

¹⁷⁵J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 176, p. 293.

quasi instantannée du contrat envisagé dans la mesure où elle ne contient pas les éléments essentiels de ce contrat. C'est ce qui ressort de l'analyse des professeurs Larroumet et Bros :

« [i]l y aura toujours cette différence entre les deux notions que l'offre de contracter permet la formation du contrat lorsqu'une acceptation intervient, alors que l'offre d'entrer en pourparlers ne le permet jamais, parce que, ne comportant pas la précision de l'offre de contracter, il n'y a pas de conclusion possible du contrat sans une négociation en vertu de laquelle les éléments essentiels du contrat émergeront pour aboutir à l'accord des volontés »¹⁷⁶.

En raison de la liberté contractuelle dans les pourparlers, l'invitation à entrer en négociation peut se faire de différentes manières. Un individu intéressé à faire affaire avec un tiers peut ainsi lui soumettre une offre de négociation dont il choisira la forme. Cette invitation peut se faire par téléphone, courriel électronique, courrier postal ou encore en personne. En effet, « *the initial approach may then take the form of a telephone conversation, a newspaper advertisement, or an invitation to tender. It may also consist in (...) door-to-door selling* »¹⁷⁷.

Parfois toutefois, cette offre de négociation est beaucoup moins personnalisée. C'est le cas des offres publicitaires ou des petites annonces. Les offres publicitaires ou les petites annonces sont des documents publicitaires. Ils ont été définis par les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet comme des documents « délivrés avant la formation du contrat afin d'inciter à la conclusion de celui-ci »¹⁷⁸. La professeure Labarthe élargit la notion de « documents »,

¹⁷⁶Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 248, p. 219.

¹⁷⁷Pierre LEGRAND jr., « Precontractual Relation in Quebec Law : Towards a Theoretical Framework », dans Ewoud H. HONDIUS (dir.), *Precontractual Liability : reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 273, à la p. 277.

¹⁷⁸J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 920, p. 687.

traditionnellement de nature écrite, en précisant qu' « en théorie, rien n'empêche de considérer des documents graphiques, voire des documents oraux »¹⁷⁹ comme des documents.

Les professeurs Jobin et Vézina donnent deux exemples concrets d'offre de négociation de ce type en évoquant la situation pour laquelle une personne « met une annonce dans un journal pour engager un employé domestique ou quelqu'un pour garder ses enfants »¹⁸⁰.

La liberté contractuelle, appliquée spécifiquement à la phase précontractuelle, permet non seulement aux individus le choix dans la forme de l'invitation à entrer en négociations, mais aussi celui d'accepter ou de refuser une telle invitation.

§ 2 : Liberté d'accepter une invitation à négocier

La liberté contractuelle permet aux individus d'accepter ou de refuser une invitation à négocier un contrat¹⁸¹. La jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises ce principe. Dans l'affaire *Christie v. York Corp.*¹⁸², la Cour suprême a énoncé que :

*« the general principle of the law of Quebec is that of complete freedom of commerce. Any merchant is free to deal as they may choose with any individual member of the public. It is not a question of motives or reasons for deciding to deal or not to deal ; he is free to do either »*¹⁸³.

¹⁷⁹Françoise LABARTHE, *La notion de document contractuel*, t. 241, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1994, n° 135, p. 100. Voir également : Anne DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, t. 414, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004, n° 406-428, p. 254-265.

¹⁸⁰J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 178, p. 295.

¹⁸¹B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 122.

¹⁸²*Christie v. York Corp.*, [1940] S.C.R. 139.

¹⁸³*Id.*, p. 142.

Ce fut également le cas dans l'affaire plus récente *Vachon c. Lachance*¹⁸⁴. Dans cet arrêt de la Cour supérieure, Marthe Vachon, agente immobilière, annonçait ses mandats dans des journaux locaux, dont l'hebdomadaire "Courrier Frontenac" au sein duquel Lucille Lachance exerce la fonction d'éditrice. Toutefois, à partir de l'été 1993, suite à la création d'un nouveau journal à vocation publicitaire, "l'Hebdo en région", Marthe Vachon cesse de publier ses mandats au sein de "Courrier Frontenac" et agit même comme représentante aux ventes d'espaces publicitaires de "l'Hebdo en région". Quelques mois plus tard, en raison du manque de succès de cet hebdomadaire, Marthe Vachon souhaite contracter à nouveau avec "Courrier Frontenac" afin d'y publier ses mandats. Or, le journal refuse de contracter et même d'engager toute négociation de contrat avec Marthe Vachon en raison des faits et gestes déloyaux et malhonnêtes ainsi que de la campagne de dénigrement que cette dernière aurait mené envers l'entreprise. Ce refus de "Courrier Frontenac" de publier le nom, la photo, les mandats, ainsi que toute demande qui concernait directement Marthe Vachon a, selon elle, conduit à la cessation de ses activités d'agente immobilière à l'été 1994. C'est pourquoi elle saisit la Cour supérieure au motif que l'interdiction de publication lui a été imposée sans raison valable, et ce, dans le seul but de lui nuire et d'anéantir sa carrière. Elle fonde son action sur les articles 6 et 7 du *Code civil du Québec*. Selon Marthe Vachon, "Courrier Frontenac", en refusant de négocier un contrat potentiel et de contracter avec elle aurait commis un abus de droit inconciliable avec la bonne foi. Elle réclame donc des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.

Le juge de la Cour supérieure, Gérard Lebel, rejette l'action formée par la demanderesse. Il indique que compte tenu du principe « de la liberté de commerce, on ne peut exiger ici des

¹⁸⁴*Vachon c. Lachance*, 2001 CanLII 39911 (QC C.S.).

défenderesses qu'elles aient néanmoins maintenu des relations d'affaires avec madame Vachon »¹⁸⁵. Au juge Lebel d'ajouter que « sous réserve bien sûr du principe général de la bonne foi, au stade précontractuel il n'existe, à proprement parler, aucune obligation de négocier »¹⁸⁶.

Le principe suivant lequel, en vertu de la liberté contractuelle au moment des pourparlers, les individus ne sont pas obligés d'accepter une invitation à négocier, est de jurisprudence constante. Il s'agit d'un principe interprété largement puisqu'il s'applique, on le voit dans l'affaire *Vachon c. Lachance*, même avec un ancien partenaire. Le positionnement des juges quant à cette question est donc assez libéral.

L'état du droit positif est le même dans d'autres systèmes juridiques et notamment en France où la doctrine a précisé que la liberté de choisir son cocontractant potentiel « implique la faculté de ne pas motiver le choix de tel contractant plutôt que tel autre et même celle de ne pas communiquer les critères selon lesquels ce droit est exercé »¹⁸⁷. Cette possibilité a d'ailleurs une valeur constitutionnelle découlant de la liberté d'entreprendre¹⁸⁸.

¹⁸⁵*Id.*, par. 55.

¹⁸⁶*Id.*, par. 24.

¹⁸⁷M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 64, p. 76. Voir également : Com. 7 avr. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 126, *RTD civ.* 1999.78, obs. Mestre, J.C.P. E. 1999.IV.169, note Mousseron, affaire pour laquelle la Cour de cassation souligne qu'un concédant a le droit de traiter avec le contractant de son choix, sans être tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé.

¹⁸⁸Cons. const. 20 juill. 1988, *Rec. Cons. const.*, p. 244.

De plus, « [c]ette liberté berce (...) la conclusion des contrats de confiance en permettant aux futurs partenaires de se choisir en considération de facteurs individuels »¹⁸⁹. Pour ce faire, il est nécessaire de recueillir des informations sur la personne du partenaire potentiel. Néanmoins, les juges français ont précisé l'étendue de cette « curiosité précontractuelle ». Ils ont ainsi considéré que :

« si le droit de choisir son cocontractant, composante essentielle de la liberté contractuelle (...), confère nécessairement à celui qui envisage de conclure un certain droit de regard, voire de curiosité, sur la personne de son partenaire, encore faut-il que cette curiosité demeure dans les limites du raisonnable et ne vienne pas porter atteinte à la vie privée du candidat au contrat »¹⁹⁰.

Des tempéraments sont toutefois à apporter à la liberté contractuelle dans l'entrée éventuelle en négociation. Ainsi, on ne peut refuser d'entrer en pourparlers avec un individu lorsque ce choix est basé sur des considérations discriminatoires ou lorsque l'on a préalablement conclu un contrat de négociation, un pacte de préférence ou encore une promesse de contrat avec l'individu en question.

En effet, la liberté de choisir son cocontractant potentiel est reconnue au Québec « sous réserve des dispositions relatives à l'interdiction de la discrimination, prévues par la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹⁹¹ »¹⁹². L'article 12 de la *Charte* dispose

¹⁸⁹Grégoire LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », dans Valérie-Laure BÉNABOU et Muriel CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires. Actes », Paris, Dalloz, 2008, p. 97, aux p. 99 et 100.

¹⁹⁰Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, « Curiosités précontractuelles, (TGI Carpentras, 9 juin 1999, *Epoux Bouzelmat c. Commune de Gigondas*, inédit ; Paris, 5^e ch. A, 8 mars 2000, *SARL Repères c. SARL LDM Consultants*, inédit) », *RTD civ.* 2000.562, 562.

¹⁹¹*Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, LRQ, c. C-12.

¹⁹²Paul-André CRÉPEAU et Élise CHARPENTIER, *Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 8. Pour le droit français, les professeurs Ghestin, Loiseau et

effectivement que « [n]ul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public ».

Par ailleurs, il arrive que dans certains cas, les parties soient obligées d'entrer en pourparlers et de négocier le contrat définitif. C'est le cas après la signature d'un contrat obligeant à négocier. Comme le soulignent les professeurs Larroumet et Bros, « alors qu'on est toujours libre de refuser d'entrer en pourparlers, ce qui est une conséquence de la liberté contractuelle, il n'en va pas de même lorsqu'on a accepté d'assumer l'obligation de négocier »¹⁹³.

Généralement, une telle obligation est prévue dans un contrat de négociation¹⁹⁴ ou un accord de principe¹⁹⁵ conçu par le *Dictionnaire de droit privé* comme un « [c]ontrat par lequel les parties s'engagent à poursuivre leur négociation dans le but de former le contrat définitif »¹⁹⁶, ou dans une lettre d'intention, définie comme un contrat dans lequel « son auteur déclare son désir – son intention – de poursuivre une négociation et de parvenir à un accord plus ou moins déterminé, ou de préciser un point de cette négociation ou bien encore de faire le point sur la

Sérinet estiment qu'il « suffit ici d'évoquer (...) le principe fondamental de non-discrimination pour illustrer immédiatement le fait que cette conséquence de la liberté contractuelle n'est qu'un principe aux nombreuses et importantes exceptions » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 246, p. 185). Voir aussi le professeur Fages pour qui « [l]e droit de choisir son cocontractant ne doit pas dégénérer en une discrimination portant atteinte aux valeurs universelles d'égalité et de respect » (B. FAGES, préc., note 55, n° 66, p. 79).

¹⁹³Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 298, p. 262.

¹⁹⁴Pour une définition précise de la notion de contrat de négociation : *Infra*, p. 64-67.

¹⁹⁵*Infra*, p. 68-69.

¹⁹⁶CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Accord de principe », p. 4.

négociation en cours »¹⁹⁷. Bien entendu, tout dépendra de la manière dont un tel document a été rédigé. Ainsi, « [p]lus [le rédacteur du document] aura précisé et détaillé l'objet de son intérêt ou de son intention, plus les conditions du contrat projeté vont se dessiner et, par conséquent, plus l'existence d'un engagement de négocier sera aisément constaté »¹⁹⁸. Ceci existe aussi en France où « le juge peut également inviter les parties à renouer le dialogue et c'est alors un moment de la négociation qui échappe aux parties »¹⁹⁹.

De plus, la liberté de ne pas négocier peut aussi être contrainte dans le cadre d'un pacte de préférence. Nous le verrons, un pacte de préférence est un « accord en vertu duquel une partie s'engage, pour le cas où elle déciderait de passer un contrat, d'offrir d'abord au contractant de passer ce contrat »²⁰⁰. De ce fait, une partie qui a préalablement conclu un pacte de préférence et qui décide de passer un contrat ne peut refuser d'entrer en négociation avec le bénéficiaire du pacte. Comme le précisent les professeurs Larroumet et Bros, le pacte de préférence « fixe un point d'ores et déjà acquis, en conférant au bénéficiaire un droit à la négociation, pour le cas où [la négociation] s'ouvrirait »²⁰¹. Ce type d'avant-contrat²⁰² fait donc peser sur les parties une obligation de résultat, engager les négociations, et une obligation de moyen, celle de mener les pourparlers de façon loyale et raisonnable. Néanmoins, dans le cadre d'un pacte de préférence, aucune obligation de conclure le contrat définitif ne pèse sur les parties

¹⁹⁷J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 401, p. 238.

¹⁹⁸D. MAZEAUD, préc., note 82, 45.

¹⁹⁹I. BEYNEIX et L.-C. LEMMET, préc., note 54, 1.

²⁰⁰J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 189, p. 305.

²⁰¹Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 295, p. 257. Dans le même sens : B. FAGES, préc., note 55, n° 68, p. 80.

²⁰²*Infra*, p. 72-73.

prenantes. Cette obligation de négocier avec le bénéficiaire du pacte n'est opposable au promettant qu'à partir du moment où il décide d'agir. Il s'agit néanmoins d'un tempérament important à la liberté de ne pas entrer en négociation.

La liberté de ne pas négocier peut enfin être contrainte par une promesse de contrat dans la mesure où, à travers la promesse de contrat, « [l]'une des parties ou les deux promettent alors de contracter à une date ultérieure et à des conditions déterminées »²⁰³.

Malgré le fait que la liberté de ne pas négocier est contrainte dans certains cas, elle reste un principe dont l'autorité n'est pas remise en cause en droit positif. En effet, bien qu'il arrive que des parties soient obligées d'entrer en pourparlers, elles ne seront pas obligées de conclure le contrat envisagé²⁰⁴. Ainsi, les parties ne peuvent être responsables en cas d'échec des négociations, question que nous étudierons ultérieurement²⁰⁵.

Nous l'avons vu, la liberté contractuelle intervient dès l'entrée en négociation, mais elle s'applique également lors du déroulement des pourparlers précontractuels.

Section 2 : La liberté contractuelle durant les pourparlers précontractuels

Selon les professeurs Lluelles et Moore, « [l]a liberté de contracter signifie la liberté de passer toute sorte de contrats, nommés ou innommés, sur toute sorte d'objet, pour toute motivation, ainsi que la liberté d'aménager le contenu normatif du contrat »²⁰⁶. Envisager la question de la

²⁰³J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 189, p. 304.

²⁰⁴Cette remarque n'est pas valable pour les promesses de contrat où, dès la levée de l'option, les parties doivent conclure le contrat final.

²⁰⁵*Infra*, p. 245-249.

²⁰⁶D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 254, p. 128.

liberté dans le déroulement de la négociation nous invite ainsi dans un premier temps à aborder la question de la liberté quant aux décisions prises durant cette phase de formation du contrat (§ 1), puis celle de la formalisation des pourparlers (§ 2) et des négociations parallèles (§ 3).

§ 1 : Liberté quant aux décisions prises durant les pourparlers

Malgré leurs origines romaines, les droits des contrats de tradition civiliste ont pris de la distance vis-à-vis du droit romain en sortant du « système fermé » de cette époque. Dans l'Antiquité, les acteurs économiques n'avaient pas le droit de choisir le mode de formation du contrat puisqu'à chaque type d'obligation correspondait un contrat spécifique. Ainsi, les contractants ne pouvaient pas sortir des « carcans contractuels » et devaient nécessairement s'engager à travers des contrats *verbis, litteris, res* ou ceux de bonne foi. Il s'agissait de contrats nommés²⁰⁷.

De nos jours²⁰⁸, les individus sont libres de déterminer la forme du contrat envisagé ainsi que son contenu si bien que le droit positif reconnaît « la possibilité pour les personnes de conclure des contrats auxquels le législateur n'a pas nécessairement accordé un cadre normatif

²⁰⁷*Contra* : René-Marie Rampelberg considère que « même si les Romains n'ont jamais imaginé mettre en place une théorie de l'autonomie de la volonté (...), ils se sont cependant largement émancipés du cadre strict de la quadripartition des débuts des temps classiques et ont su assouplir considérablement (...) les structures contractuelles » (René-Marie RAMPELBERG, « Le contrat romain : de la convention type à la libéralisation tardive », dans Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, coll. « Systèmes », Paris, L.G.D.J., 2004, p. 11, à la p. 15).

²⁰⁸Le professeur Goldstein et M^e Mestiri ont précisé que ce changement a eu lieu dès Domat puis Pothier qui « rejettent la conception du droit romain selon laquelle la volonté ne suffit pas à créer le contrat, mais nécessite le respect de formalités » (Gérald GOLDSTEIN et Najla MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites. Étude à la lueur du droit civil québécois », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 299, à la p. 304).

particulier »²⁰⁹ et que « [l]es parties jouissent d'une grande liberté quant au contenu de leur contrat »²¹⁰.

Il est à noter que le législateur est depuis au moins un siècle réticent à intervenir dans le droit des contrats. Influencé par le principe de l'autonomie de la volonté, un contrat ne peut être valable qu'à partir du moment où les individus ont souhaité être contraints par ce dernier²¹¹. Les individus dotés d'un libre arbitre sont suffisamment rationnels, pour définir avec leur partenaire durant la négociation le contenu le plus avantageux pour eux. Ils n'ont pas besoin d'un acteur externe comme l'État pour s'immiscer dans la relation en construction afin de les protéger.

Il n'y a ainsi dans le droit québécois moderne pas de « dirigisme contractuel »²¹². Les individus sont libres de créer un contrat sur mesure, permettant d'exprimer et de garantir au mieux leurs devoirs et obligations. Ils peuvent laisser libre cours à leur créativité contractuelle, « faire naître des obligations, les modifier, et transférer la propriété de biens »²¹³ et ne sont pas toujours obligés de suivre les formes contractuelles proposées dans le *Code civil* car la plupart de ces dernières ne sont pas impératives mais supplétives de volonté. C'est pourquoi il est impossible de dresser une liste exhaustive des différents contrats existants. Il y a autant de contrats que de personnes pour les conclure.

²⁰⁹D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 134, p. 69.

²¹⁰Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Le contrat », dans Collection de droit 2017-18, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, EYB2017CDD126 (La référence).

²¹¹*Infra*, p. 232-241.

²¹²Michel COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485, 489.

²¹³G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 208, à la p. 306.

L'état du droit en France et en Allemagne est similaire. Ainsi, pour le droit français, l'alinéa premier du nouvel article 1102 dispose que « [c]hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et *de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »²¹⁴. Concernant le droit allemand, « [g]enerally speaking, the parties can contract out of the rules of law contained in the first two books of the BGB concerning the law of obligations arising out of contracts »²¹⁵ parce que les règles sont des *dispositives Recht*. En d'autres termes, « the parties are free to define the scope and nature of their contractual obligations »²¹⁶.

Néanmoins, la volonté individuelle n'est pas absolue. Le législateur québécois est tout de même intervenu afin de poser quelques règles impératives relatives au contenu du contrat. La volonté individuelle n'est un fondement juridique qu'à partir du moment où elle respecte ces règles minimales. En d'autres termes, « [e]n matière civile et en matière commerciale notre droit est essentiellement consensuel. La liberté de commerce procède de ce principe. Cela ne veut pas dire que cette liberté est sans limites. Ses limites sont celles de l'ordre public ou d'une convention particulière »²¹⁷. Ainsi, « les parties peuvent déroger aux dispositions du code, à moins que celles-ci n'intéressent l'ordre public (art. 9 C.c.Q.) »²¹⁸. L'article 9 du *Code civil du Québec* dispose en partie que « [d]ans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ».

²¹⁴Nous avons ajouté les italiques.

²¹⁵Basil S. MARKESINIS, Hannes UNBERATH et Angus JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2^e éd., Oxford (Portland), Hart Publishing, 2006, p. 46.

²¹⁶*Id.*

²¹⁷*Vachon c. Lachance*, préc., note 184, par. 23.

²¹⁸L. LANGEVIN et N. VÉZINA, préc., note 210.

Comme le soulignent des auteurs, « [l]a liberté contractuelle suppose donc qu'on ne viole pas l'ordre public, qui est sa limite naturelle, éventuellement matérialisée par le droit positif »²¹⁹. Par exemple, l'article 1373 alinéa 2 dispose que « la prestation doit être possible et déterminée ou déterminable ; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public ». L'article 1411 précise quant à lui qu'« est nul le contrat dont la cause est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ». Sans oublier l'article 1413 qui dispose qu'« est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public » ou l'article 13 de la *Charte* qui souligne que « [n]ul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet ». Si l'on utilise un raisonnement *a contrario*, on comprend qu'en dehors des exigences légales d'ordre public, les individus sont libres de déterminer le contenu de leurs obligations contractuelles sans autre intervention extérieure.

Le législateur propose certains modèles de contrats, les contrats nommés. Les acteurs sont libres de les suivre ou de s'en détacher pour créer un contrat sur mesure. Ainsi, « [u]ne personne ne peut se voir imposer (...) une clause qu'elle ne souhaite pas »²²⁰ car « le principe de la liberté contractuelle est le droit que possède chaque individu (...) de discuter et de négocier librement les conditions, les effets et l'extinction de ses obligations avec l'autre contractant »²²¹. Autrement posé, « les parties sont libres, en principe, de conclure tout contrat

²¹⁹G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 208, à la p. 310.

²²⁰F. LEVESQUE, préc., note 21, p. 26.

²²¹J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 75, p. 119.

qu'elles désirent et d'insérer dans ce contrat toutes les clauses qui leur paraîtront opportunes »²²² comme « l'objet du contrat, ses conditions de temps, de lieux »²²³.

Par ailleurs, dans certains cas, les parties en présence doivent se soumettre au respect de certaines conditions de forme sous peine de nullité de l'accord passé. Ainsi, l'article 1385 du *Code civil du Québec* dispose que « [l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle »²²⁴. Le consensualisme demeure néanmoins le principe en droit civil.

En droit français, l'article 1102 alinéa 2 dispose que « [l]a liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». En Allemagne également, bien que « *the number of restraints on freedom of contract in the BGB [are] very limited* »²²⁵, elles existent.

Ainsi,

« [t]he only conditions for the validity of a 'legal transaction' contained in the General Part are, naturally, legal capacity (§§ 104-13), absence of mistake or vitiating factors (§§ 116-24), compliance with form (§§ 125-9), proper notification of the addressee of a declaration of intention inter absentes (§§ 130-2). To this list we must add the 'negative criteria' of absence of a statutory prohibition (§ 134), no violation of public policy (§ 138 I), or the creation of a grossly inadequate and unduly obtained bargain (§ 138 II) »²²⁶.

²²²Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 2 « Les sources », 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, n° 32, p. 29.

²²³Madeleine CARON, « Approches du problème de la liberté contractuelle », (1956-1957) 7 *R.J.E.U.M.* 12, 21.

²²⁴Nous avons ajouté les italiques.

²²⁵B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 45.

²²⁶*Id.*

Nous venons de le voir, la liberté contractuelle s'exprime durant les négociations à travers la possibilité de choisir la forme et le contenu du contrat envisagé. Elle fonde également le droit reconnu aux parties de formaliser les pourparlers.

§ 2 : Liberté de formaliser les pourparlers

La liberté contractuelle reconnue aux cocontractants potentiels leur permet d'encadrer les pourparlers à travers la conclusion éventuelle de conventions. À ce propos, Monsieur de Coninck souligne : « [l]a liberté contractuelle permet aux parties de s'accorder sur les obligations qu'elles devront respecter dans le cadre de la négociation »²²⁷. Cet encadrement conventionnel des pourparlers peut intervenir durant toute la phase de tractations préalables, que ce soit en début de processus ou durant celui-ci. Ainsi, les parties qui ont accepté d'entrer en négociation peuvent formaliser le processus ou bien ne pas le formaliser.

Plusieurs facteurs permettent de comprendre l'intérêt croissant qu'ont les cocontractants potentiels à prévoir de tels accords. En particulier, un tel phénomène s'explique en raison des nombreux avantages qu'il permet. En premier lieu, dès qu'il s'agit de contrats complexes ou à long terme, les situations dans lesquelles les négociations ne sont pas encadrées sont rares. Comme l'a précisé la professeure Guillemard, « [à] cause de la longueur et de la complexité de la négociation, il peut être prudent, au début, d'établir par écrit les buts envisagés... au moins pour ne pas risquer de les perdre de vue ! »²²⁸.

²²⁷Bertrand DE CONINCK, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », dans Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contribution comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 17, à la p. 39.

²²⁸S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

Formaliser les pourparlers peut également être stratégique dans la mesure où cela permet « de lier le plus précocement possible son partenaire »²²⁹. Dans le même ordre d'idée, la stratégie précontractuelle permet d'inciter son cocontractant potentiel à s'investir davantage dans la négociation ou de démontrer sa motivation.

Encadrer les pourparlers correspond à la dynamique contemporaine²³⁰ qui cherche dans tous les domaines de la vie courante à pallier les risques. Le caractère par nature incertain, aléatoire et peu sécurisant des pourparlers peut poser problème pour les parties. Bien que le risque soit toujours présent durant les pourparlers, elles vont essayer de le réduire à travers la formalisation de ces derniers. Ainsi, « les praticiens du droit ont développé (...) plusieurs instruments précontractuels permettant à leurs clients de mieux gérer les risques associés à la conduite de ce type de négociations et ainsi, maximiser les probabilités de succès de l'opération envisagée »²³¹. Dans le même sens, selon le professeur Lutter, la formalisation des pourparlers permet « de créer dans la mer de ce qui est encore juridiquement indécis des îlots de sécurité »²³².

Enfin, la formalisation des pourparlers permet de constituer des preuves en cas de contentieux futur. Par exemple, en cas d'une action pour non-respect d'une clause de confidentialité, « la

²²⁹D. MAZEAUD, préc., note 82, 45. Voir également pour le droit québécois : « Le sacro-saint principe de la liberté de contracter, si cher à notre droit d'inspiration libérale, s'en trouvera donc restreint. En effet, (...) une fois la lettre d'intention signée, les parties n'auront plus une aussi grande liberté de mettre fin à leurs pourparlers » (Louis PÉLOQUIN et Christopher K. ASSIÉ, « La lettre d'intention », (2006) 40 *R.J.T.* 175, 179).

²³⁰Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008.

²³¹L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 176.

²³²Cité par le professeur Pédamon dans Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., coll. « Droit des affaires », Paris, L.G.D.J., 2004, n° 47, p. 37.

contractualisation consiste en l'allègement de la charge de la preuve pour l'entreprise victime
»²³³.

Les cocontractants potentiels peuvent donc encadrer conventionnellement les pourparlers mais, aussi le faire de la manière dont ils le souhaitent. En cela, la liberté précontractuelle garantit une grande créativité quant au fond et à la forme que les documents échangés à cette fin peuvent prendre²³⁴. Les professeurs Mousseron, Raynard et Seube l'ont souligné : « les opérateurs en charge de la construction du contrat (...) puisent dans leur liberté une source renforcée d'inspiration pour l'organisation de leurs rapports »²³⁵.

Ainsi, « [d]ifférents vocables ont été donnés au cours des années par la pratique commerciale à ces instruments »²³⁶ comme des formules telles que le « protocole d'accord », l'« accord de principe », la « lettre d'intention », la « lettre d'intérêt », l'« engagement d'honneur », les « mémoires d'entente », les « listes de conditions », la « lettre de confort ». De tels documents sont « souvent désignés, dans la pratique de tous les jours au Québec, sous leur appellation

²³³Anne-Sophie LUCAS-PUGET, « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », *L.P.A.* 2016.226-227.50.

²³⁴La professeure Guillemard souligne que « [c]ette fantaisie d'expression est sûrement liée à la règle de la liberté contractuelle et évidemment précontractuelle » (S. GUILLEMARD, préc., note 24, 169). Dans le même sens : « [i]l n'existe aucune forme consacrée de documents préparatoires, lesquels varient selon leur auteur » (L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 197). Pour le droit français : « les formules utilisées en pratique sont révélatrices, par leur diversité, de l'échelle de liberté qu'ont les intéressés de se donner à faire ou à ne pas faire quelque chose dans la perspective de la conclusion du contrat » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n^o 713, p. 516).

²³⁵J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5^e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, préc., note 68, n^o 8, p. 20.

²³⁶L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 176.

anglaise »²³⁷ tels que « *concept paper* », « *heads of agreement* », « *term sheet* », « *agreements in principle* », « *letters of intent* », « *commitment letters* », « *letter of understanding* », « *binding in honour only* », « *honour clause* » ou « *gentlemen's agreement* »²³⁸.

Face à une telle imagination des praticiens du droit, il semble difficile, voire impossible, de dresser une liste exhaustive des principaux outils de formalisation des pourparlers. C'est pourquoi nous ne nous intéresserons qu'aux principaux.

Tout d'abord, les cocontractants potentiels peuvent conclure des contrats portant sur les modalités de la négociation, parfois qualifiés de contrats de négociation, d'accords de négociation, de contrats préliminaires envisageant la négociation du contrat définitif ou encore de conventions de négociation. Ces contrats ont pour principal objectif d'organiser et d'encadrer contractuellement le processus de la négociation d'un contrat définitif et d'en définir ses modalités et les conditions. Ils sont particulièrement utiles « lorsque les intérêts en jeu sont importants ou que des frais élevés peuvent être engagés par les parties pendant la

²³⁷*Id.*

²³⁸Il s'agit d'un « accord dépourvu de sanction étatique (...) pour lequel les parties ont clairement voulu situer leur relation en dehors du droit. Les parties ne s'engagent ici que sur l'honneur, l'effectivité de leur lien n'étant pas garantie par l'état, mais bien plutôt par la qualité de la réputation dont elles jouissent dans le monde des affaires » (*Id.*, 178). Il est à noter que le droit français est plus strict que le droit québécois en la matière. Il reconnaît parfois des effets juridiques aux engagements d'honneur : « la jurisprudence française ne donne pas toujours plein effet à l'intention des parties de s'engager sur l'honneur. Face à une telle affirmation de la volonté des parties, elle ne se sent pas toujours liée et n'écarte donc pas systématiquement la création de certaines obligations légales » (Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, coll. « Doctrine juridique », Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 289). Une explication de ce fait est livrée comme suit : « le droit français répugne à réserver aux parties une telle faculté de mise à l'écart de la chose juridique » (J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 390, p. 230). Néanmoins, il est précisé qu'« il ne faudrait pas déduire de ces différentes analyses une tendance à la réintégration juridique systématique des engagements d'honneur dans la sphère contractuelle » (*Id.*).

période des pourparlers, qui peut être longue »²³⁹. Le législateur, qu'il soit québécois, français ou allemand, ne les consacre pas directement dans le Code civil. En effet, « ces formules contractuelles sont, bien souvent, et même si elles se situent avant le contrat, ... des contrats (...) C'est sans doute la raison pour laquelle le Code civil se désintéresse des contrats de négociation en particulier de la négociation du contrat en général »²⁴⁰.

En tant que contrat innommé, le contrat de négociation laisse « place à l'imagination et à la créativité de chacune des parties impliquées »²⁴¹. Ainsi, les règles que les parties s'engagent à suivre durant les pourparlers sont diverses²⁴². Généralement, les parties prévoient le calendrier de la négociation en fixant les dates importantes comme éventuellement une date butoir pour la fin de celle-ci, elles précisent le ou les lieux où elle se tiendra, son format ou encore la personne sous l'autorité de laquelle elle sera conduite.

Les contrats de négociation peuvent également régir le comportement des parties²⁴³ par l'intermédiaire d'une clause d'exclusivité afin de s'interdire de « solliciter, initier ou poursuivre toute discussion ou négociation de quelque nature avec un tiers ayant trait en tout

²³⁹Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 293, p. 255 et 256.

²⁴⁰J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 340, p. 197.

²⁴¹Gérard COULOMBE et Patrick THÉORÊT, « Protocoles d'entente : stratégies et pièges », dans INSIGHT INFORMATION CO., *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Toronto, Insight Press, 2000, p. 57, à la p. 71.

²⁴²Il s'agit ici d'une différence entre le contrat de négociation et les avant-contrats. Le législateur prévoit pour les avant-contrats quelques règles à respecter. Par exemple, l'article 1785 du *Code civil du Québec* dispose que le contrat préliminaire par lequel une personne promet d'acheter un immeuble à usage d'habitation « doit contenir une stipulation par laquelle le promettant acheteur peut, dans les dix jours de l'acte, se dédire de la promesse ».

²⁴³Pour une définition en droit français voir : D. MAZEAUD, préc., note 82, 47 pour qui ces contrats « envisagent la conclusion du contrat futur ».

ou en partie à la transaction »²⁴⁴ envisagée. Celle-ci doit néanmoins être limitée dans le temps²⁴⁵. Dans le même sens, les cocontractants potentiels peuvent s'obliger conventionnellement à agir suivant les exigences de la bonne foi durant le processus de la négociation²⁴⁶.

Certains accords de négociation organisent enfin la rupture éventuelle des pourparlers en envisageant les conséquences matérielles et financières de celle-ci. Par exemple, les parties peuvent s'obliger à motiver leur décision de rompre ou prévoir la répartition des frais de la négociation. Il s'agit d'une question cruciale, car ces frais peuvent être très élevés en raison notamment de la mondialisation et de la libéralisation des échanges²⁴⁷.

En droit allemand, on emploie le même terme que la lettre d'intention pour qualifier un contrat de négociation. Ainsi, l'*Absichtserklärung* « [aménagement], pour autant que son destinataire l'a contresignée, le cadre de la négociation »²⁴⁸ en établissant :

« les droits et obligations de chacun des partenaires en présence jusqu'au terme de la négociation : qu'il s'agisse par exemple de l'obligation de ne pas divulguer des informations confidentielles recueillies de part et d'autre, des études techniques ou des études de marché à effectuer, de la rémunération de leur coût ou de l'exclusion

²⁴⁴G. COULOMBE et P. THÉORÊT, préc., note 241, à la p. 66.

²⁴⁵En effet, la restriction imposée par une clause de non-concurrence doit être raisonnable en tenant compte de l'intérêt des parties et de l'intérêt public. Voir dans ce sens : André ROY et Sarah LANDRY-MALTAIS, « Convention de confidentialité et de non-concurrence », dans INSIGHT INFORMATION CO., *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Toronto, Insight Press, 2000, p. 321, à la p. 344). Voir aussi : H. COUTURIER, « Chronique. Les fondements et la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de vente d'entreprise », (1998) 6 *Repères* 66.

²⁴⁶*Infra*, p. 148-150.

²⁴⁷*Infra*, le titre 2 de la partie 2 relatif à la réparation du préjudice précontractuel, p. 314 et suiv.

²⁴⁸M. PÉDAMON, préc., note 232, n° 47, p. 37.

de toute rémunération, du droit applicable et du recours à l'arbitrage durant cette phase »²⁴⁹.

En dehors de ces accords relatifs aux modalités de la négociation, comme les contrats de négociation, les parties sont libres de conclure des lettres d'intention ou protocoles d'accord²⁵⁰. Le *Dictionnaire de droit privé* définit la lettre d'intention comme un « [é]crit par lequel une personne manifeste un intérêt à former, modifier ou résoudre un contrat »²⁵¹. La pratique parle davantage de protocole d'entente. M^{es} Coulombe et Théorêt soulignent en effet qu'« un protocole d'entente ou lettre d'intention se veut principalement un document écrit consignait les éléments clés de discussions en vue d'une transaction envisagée »²⁵².

Le professeur Le Tourneau donne un sens légèrement différent à la lettre d'intention. Selon lui, elle « prévoit *les engagements essentiels des parties* : le rôle de chacune d'elles, le prix des différentes prestations, les délais de réalisation et les pénalités de retard »²⁵³. En fonction de la période à laquelle elles sont échangées, ces lettres ont pour objectif de formaliser l'intention des négociateurs d'entrer en négociation et de tout mettre en œuvre afin d'aboutir à la conclusion du contrat définitif ou bien de maintenir les négociations afin qu'elles connaissent une issue favorable²⁵⁴.

²⁴⁹*Id.*

²⁵⁰Pour une étude approfondie en la matière, voir : L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 175.

²⁵¹CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Lettre d'intention », p. 202.

²⁵²G. COULOMBE et P. THÉORÊT, préc., note 241, à la p. 61.

²⁵³Philippe Le TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, Sirey, 1985, p. 349, à la p. 358.

²⁵⁴Par exemple, une lettre d'intention peut être formulée ainsi : « Par le présent document, nous, M. X, représentant de la compagnie Y et M. W, principal actionnaire de la compagnie Z, nous engageons à poursuivre les négociations dans le but d'envisager la conclusion éventuelle d'un contrat portant sur le transfert de fonds de

Le recours à des lettres d'intention est courant en pratique. L'affaire *9096-9031 Québec Inc. c. Champagne*²⁵⁵ en est une bonne illustration. Dans cette affaire, Daniel Champagne, l'unique actionnaire et administrateur de Nid'Or, une compagnie privée active dans le domaine de l'exploration et de l'exploitation minière au Québec signe, le 6 février 2003, une lettre d'intention avec Pierre Chénier, l'administrateur de 9096-9031 Québec Inc. Cette lettre d'intention a pour but de montrer l'intention de former un contrat afin de transférer la propriété des concessions minières 315 et 395 du canton Guillet de Nid'Or à 9096-9031 Québec Inc.

Les cocontractants potentiels peuvent également rédiger un accord de principe qui est un document qui désigne « les points sur lesquels les parties ont manifesté leur accord, ce qui les oblige à pousser [la] négociation plus loin »²⁵⁶. Dans cette perspective, l'accord de principe

la compagnie Z à la compagnie Y ». Les lettres d'intention peuvent également contenir « des déclarations selon lesquelles les parties tenteront d'agir de bonne foi ou feront tout leur possible pour adhérer au calendrier convenu ». Elles peuvent enfin insister sur certains aspects plus précis de la conduite des cocontractants potentiels.

²⁵⁵*9096-9031 Québec Inc. c. Champagne*, 2004 CanLII 27314 (QC C.S.). Confirmation de la décision en appel le 14 juin 2005 (*9096-9031 Québec Inc. c. Champagne*, 2005 CanLII 616 (QC C.A.)).

²⁵⁶Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 299, p. 262 ; Ibrahim NAJJAR, « L'accord de principe », D. 1991.chr.57 ; François Xavier TESTU, *Contrats d'affaires*, coll. « Dalloz Référence », Paris, Dalloz, 2010, n° 22.13 et suiv., p. 81-83. L'accord de principe est aussi parfois défini comme un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à entamer des négociations et à les conduire de bonne foi en vue de parvenir à un accord » (B. FAGES, préc., note 55, n° 49, p. 61). Pour une étude de la jurisprudence française relative aux accords de principe voir par exemple : Com. 2 juin 2015, n° 14-15632, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030689692&fastReqId=525528901&fastPos=1>> ; Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, *RTD civ.* 2013.594, obs. Barbier, *RTD com.* 2013.579, obs. Bouloc, n° 12-16563, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027488575&fastReqId=1305387798&fastPos=1>> ; Com. 10 janv. 2012, D. 2013.391, note Amrani-Mekki et Mekki, *RDI* 2012/4.222, *RTD civ.* 2012.311, obs. Fages, *RTD com.* 2012.174, obs. Legeais, n° 10-26149, en ligne :

peut être associé à la théorie allemande de la punctuation. Très étudiée par le professeur Rieg²⁵⁷, la punctuation est « un contrat de pourparlers, préparatoire d'un contrat futur ; [ayant] pour but la conclusion de celui-ci »²⁵⁸, qui désigne « la formation progressive, par étapes, d'un contrat »²⁵⁹. Certains praticiens emploieront aussi le terme d' « accord partiel ».

Enfin, les avant-contrats représentent la forme la plus aboutie de contractualisation des pourparlers²⁶⁰. En effet, selon Monsieur Maitre, ils « représentent un stade plus avancé de la

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025154424&fastReqId=1493118395&fastPos=1>>. Voir également pour la doctrine récente : Paul GROSSER, « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJCA* 2016.270, 272.

²⁵⁷ Alfred RIEG, « La *punctuation*, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

²⁵⁸ *Id.*, à la p. 603.

²⁵⁹ Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, 9^e éd., Paris, Lexis Nexis, 2017, « Punctuation », p. 416. Le *Vocabulaire juridique* de Monsieur Cornu définit quant à lui la punctuation comme un « nom parfois donné en doctrine au pointage entre négociateurs, au cours de pourparlers précontractuels, des éléments sur lesquels ils sont tombés d'accord » (G. CORNU (dir.), préc., note 44, « Punctuation », p. 833). Voir aussi : Françoise LABARTHE, préc., note 179, n° 253-256, p. 159-164.

²⁶⁰ Pour en savoir plus sur les avant-contrats en droit français voir notamment : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 796-836, p. 572-614 ; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 55, n° 443-447, p. 237-243 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 302 et suiv., p. 263 et suiv. ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, 16^e éd., t. 1 « L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs », coll. « Sirey Université. Série Droit privé », Paris, Sirey, 2014, p. 140 et 141 ; Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, coll. « Manuel Dalloz de droit usuel », Paris, Dalloz, 1982, n° 369-583, p. 198-313 ; Étienne LEDUC, *Des avant-contrats*, Paris, A. Rousseau, 1909 ; Jean-Pierre DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1997, p. 49 et suiv. ; Jean Marc MOUSSERON, « La durée dans la formation du contrat », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1974, p. 509 ; Louis BOYER, « Les promesses de vente, contribution à l'étude des avant-contrats », *RTD civ.* 1949.1 ; Mirène GENINET, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse de doctorat, Paris 2, 1985 ; François COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, coll. « Immobilier, droit et gestion

« négociation précontractuelle »²⁶¹. Un avant-contrat est comme son nom l'indique²⁶² un contrat complet car tous les éléments sont déterminés. En revanche, un avant-contrat n'est pas le contrat final, car il n'est conclu que dans la perspective de la conclusion d'une entente qu'on pourrait désigner, elle, comme le contrat final. Les avant-contrats sont donc des « sortes de contrats, conclus avant le contrat principal »²⁶³.

L'intérêt pour les parties de recourir à cette catégorie d'accords est de retarder la conclusion du contrat final. Grâce aux avant-contrats, elles disposent de temps avant la passation du contrat final afin de réunir les fonds suffisants pour honorer ce contrat (demande de prêt bancaire, prêt familial, attente d'un versement d'un salaire ou d'une rente, etc.), de « s'assurer qu'aucune servitude, privée ou publique, ne viendrait contrecarrer les objectifs poursuivis »²⁶⁴,

», Paris, Sirey, 1988 ; Françoise BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, t. 177, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1983 ; Michel DAGOT, *Le pacte de préférence*, Paris, Litec, 1988 ; B. LASSALLE, préc., note 63, 825 ; Ibrahim NAJJAR, « La rétractation d'une promesse unilatérale de vente », D. 1997.chr.119 ; Philippe DELEBECQUE, « L'avant-contrat », *LPA* 23 avril 1997 ; Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000.25 ; « Le pacte de préférence. Dossier spécial », *Defrénois*, 2013 ; Yves LEQUETTE « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013.491.

²⁶¹Grégory MAITRE, « La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit », dans Olivier DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 123, à la p. 124.

²⁶²Pour les professeurs Beyneix et Lemmet, les avant-contrats en droit français sont « improprement qualifiés d'"avant-contrats", s'agissant de contrats véritables qui ont pour but de conduire à la conclusion d'un contrat final » (I. BEYNEIX et L.-C. LEMMET, préc., note 54, 1).

²⁶³S. GUILLEMARD, préc., note 24, 176. Exemple pour le pacte de préférence : il oblige le créancier du pacte à donner la priorité au bénéficiaire du pacte s'il décide de mettre en vente le bien. En revanche, les conditions particulières et précises du contrat de vente de ce bien comme le prix du bien ou la date de la vente du bien ne sont pas déterminées.

²⁶⁴D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 444, p. 215.

ou encore de vérifier qu'il n'y a aucune entrave juridique. Les raisons peuvent donc être fiscales, administratives ou encore personnelles.

Malgré leur recours très fréquent en pratique, ils font l'objet d'une réglementation sommaire. Le *Code civil du Québec* consacre aux articles 1396 et 1397²⁶⁵ deux catégories d'avant-contrats : la promesse de contracter, qu'elle soit bilatérale ou unilatérale²⁶⁶ et le pacte de préférence.

Les professeurs Pineau et Gaudet définissent la promesse de contracter comme « une convention par laquelle une personne s'engage vis-à-vis d'une autre personne à conclure ultérieurement un autre contrat, si cette autre personne accepte de le conclure »²⁶⁷. Elle est très précise car elle doit contenir tous les éléments essentiels du contrat envisagé pour être

²⁶⁵L'article 1396 dispose que : « L'offre de contracter, faite à une personne déterminée, constitue une promesse de conclure le contrat envisagé, dès lors que le destinataire manifeste clairement à l'offrant son intention de prendre l'offre en considération et d'y répondre dans un délai raisonnable ou dans celui dont elle est assortie. La promesse, à elle seule, n'équivaut pas au contrat envisagé ; cependant, lorsque le bénéficiaire de la promesse l'accepte ou lève l'option à lui consentie, il s'oblige alors, de même que le promettant, à conclure le contrat, à moins qu'il ne décide de la conclure immédiatement ». L'article 1397 dispose que « le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier ». Le législateur reconnaît également le cas spécifique des promesses de contrats en matière de vente aux articles 1710, 1711 et 1712 du *Code civil du Québec* ou bien celui de la vente d'immeubles à usage d'habitation à l'article 1785. Pour une étude sur le droit des contrats spéciaux voir : Raymond A. DAOUST, « Les avant-contrats concernant la vente d'immeubles à usage d'habitation », dans S.F.P.B.Q., vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 41.

²⁶⁶Pour une illustration de ce propos voir : *Premier Tech Ltée c. Dollo* 2015 QCCA 1159. La promesse unilatérale devient une promesse synallagmatique lorsque le bénéficiaire d'une promesse unilatérale s'oblige à conclure le contrat final en levant l'option. Ce principe est affirmé dans *Bergeron c. Pharmaprix Inc.* 2015 QCCA 687 ou *2760-1699 Québec Inc. c. Lamarre*, [2004] R.D.I. 128 (C.S.).

²⁶⁷J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 41, p. 60.

opposable²⁶⁸. Bien qu'elle puisse « être envisagée à propos de tout contrat : vente (promesse de vente ou d'achat), louage (promesse de bail ou promesse de prendre à bail), donation (promesse de donner), prêt (promesse de prêter, parfois appelée, mais improprement, "convention de prêt", voire "contrat de prêt"), notamment »²⁶⁹, elle est généralement employée dans le cadre de ventes immobilières²⁷⁰.

Le pacte de préférence « a de sérieux points de contact avec la promesse »²⁷¹. Il est défini par les professeurs Lluelles et Moore comme une convention par laquelle « une personne s'oblige envers une autre à lui adresser en priorité une offre de conclure un contrat spécifique, au cas où elle déciderait de le conclure »²⁷². Le pacte de préférence, comme la promesse de contrat,

²⁶⁸*Kechichian c. RRX Medical Inc.*, 2012 QCCA 2077. Voir également : *Importations de chaussures Vulcano Ltée c. Garderie A moi mes enfants Inc.*, 2014 QCCA 1225.

²⁶⁹D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 453, p. 220.

²⁷⁰En droit allemand, « [l]a promesse de contrat telle qu'elle est définie en droit français [et québécois] ne serait pas connue (...) Cette notion serait inutile en raison du caractère irrévocable de l'offre » (René RODIÈRE (dir.), *La formation du contrat*, coll. « Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché commun », Paris, Éditions A. Pedone, 1976). Néanmoins, il existe des formules qui s'en rapprochent comme le contrat préliminaire ou précontrat (*Vorvertrag*) qui « est un contrat par lequel les parties s'engagent réciproquement ou l'une d'entre elles s'engage unilatéralement envers l'autre à conclure prochainement un autre contrat que l'on qualifie de contrat principal (*Hauptvertrag*) » (*Id.*). Le professeur Pédamon précise que « ce contrat préliminaire n'est réglementé ni par le *BGB* ni par aucune loi postérieure mais il a toujours été admis et reconnu par le droit allemand sur le fondement de la liberté contractuelle » (M. PÉDAMON, préc., note 232, n° 50, p. 39). L'*Optionsvertrag* ou contrat à option ressemble également à la promesse de contrat connue en droit québécois et français. Il s'agit d'un « contrat qui confie à l'une des parties un droit d'option (*Optionsrecht*), le droit de donner naissance immédiatement par une déclaration unilatérale de volonté à un rapport contractuel dont le contenu est d'ores et déjà fixé ou de prolonger ce rapport contractuel » (*Id.*, n° 51, p. 40).

²⁷¹Henri TURGEON, « Droit et pacte de préférence », (1951-1952) 54 *R. du N.* 393, 396.

²⁷²D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 285, p. 161. Les professeurs Jobin et Vézina définissent quant à eux le pacte de préférence comme « un accord en vertu duquel une partie s'engage, pour le cas où elle déciderait de passer un contrat, d'offrir d'abord au cocontractant de passer ce contrat » (J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 189, p. 305). Pour les

peut être conclu dans tout domaine, mais c'est généralement dans celui de la vente immobilière qu'il intervient. Monsieur Turgeon qui a consacré une large étude à ce contrat préparatoire, définit précisément le pacte de préférence en matière de vente immobilière comme « une convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage vis-à-vis une autre personne, pour le cas où il aliénerait cette chose, à la vendre à cette personne de préférence à toute autre »²⁷³. Bien que très utilisé par la pratique²⁷⁴ en droit québécois et français, le droit allemand ne semble pas connaître cette ultime formule, car le pacte de préférence « s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle »²⁷⁵.

Nous venons de le voir, la liberté contractuelle s'exprime durant les négociations à travers la possibilité de formaliser les pourparlers. Elle s'illustre enfin à travers le droit reconnu aux cocontractants potentiels de mener des négociations parallèles.

professeurs Pineau et Gaudet, le pacte de préférence est « un contrat par lequel une personne s'engage envers une autre, qui accepte, à ne pas conclure tel contrat avec un tiers, avant d'avoir préalablement fait au créancier de cette promesse l'offre de conclure ce contrat aux conditions qu'elle aurait faites au tiers » (J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 62.1, p. 142). Pour une définition du pacte de préférence de la doctrine française voir notamment les propos des professeurs Larroumet et Bros selon qui les pactes de préférence sont des contrats en vertu desquels « l'une des parties à l'éventuel contrat définitif s'oblige à conclure celui-ci avec telle personne à l'exclusion de toute autre pour le cas où elle déciderait effectivement de le conclure » (Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 295, p. 256). Le pacte de préférence est depuis la réforme intervenue par l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 défini à l'article 1123 du Code civil français comme un « contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

²⁷³H. TURGEON, préc., note 271, 398.

²⁷⁴*Viel c. Entreprises immobilières du Terroir Inc.*, 2002 CanLII 63135 (QC C.A.) ; *9099-7594 Québec Inc. c. Les investissements Imqua Inc.*, REJB 2001-25144 (C.S.).

²⁷⁵M. PÉDAMON, préc., note 232.

§ 3 : Liberté de mener des négociations parallèles

Mener des négociations parallèles revient à entrer en pourparlers de manière distincte avec plusieurs cocontractants potentiels différents. Rien n'interdit dans le droit positif québécois la possibilité pour les parties en pourparlers de recourir à des négociations parallèles. Ainsi, « à moins d'une entente entre les parties ou de circonstances très particulières, chacune des parties à la négociation restera libre de recevoir des propositions d'autrui ou même d'entamer elle-même des négociations parallèles »²⁷⁶.

Cette possibilité découle directement du « principe sacré de la liberté de commerce »²⁷⁷ et de la libre concurrence qui sont « des valeurs pleinement reçues dans notre société et notre droit »²⁷⁸. Il est tout à fait légitime pour les acteurs économiques d'envisager toutes les possibilités avant de s'engager sur le long terme à travers le contrat. Cela permet de comparer les avantages et les inconvénients qu'il y aurait à contracter avec l'un ou l'autre des cocontractants potentiels. Envisager d'entrer en relation contractuelle avec un concurrent peut même être un outil important dans la négociation car cela permet de faire jouer la concurrence. Il s'agit d'un élément extrêmement important pour les négociateurs : ne pas indiquer à son partenaire le fait d'entretenir des négociations parallèles participe de la stratégie économique de l'opération. Cette compétition entre les divers acteurs économiques est un des fondements

²⁷⁶J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 17.4, p. 41. Voir dans le même sens : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.3, p. 126 : « les parties peuvent (...) mener des négociations parallèles » ; B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 144-146.

²⁷⁷*Vachon c. Lachance*, préc., note 184, par. 41.

²⁷⁸Pierre-Gabriel JOBIN, *Le louage de choses*, coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 590. Propos repris dans : *Société immobilière Trans-Québec Inc. c. 2981092 Canada Inc.*, 1998 CanLII 13209 (QC C.A.).

de l'économie de marché et du libéralisme. Ainsi, il apparaît indispensable de préserver ces « valeurs pleinement reçues dans notre société »²⁷⁹ à travers le droit pour les individus de mener des négociations parallèles.

Ce jeu de la concurrence s'observe très bien dans l'arrêt *Compagnie France Film Inc. c. Imax Corp.*²⁸⁰. Dans cette affaire, deux compagnies, Naturalium et France Film, sont en concurrence afin de conclure un contrat et d'obtenir une licence d'exploitation d'un cinéma Imax dans la ville de Québec. Les représentants d'Imax envoient un projet de contrat à France Film mais aussi à Naturalium indiquant le fait qu'une décision finale serait prise avant le 22 décembre 1993. Le 17 décembre 1993, Naturalium finit par décrocher le contrat auprès d'Imax Corporation. France Film poursuit Imax pour violation de l'entente qu'elle prétend avoir définitivement signée avec elle et le fait d'avoir agi de mauvaise foi en négociant en parallèle avec Naturalium. Le juge de première instance estime qu'une partie peut négocier avec plusieurs partenaires éventuels en même temps. France Film fait alors appel de la décision. La juge Rousseau-Houle, en appel, considère que l'on savait « depuis le début des pourparlers qu'Imax négociait également avec Naturalium (...) [France Film] voulai[t] empêcher Naturalium de conclure une entente finale avec Imax avant [elle] »²⁸¹. Si bien qu'elle conclut que « la position d'Imax vis-à-vis les deux concurrents a été correcte, chacune avait sa chance. Il s'agissait de voir qui arriverait le premier à faire un dépôt et à signer un contrat »²⁸².

²⁷⁹P.-G. JOBIN, préc., note 278, 590.

²⁸⁰*Compagnie France Film Inc. c. Imax Corporation*, 2001 CanLII 18466 (QC C.A.).

²⁸¹*Id.*, par. 37.

²⁸²*Id.*, par. 38.

Les droits français et allemand ne diffèrent pas du droit québécois en la matière en ce qu'ils reconnaissent également la liberté pour les cocontractants potentiels de mener des négociations parallèles²⁸³. Au sujet du droit français, les professeurs Terré, Simler et Lequette rappellent que « la liberté contractuelle suppose qu'on puisse mener des pourparlers parallèles, comparer diverses propositions, choisir les plus avantageuses et donc rompre avec ceux qui ont émis celles qui le sont moins »²⁸⁴.

L'arrêt récent de la Cour d'appel de Bourges²⁸⁵ met en relief la question des pourparlers parallèles. Dans cette affaire, les parties ont souhaité formaliser les pourparlers qui avaient cours entre elles. Le 21 décembre 2007, les consorts Boussard ainsi que Monsieur Poulet et l'EARL de Pieberri signent un acte intitulé « protocole d'accord » qui vise l'acquisition par les consorts Boussard de la propriété agricole de Monsieur Poulet, de Madame Pilar Poulet et de l'EARL de Pieberri. Les pourparlers ayant été rompus, ces derniers saisissent le tribunal de grande instance de Châteauroux pour qu'il constate la caducité du « protocole d'accord ». Le 22 mars 2011, le tribunal accède à la requête des demandeurs. Les consorts Boussard font appel de cette décision et demandent à la Cour d'appel de Bourges la résolution du protocole aux torts et griefs de Monsieur Christian Poulet et l'EARL de Pieberri pour rupture fautive des pourparlers du fait, notamment, de la conduite de négociations parallèles. Néanmoins, la Cour d'appel estime qu' :

²⁸³Seul Monsieur Fontaine semble avoir émis des doutes quant à la possibilité de mener des négociations en parallèle. Voir à ce sujet l'article suivant : Michel FONTAINE, « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », (1977) *DPCI* 73.

²⁸⁴François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., coll. « Précis. Droit privé », Paris, Dalloz, 2013, p. 190.

²⁸⁵Bourges, 23 févr. 2012, *Juris-Data* n° 2012-021107.

« il n'est justifié d'aucun élément permettant de considérer que la rupture des négociations entre les parties serait imputable à un comportement fautif de Monsieur Christian Poulet et de l'EARL de Pieberri qui disposaient de la faculté de poursuivre des négociations parallèles avec une autre personne physique ou morale susceptible de se révéler mieux disante »²⁸⁶.

Cet argument est d'autant plus valable que le « protocole d'accord » ne contenait aucune clause d'exclusivité des négociations.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Versailles²⁸⁷ retient que le défendeur avait le droit de mener des pourparlers parallèles, car ces derniers ont été entamés après l'expiration de la clause d'exclusivité conclue avec le premier partenaire potentiel. L'une des parties avait en effet été surprise d'apprendre que le contrat allait finalement être conclu avec un tiers, avec lequel des négociations avaient secrètement débuté.

À ce stade, la question se pose de savoir si le cocontractant potentiel qui négocie en parallèle avec un tiers doit dévoiler cette information à son partenaire. La réponse à cette question est facile à apporter lorsqu'une clause de sincérité a été imposée à l'un des cocontractants potentiels. En effet, la clause d'exclusivité²⁸⁸ ou de sincérité « met à la charge de son débiteur l'obligation de révéler au cocontractant toute négociation qu'il aurait engagée ou engagerait avec un tiers »²⁸⁹. En revanche, en l'absence d'une telle clause, la réponse offerte en droit québécois, français ou allemand ne semble pas encore clairement définie.

²⁸⁶*Id.*, p. 6.

²⁸⁷Versailles, 10 sept. 2009, *Juris-Data* n° 08-04982.

²⁸⁸*Infra*, nbp 510.

²⁸⁹J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 36, p. 27.

Au sujet du droit québécois, la professeure Lefebvre estime que si la question de la tenue de négociations parallèles est posée au cocontractant potentiel ou bien que son partenaire croit en l'unicité de la négociation, le cocontractant potentiel « devra alors donner l'heure juste »²⁹⁰.

En droit français, la Cour de cassation a estimé en 1992 que « les partenaires peuvent (...) conduire de front plusieurs négociations *sans même avoir à en informer leurs interlocuteurs respectifs* »²⁹¹. Quelques années plus tard, la Cour d'appel de Paris a estimé « qu'il ne saurait être reproché à la société Immobilière Bourdon de n'avoir pas informé la société La plateforme de l'existence d'autres candidats à l'achat (...) la société immobilière Bourdon restant juge de ses intérêts et de l'opportunité d'en aviser son interlocuteur »²⁹².

Plus récemment, la Cour d'appel de Douai²⁹³ a confirmé le jugement du Tribunal de commerce de Dunkerque du 18 septembre 2006 au motif que :

« la Sarl Florence n'a commis aucune faute, n'étant liée avec la Sa Yves Rocher par aucune obligation d'exclusivité ni droit de préférence et étant libre de rechercher à tout moment un autre acquéreur susceptible de réunir au mieux les conditions qui étaient importantes pour elle [et que] le simple silence sur

²⁹⁰B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 145. Voir dans le même sens : J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-70, p. 54 : « en décidant de divulguer l'existence de négociations parallèles, elle satisfait plus facilement à son obligation de bonne foi en cas de rupture des négociations ». De même, pour les professeurs Jobin et Vézina, chaque partie peut mener des négociations parallèles « sans le divulguer (à condition de ne pas mentir à ce sujet et de ne pas s'être engagée à négocier exclusivement) » (J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 136, p. 225). L'ouvrage des professeurs Lluellas et Moore sur les obligations ainsi que celui des professeurs Pineau et Gaudet, n'évoquent pas cette question.

²⁹¹Com. 15 déc. 1992, *RTD civ.* 1993.577, obs. Mestre. Nous avons ajouté les italiques. Également dans le même sens : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 710, p. 514.

²⁹²Paris, 16 mars 2004, *Juris-Data* n° 2004-245517.

²⁹³Douai, 27 mars 2008, *Juris-Data* n° 2006-06160.

l'existence d'une autre négociation ne peut, en soi, être considéré comme fautif, le fait de taire les autres possibilités dont on dispose relevant d'un choix stratégique, ce dont chacun est libre dans toute discussion particulièrement en matière commerciale »²⁹⁴.

Cette affaire concerne deux sociétés : la Sarl Florence qui exploite plusieurs fonds de commerce de maroquinerie et la Sa Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher (ci-après « Sa Yves Rocher»). Ces sociétés entrent en pourparlers dans le but, pour la Sa Yves Rocher, d'acquérir le fonds ou le droit au bail des locaux de la Sarl Florence, situés à Dunkerque. La Sarl Florence, en raison de difficultés financières, décide en effet de s'en départir. Divers courriers sont échangés entre les sociétés. Un accord intervient même sur divers points. Mais le 29 janvier 2004, la Sa Yves Rocher apprend que la Sarl Florence a fait affaire avec un autre acquéreur. Déçue, elle formule une demande en dommages-intérêts auprès des juridictions en réparation de ses préjudices. Selon elle, la Sarl Florence a commis une faute en négociant parallèlement avec un autre acquéreur potentiel sans l'en informer et en rompant brutalement et abusivement les pourparlers. Plus précisément, pour la Sa Yves Rocher, la Sarl Florence a créé l'illusion qu'elle contracterait avec elle et a conservé un silence coupable en ne l'informant pas de ses intentions quant à la mise en concurrence de plusieurs acquéreurs possibles.

Il semblerait que l'état du droit soit similaire dans le cadre de négociations parallèles menées non pas lors d'une négociation mais d'une renégociation d'un contrat. D'après le professeur Deshayes en effet, « l'exécution de bonne foi des contrats n'implique pas le devoir pour le

²⁹⁴*Id.*

contractant qui négocie la reconduction du contrat de révéler à l'autre l'état de ses négociations avec les tiers »²⁹⁵.

Le fait de taire l'existence de pourparlers parallèles semble légitime en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie. Un tel secret participe également d'un choix qui peut s'avérer particulièrement stratégique et bénéfique. En revanche, on pourrait tout aussi bien considérer que ne pas divulguer l'information suivant laquelle on mène des négociations parallèles avec d'autres cocontractants potentiels entretient l'illusion suivant laquelle les pourparlers vont aboutir ou sont du moins en bonne voie.

Nous considérons qu'un juste équilibre est nécessaire en la matière. Ainsi, les parties ne devraient pas être obligées de dévoiler l'existence de négociations concurrentes quand la question ne leur est pas posée. Néanmoins, elles devraient l'être à partir du moment où la question est soulevée. Toutefois, on ne devrait pas forcer un cocontractant potentiel à révéler l'état des négociations parallèles. Une distinction est donc à faire entre le fait de reconnaître l'existence de pourparlers avec d'autres partenaires potentiels et celui d'indiquer l'état même de ces pourparlers. Cette situation nous paraît limiter l'atteinte au principe de la liberté contractuelle et par extension à la liberté de mener des négociations en parallèle tout en établissant un minimum de confiance entre les partenaires potentiels en évitant à l'un d'eux de mentir.

Par ailleurs, la responsabilité du tiers qui contracte avec la personne qui était en négociation avec une autre personne ne peut être engagée. Cette solution a été retenue en droit français

²⁹⁵Olivier DESHAYES, « La conclusion du contrat », *R.D.C.* 2013.2.741.

dans le célèbre arrêt *Manoukian*²⁹⁶ de la Cour de cassation. Dans cette affaire, la société Manoukian avait mené des pourparlers pour acheter les actions d'une société qui ont été cédées à un tiers. Elle a assigné non seulement le vendeur, mais également l'acquéreur tiers.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et déclaré que :

« 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 manœuvres frauduleuses »²⁹⁷.

Enfin, la liberté de mener des pourparlers simultanément avec plusieurs partenaires potentiels implique la faculté de ne pas motiver le choix d'un contractant particulier ni les critères retenus pour ce faire.

Le droit de mener des négociations parallèles peut toutefois être limité contractuellement. Les parties peuvent conclure une clause ou une stipulation d'exclusivité ou de non-concurrence. Ainsi, « [s]'il y a une interdiction expresse, des négociations parallèles auraient la même conséquence qu'une violation de toute autre obligation expresse d'agir de bonne foi au cours des négociations »²⁹⁸. Cet élément a notamment été confirmé par la jurisprudence dans l'affaire *Dostie c. Sabourin*²⁹⁹. Dans cette affaire, Monsieur Dostie a manqué à son

²⁹⁶Com. 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 186, D. 2004.869, obs. Dupré-Dallemagne, J.C.P. E. 2004.738, note Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2004.80 obs. Mestre et Fages, *R.D.C.* 2004/257, note Mazeaud, CCE 2004.31, note Stoffel-Munck, n° 00-10243 et n° 00-10949, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049778&fastReqId=2096429140&fastPos=1>.

²⁹⁷*Id.*

²⁹⁸Ugo DRAETTA et Ralph LAKE, « Letters of intent and precontractual liability », (1993) 7 *International Business Law Journal* 835, 855.

²⁹⁹*Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.).

engagement de ne pas faire en ne respectant pas une clause de non-concurrence conclue entre lui et Monsieur Sabourin³⁰⁰.

La liberté contractuelle, principe au cœur du droit québécois des contrats, trouve de nombreuses applications durant les pourparlers comme le fait de pouvoir mener des négociations en parallèle. Elle intervient également lors de la rupture des pourparlers dans la mesure où les individus peuvent rompre à tout moment cette phase de négociation et d'élaboration du contrat.

Section 3 : La liberté contractuelle au moment de la rupture des pourparlers

La question de la rupture des pourparlers est à l'origine d'un contentieux important. Déçus en raison de l'issue défavorable des négociations contractuelles, certains cocontractants potentiels ont remis en cause la liberté de leur ancien partenaire potentiel de rompre les négociations. En vertu de la liberté contractuelle, les acteurs sont libres de rompre les négociations (§ 1), quoiqu'il existe quelques tempéraments (§ 2).

§ 1 : La liberté de rompre les pourparlers

La volonté est le fondement juridique du contrat. Mais quand on parle de la rencontre de volonté, on parle de la volonté des deux parties en présence. Pour qu'un contrat soit valable, il faut donc que les deux parties au contrat souhaitent se lier. Le contrat n'existe pas si seulement une des parties souhaite s'engager. De ce fait, le principe de la liberté contractuelle « est le

³⁰⁰Pour une étude approfondie relative aux clauses de non-concurrence, voir notamment : David BOSCO, « Comparaisons franco-suisses autour des clauses de non-concurrence », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, coll. « Institut de Droit des Affaires. Centre de Droit Économique », Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 115.

droit que possède chaque individu de s'engager par contrat de son plein gré quand il le désire, avec qui il veut et aux conditions qu'il juge à propos »³⁰¹. Si bien que si ces conditions ne sont pas réunies, « une personne ne peut être contrainte de s'engager si elle ne le souhaite pas »³⁰². Il y a donc bien « liberté de conclure des contrats ou de n'en pas conclure »³⁰³.

Il est à noter que la rupture des pourparlers peut se faire de manière unilatérale ou bilatérale, lorsqu'elle intervient à la suite d'un commun accord entre les parties. En pratique, on peut penser qu'un grand nombre des ruptures sont bilatérales même si l'on en entend moins parler, car les deux parties sont d'accord pour mettre fin à la relation précontractuelle ce qui ne génère aucun contentieux.

Parfois même, alors que la rupture des pourparlers s'est faite de manière unilatérale, les parties réussissent à s'entendre sur les conséquences de celle-ci évitant ainsi tout contentieux. Néanmoins, lorsqu'une telle rupture est « réalisée "de convenance" entre les intéressés »³⁰⁴, ces derniers ne peuvent revenir sur cet accord et saisir les tribunaux afin de contester la décision unilatérale de leur ancien partenaire de rompre les pourparlers. C'est ce qui ressort d'une décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 19 janvier 2001³⁰⁵. Dans cette affaire, des pourparlers sont engagés entre les époux Ippolito et M^{me} Nouyrigat au sujet de l'achat par cette dernière de l'appartement des époux situé au 15 boulevard du Palais à Paris au prix de

³⁰¹J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 88, p. 144.

³⁰²F. LEVESQUE, préc., note 21, p. 26.

³⁰³M. CARON, préc., note 223, 21.

³⁰⁴Paris, 25^e ch. A, 19 janv. 2001, *Ippolito c. Nouyrigat*, inédit.

³⁰⁵*Id.* Affaire commentée par Jacques MESTRE et Bertrand FAGES dans « Les pourparlers peuvent aussi se rompre à l'amiable », *RTD civ.* 2001.350.

5,8 millions de francs. Intéressée, M^{me} Nouyrigat remet aux vendeurs, le 4 puis le 8 septembre 1994, un acompte de 100 000 francs chacun. De plus, elle s'engage à payer avant le 15 janvier 1995 la totalité de la somme pour l'achat de l'appartement. Toutefois, le 14 septembre 1994, alors qu'un rendez-vous est pris chez le notaire de M^{me} Nouyrigat pour formaliser la vente, cette dernière rompt les pourparlers. Face à cette rupture unilatérale des pourparlers, et au lieu de poursuivre M^{me} Nouyrigat, les époux Ippolito trouvent un accord à l'amiable avec elle qui sera formalisé le même jour par acte sous seing privé. Dans cet accord, les époux s'engagent à rembourser à M^{me} Nouyrigat la somme de 200 000 francs ainsi que son prêt de 70 000 francs une fois que leur appartement sera vendu. Or, bien que la vente avec un tiers soit intervenue en juin 1995, les époux ne remboursent pas M^{me} Nouyrigat. Cette dernière saisit le juge en octobre 1996. Les époux Ippolito sont condamnés par le tribunal. Ils forment devant la Cour d'appel de Paris une demande reconventionnelle en dommages-intérêts pour rupture fautive de pourparlers de vente. Cette demande est rejetée par la Cour au motif que :

« les époux Ippolito en signant l'acte du 14 septembre 1994, n'ont pas estimé devoir réclamer à M^{me} Nouyrigat une indemnité d'immobilisation, ni protesté et se sont satisfaits d'obtenir un prêt sans intérêt puisqu'ils n'ont pas assigné M^{me} Nouyrigat en exécution forcée du rendez-vous notarié afin que soit délivré un procès-verbal de carence »³⁰⁶.

À la Cour de conclure : « il suit que les époux Ippolito sont mal venus à se prévaloir maintenant d'une faute de M^{me} Nouyrigat »³⁰⁷.

Lorsque la rupture des pourparlers intervient de manière unilatérale sans qu'aucun accord ne puisse régler les conséquences de la fin des relations entre les parties en présence, le droit ne

³⁰⁶ *Id.*

³⁰⁷ *Id.*

reconnaît en principe pas pour autant la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de la rupture. En effet, toute rupture de pourparlers est *a priori* licite. Comme le soulignent les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, « [l]a règle générale est donc que la seule rupture des négociations ne suffit pas en soi à engendrer une responsabilité civile »³⁰⁸.

La liberté contractuelle implique donc non seulement la liberté de contracter mais également la liberté de ne pas contracter. Le droit de rompre les négociations est un droit presque absolu³⁰⁹. Les négociations sont une étape par nature incertaine et risquée. Rien ne peut garantir aux parties qui décident de négocier un contrat potentiel qu'elles vont finalement s'entendre et le conclure. Les négociations sont un risque que les parties ont accepté. L'échec des pourparlers et le refus de contracter font partie du jeu. D'ailleurs, comme son nom l'indique, les pourparlers existent « pour-parler ». Ils sont une étape de discussion et ne peuvent obliger les parties en présence à conclure un contrat.

Le juge Lebel a rappelé ce principe fondamental dans l'affaire *Vachon c. Lachance* en indiquant que « [l]e droit québécois reconnaît clairement la liberté de contracter »³¹⁰. En vertu de la liberté contractuelle, rares sont les tribunaux québécois qui sanctionnent une partie pour rupture des pourparlers. C'est pourquoi on parle régulièrement de la timidité des juges en la matière. Peu d'entre eux acceptent effectivement d'intervenir pour condamner l'auteur d'une rupture des pourparlers. En agissant de la sorte, les juges affirment la liberté de chacun de rompre les pourparlers lorsqu'ils n'ont plus l'intention de conclure le contrat envisagé.

³⁰⁸J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-68, p. 52.

³⁰⁹*Infra*, p. 82-93.

³¹⁰*Vachon c. Lachance*, préc., note 184, par. 22.

Ce principe est de jurisprudence constante³¹¹. Il fut récemment rappelé dans l'affaire *Singh c. Kohli*³¹² qui oppose Joginder Singh, fondateur et président de la compagnie Kripa Energy Inc. à Daljit Kohli, un entrepreneur et Subhash Khanna qui représente la société Trio Properties Ltd. À la mi-novembre 2010, les parties se rapprochent afin de discuter de la possibilité pour Daljit Kohli et la société Trio Properties Ltd. d'investir dans Kripa Energy Inc. Un *Memorandum of Understanding* prévoit que Monsieur Kohli et la société Trio Properties Ltd. achètent des actions de l'entreprise créée par Monsieur Singh pour un prix total de 675 000 dollars en échange de quoi les trois parties partageront le contrôle de Kripa Energy Inc. Monsieur Singh rencontre l'avocat de Monsieur Kohli afin de rédiger une nouvelle convention des actionnaires. Or, le 27 novembre 2010, les pourparlers échouent parce que les co-actionnaires de Monsieur Singh ne voulaient pas que le contrôle de Kripa Energy Inc. soit partagé avec Monsieur Kohli et la société Trio Properties Ltd.

Daljit Kohli et la société Trio Properties Ltd. assignent Monsieur Singh en responsabilité contractuelle pour rupture abusive du *Memorandum of Understanding* et réclament, dans le cas où cette première requête serait rejetée, le versement de dommages et intérêts au titre du préjudice subi du fait du comportement fautif de Monsieur Singh durant les pourparlers. Le 28 juin 2013, l'honorable Chantal Corriveau, juge à la Cour supérieure, statue en faveur des demandeurs. Selon la juge, un accord a été conclu entre les parties dans la mesure où « *Mr. Singh agreed to the terms of the [Memorandum of Understanding]* » à la mi-novembre 2010. Joginder Singh porte la décision en appel. Le 30 juin 2015, l'honorable Marie-France Bich,

³¹¹*Id.* ; *Friedman c. Ruby*, 2012 CanLII 1778 (QC C.S.), par. 48, 79 et 86 ; *Jolicoeur c. Rainville*, 2000 CanLII 30012 (QC C.A.), par. 51 et 52.

³¹²*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

juge à la Cour d'appel, accède à sa demande au motif que le *Memorandum of Understanding* n'est pas un contrat mais un simple accord précontractuel à travers lequel les parties décident seulement de poursuivre les négociations. Effectivement, de nombreux éléments du contrat envisagé devaient encore faire l'objet d'un accord. Par ailleurs, l'honorable Marie-France Bich précise que le seul fait de se retirer des négociations conformément à sa liberté contractuelle ne suffit pas à établir la violation du devoir de négociier de bonne foi. En effet :

« [f]reedom of contract, as a demonstration of free will, which entails freedom not to enter into a contract, is the rule. In and of itself, refusal to enter into a contract is not considered blameworthy and no personal liability may ensue from such a refusal, whatever the reasons may be »³¹³.

De plus,

« freedom to contract or not to contract being the ultimate discretionary right (...) the fact that one of the parties may have had high expectations about the outcome of the negotiations is not conclusive in itself : one's disappointment does not indicate bad faith in the other »³¹⁴.

Plus tôt, dans l'arrêt *Friedman c. Ruby*³¹⁵, la Cour supérieure avait précisé que Stephen Ruby, défendeur, était en droit de ne plus vouloir faire affaire avec le demandeur, Jeffrey Friedman, sans voir sa responsabilité engagée. Les faits de cet arrêt sont les suivants : Jeffrey Friedman souhaitait acheter une affaire qui deviendrait son occupation professionnelle principale et représenterait la source principale de ses revenus. Il rencontre à cette fin le Président de Jonar Systems Inc., Stephen Ruby. Les deux parties semblent toutes deux particulièrement intéressées par le projet de faire affaire ensemble. Ainsi, les deux hommes se rencontrent régulièrement et ils échangent différents documents comme une lettre d'intention au cours des

³¹³*Id.*, par. 66.

³¹⁴*Id.*, par. 74 et 75.

³¹⁵*Friedman c. Ruby*, préc., note 311.

pourparlers. Jeffrey Friedman est même présenté à l'équipe de l'entreprise de Stephen Ruby pour la traditionnelle fête de Noël en décembre 2007. Il est également convenu entre les deux hommes que Monsieur Friedman viendrait régulièrement au sein des locaux de l'entreprise à partir de janvier 2008 afin de compléter son travail de vérification diligente. Le 7 février 2008, Jeffrey Friedman et Stephen Ruby signent une lettre d'intention qui ne contient néanmoins aucune date ou délai prévoyant la conclusion de l'accord final. Stephen Ruby a par la suite déclaré ne plus être satisfait par le document tel que rédigé et notamment par les dispositions relatives aux politiques d'assurance vie. Il envoie alors un nouveau document qui est loin de satisfaire Monsieur Friedman. L'avocat de ce dernier adresse un message au Président de Jonar Systems Inc. afin d'exprimer son mécontentement quant à la tournure des événements. L'avocat estime que :

« [o]nce again, your client has wasted our client's time and resources by falsely leading him on. To be clear, what you have sent is a completely new deal and one that is wholly unacceptable to our client. Due to the long series of stalls and capricious but material requested changes, your client has demonstrated an unequivocal bad faith refusal to implement the terms of the Letter of Intent (...) Mr. Friedman has to be compensated for six months of time and effort spent for the benefit of Jonar and your client. He expended that effort predicated upon his reliance that Mr. Ruby was acting in good faith and that therefore the deal would close. There is also the matter of lost opportunity, damage to reputation »³¹⁶.

La question se pose à la Cour de savoir si le comportement de Monsieur Ruby est acceptable. Selon elle, le demandeur n'apporte pas la preuve suivant laquelle le défendeur a manqué, durant les pourparlers et par son comportement, aux exigences de la bonne foi. Par ailleurs, le défendeur était en droit de ne plus vouloir faire affaire avec le demandeur.

³¹⁶*Id.*, par. 23.

De même, dans l'arrêt *Emballages Box Pack Inc. c. Emballages DG Inc.*³¹⁷, la juge de première instance a estimé que bien que l'entente conclue crée certaines obligations dont la négociation de bonne foi, les parties ne sont pas tenues de s'entendre.

Enfin, pour donner un autre exemple de la liberté laissée aux parties de rompre les pourparlers, nous pouvons évoquer l'affaire *Jolicoeur c. Rainville*³¹⁸. Dans cette affaire, la juge Otis de la Cour d'appel, explique que « la liberté contractuelle peut comprendre le droit de rompre les négociations »³¹⁹. Les faits qui ont conduit à cette affaire sont les suivants : Jean Jolicoeur cherche depuis l'automne 1989 des sources de financement pour Joliance dont il est le principal actionnaire afin d'acquitter des dettes échues. Il rencontre à cette fin André Rainville, un investisseur à la recherche d'un placement financier avantageux. Après que l'intimé eut visité l'immeuble, les parties signent le 23 février 1990, un document prévoyant l'association éventuelle des deux hommes d'affaires. La formation de la future société était conditionnelle à l'obtention d'un prêt hypothécaire. Monsieur Rainville poursuit seul la réalisation de certains des objectifs de l'entente en procédant à la constitution d'une compagnie. Jean Jolicoeur, pour sa part, n'a jamais poursuivi la réalisation des objectifs de l'écrit du 23 février 1990. Il s'est totalement désintéressé de son association éventuelle avec Monsieur Rainville pour choisir, en avril 1990, de vendre son immeuble de Hawkesbury à St-Lawrence Textile Inc. André Rainville forme une action en dommages-intérêts contre Jean Jolicoeur. Il fonde sa réclamation sur l'existence d'un contrat inexécuté par Monsieur Jolicoeur. L'action est accueillie par le juge Arsenault, le 30 janvier 1996, au motif que le défendeur n'avait pas

³¹⁷*Emballages Box Pack Inc. c. Emballages DG Inc.*, 2009 CanLII 1968 (QC C.S.), par. 99.

³¹⁸*Jolicoeur c. Rainville*, préc., note 311.

³¹⁹*Id.*, par. 52.

rempli son obligation contractuelle et que Monsieur Rainville devait être indemnisé du profit dont il avait été privé. Jean Jolicoeur fait appel de la décision. Selon l'honorable Louise Otis, la responsabilité précontractuelle peut être engagée si l'on ne respecte pas l'obligation de négocier de bonne foi dans le contexte d'un précontrat ce qui n'est pas le cas de l'appelant qui n'a commis aucune faute précontractuelle susceptible d'engager sa responsabilité.

L'état du droit français est similaire. Le nouvel article 1112 rappelle à l'alinéa premier que « [l]'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres »³²⁰. Le droit de rupture unilatérale des pourparlers en vertu de la liberté contractuelle a été répété à plusieurs reprises³²¹ depuis l'arrêt de la Cour d'appel de Pau de 1969³²². Dans cet arrêt, les

³²⁰Nous soulignons.

³²¹Voir notamment : Com. 12 janv. 1999, n° 96-14604, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007399722&fastReqId=1195905506&fastPos=1>> ; Com. 26 nov. 2003, préc., note 296 ; Civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164, D. 2006.2963, note Mazeaud, J.C.P. 2006.II.10130, *RTD civ.* 2006.754, obs. Mestre et Fages, *RTD civ.* 2006.770, obs. Jourdain, n° 04-20040, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007053081&fastReqId=456849993&fastPos=1>> ; Com. 20 nov. 2007, n° 06-17289, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007626821&fastReqId=407426905&fastPos=1>> ; Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n° 5, D. 2009.297, *RTD civ.* 2009.113, obs. Fages, *AJDI* 2009.298, obs. Dumont-Lefrand, n° 07-20783, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000020065713&fastReqId=121838424&fastPos=1>> ; Com. 4 mai 2010, n° 09-14415 qui juge que « le fait de ne pas poursuivre les négociations ne constitue pas une faute », en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022187217&fastReqId=1987106909&fastPos=2>> ; Com. 9 nov. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 172 ; Civ. 3^{ème}, 11 juin 2014, n° 13-18869, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029083542&fastReqId=1186745354&fastPos=1>>. Voir également : « en matière de pourparlers, la rupture n'est jamais à elle seule constitutive d'une faute » (Mustapha MEKKI, « Absence de rupture abusive des pourparlers en présence de ... simples pourparlers ! », *Gaz. Pal.* 2016.34.21).

juges ont déclaré qu'« on ne saurait sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers »³²³. De même, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Riom le 10 juin 1992, les juges ont considéré que « [l]a liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment des pourparlers »³²⁴.

Récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé « qu'il n'existe aucune obligation de conclure le contrat en cours de négociation »³²⁵. Cette affaire concerne la société CND qui exploite un restaurant italien, « La Cantina », à Saint-Rémy-de-Provence, et la société BPA restauration, un restaurant-salon de thé basé à Avignon sous le nom commercial de « La Compagnie des comptoirs ». Ces sociétés entrent en pourparlers début 2010 au sujet de l'éventuelle reprise du fonds de commerce de la société CND par la société BPA. La société CND rompt les pourparlers. Pour la société BPA, il s'agit d'une rupture brutale des pourparlers pourtant proches de la finalisation. La Cour d'appel n'accède toutefois pas à sa demande au motif qu'il n'était pas établi qu'il y ait eu un accord sur tous les éléments faisant partie de la cession comme le prix. La société BPA forme un pourvoi en cassation. La Cour de cassation estime que seul l'abus dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers peut donner

³²²Pau, 14 janv. 1969, D. 1969.716, *RTD civ.* 1970.358, obs. Durry.

³²³*Id.*

³²⁴Riom, 10 juin 1992, *RTD civ.* 1993.343, obs. Mestre.

³²⁵Com. 16 févr. 2016, *Gaz. Pal.*, 2016.16.21, note Houtcieff, n° 13-28448, en ligne : < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032088638&fastReqId=1043708567&fastPos=1>>.

lieu à indemnisation. Or, les pourparlers n'étaient pas aussi avancés que la société BPA le prétendait. Dans ces conditions, la société CND était en droit de rompre les pourparlers.

En droit allemand également, « *everyone is free to reject the conclusion of a contract* »³²⁶ ce qui s'appelle l'*Abschlußfreiheit*. Les professeurs Markesinis, Unberath et Johnston justifient un tel positionnement du droit allemand en considérant que « *[i]f they were not free to do so, the law would implicitly impose on them (or at least one of them) an obligation to enter into a contract* »³²⁷, ce qui « *would undermine a central aspect of freedom of contract, namely to be free to enter into a contract* »³²⁸.

La question que l'on peut se poser à ce stade est celle de savoir pourquoi certains cocontractants potentiels font le choix de rompre les pourparlers dans lesquels ils sont engagés depuis parfois longtemps. Les raisons foisonnent. Principalement, la rupture intervient quand le projet négocié ne convainc pas l'une des parties pour des raisons économiques et qu'une option plus avantageuse se présente ailleurs. Ainsi, « le droit de rompre (...) peut être justifié par (...) des impératifs économiques »³²⁹. C'est pourquoi les juges québécois accordent une place substantielle aux facteurs économiques lorsqu'ils sont amenés à statuer sur l'opportunité de la rupture des pourparlers précontractuels³³⁰. Un autre motif de rupture réside dans la perte de confiance dans le partenaire, soit parce que de faux documents comptables ont été

³²⁶B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 46.

³²⁷*Id.*, p. 100.

³²⁸*Id.*

³²⁹Brigitte LEFEBVRE, « La négociation d'un contrat : source potentielle de responsabilité extracontractuelle », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 571, à la p. 586.

³³⁰Bien entendu, cette remarque vaut pour d'autres systèmes juridiques comme la France.

échangés, soit parce qu'aucun document n'a été fourni en dépit des demandes. On peut aussi évoquer la « volonté de réserver à des précédents concessionnaires la conclusion de nouveaux contrats de préférence à de nouveaux venus [ou] la rupture ou l'établissement de liens avec un groupe ami ou adversaire »³³¹. Enfin, on peut penser au cas où des dissensions profondes se feraient jour entre les négociateurs.

Pour résumer, « [s]'il y a bien *freedom of contract*, il y a aussi *freedom of non-contract* (...) la négociation précontractuelle est, en principe, libre induisant donc que chacun conserve la possibilité, mieux le droit absolu de renoncer, et même de changer d'avis »³³². Néanmoins, la liberté de ne pas contracter est soumise à certains tempéraments.

§ 2 : Quelques tempéraments à la liberté de rupture des négociations

L'approche classique relative à la liberté contractuelle consiste à reconnaître le principe de la liberté de rompre les pourparlers. Mais comme tout principe, ce dernier est soumis « à des tempéraments et à des exceptions »³³³.

Bien que les parties engagées dans des pourparlers puissent rompre à tout moment les négociations et ne pas contracter, elles ne peuvent le faire de n'importe quelle manière. Il est indispensable de respecter les exigences de la bonne foi, comme le rappellent les professeurs

³³¹J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 103, p. 86.

³³²A. ALBARIAN, préc., note 13, 255.

³³³D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249, p. 124.

Lluelles et Moore³³⁴. Cette perspective est partagée en droit français au sujet duquel un auteur a précisé que « [l]a liberté ne cesse que là où la déloyauté commence »³³⁵.

Nous reviendrons largement sur cette idée lorsque nous aborderons la question spécifique de la bonne foi et des pourparlers précontractuels³³⁶, mais nous pouvons dès à présent évoquer l'affaire *Wolofsky c. Trust Général Inc.*³³⁷. Dans cette affaire, Messieurs Wolofsky possèdent un groupe de douze immeubles résidentiels à Montréal. Au début de l'année 1986, ils ont donné verbalement un mandat à Trust Général Inc. aux fins de trouver un acheteur pour leurs conciergeries. En février 1986, Trust Général Inc. soumet aux frères Wolofsky une offre d'achat d'un promettant-acheteur. L'offre d'achat est refusée au motif que le prix était insuffisant. Trust Général Inc., avant de s'engager à rechercher un meilleur prix, exige un écrit de la part des Wolofsky relatif au montant exact que ces derniers voulaient obtenir. Messieurs Wolofsky ont alors spécifié par une lettre du 7 mars 1986 qu'ils accepteraient une offre d'achat d'un montant supérieur ou égal à 27 000 000 dollars et paieront une commission d'un million de dollars maximum. Le 22 avril 1986, Trust Général Inc. obtient une offre d'achat de 27 000 000 dollars, qui fut communiquée aux Wolofsky. Or, ces derniers ne donnent pas suite à cette offre. Le 8 mai 1986, ils indiquent à Trust Général Inc. qu'ils désirent obtenir un meilleur prix, soit environ 29 000 000 dollars et que plusieurs autres acheteurs potentiels étaient intéressés. Le 1^{er} août 1986, ils acceptent une offre de 32 000 000 dollars et refusent de payer la commission prévue à Trust Général qui initie une action en justice à leur encontre.

³³⁴*Id.* : « ce droit [de rompre ou de ne pas contracter] doit toutefois être exercé conformément aux exigences de la bonne foi ».

³³⁵D. MALKA, « La loyauté dans la négociation du contrat », *Gaz. Pal.* 2012.144.161.

³³⁶*Infra*, p. 126 et suiv.

³³⁷*Wolofsky c. Trust général Inc.*, 1993 CanLII 3569 (QC C.A.).

Le 27 janvier 1988, l'honorable Perry Meyer, juge à la Cour supérieure, accueille l'action de Trust Général Inc. et condamne Messieurs Wolofsky à lui payer la somme de 1 000 000 de dollars. Pour le juge, le devoir de négociier de bonne foi doit gouverner la conduite des parties *à tous les stades de la relation contractuelle*, incluant la phase précontractuelle³³⁸. Dans le cas d'espèce, Trust Général Inc. a substantiellement rempli ses obligations. En ce qui concerne les défendeurs, bien qu'ils n'aient pas l'obligation d'accepter l'offre d'achat, ils avaient cependant celle d'agir de bonne foi. En effet, les termes et conditions invoqués pour refuser l'offre de l'intimé étaient inacceptables et ne représentaient qu'un prétexte pour trouver un acheteur à un meilleur prix. Le juge de la Cour d'appel, Morris J. Fish, confirme le jugement de première instance.

Par ailleurs, il y a certaines situations où la bonne foi ne joue pas, mais où les parties ne peuvent pas rompre les négociations. C'est le cas notamment lorsque l'on s'est engagé à contracter. Si l'on décide finalement de ne pas contracter, la responsabilité civile pourra être engagée sans pouvoir se prévaloir de son droit de ne pas contracter puisque l'on s'était engagé à le faire³³⁹. Les professeurs Lluellas et Moore évoquent quelques exemples de ce cas de figure : « le locataire peut avoir, dans le contrat de bail, pris l'engagement de souscrire une assurance de responsabilité en cas d'incendie du bien loué ; un emprunteur peut s'être engagé,

³³⁸*Id.* Nous avons ajouté les italiques.

³³⁹Voir également au sujet de l'obligation de contracter, l'étude de Jean-Christian SERNA, *Le refus de contracter*, vol. 76, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1967. Ce dernier s'intéresse aux travaux de Louis Josserand (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1927) et de Ricot (*Le refus de contracter*, thèse de doctorat, Paris, 1929) au sujet notamment des restrictions volontaires, légales ou jurisprudentielles au droit de ne pas contracter.

dans la convention dite de prêt, à souscrire une assurance sur sa vie au bénéfice du prêteur »³⁴⁰.

Cette situation est tout à fait acceptable dans la mesure où les parties ont elles-mêmes décidé de se soumettre à une obligation de contracter. Ainsi, la liberté contractuelle n'est pas pour autant bafouée, car « celui qui a cette obligation se l'est en quelque sorte imposée à lui-même, usant précisément de sa liberté de conclure un contrat. C'est pourquoi, on ne peut parler ici d'exception à la règle, mais plutôt de tempérament »³⁴¹. De plus, dans ces exemples, l'obligation de contracter n'équivaut pas à une absence totale de liberté contractuelle. L'exécution de cette obligation ne nie pas la liberté de choisir son cocontractant ni celle de négocier les termes du contrat.

Ainsi, malgré quelques tempéraments, la liberté contractuelle demeure le principe de base en la matière. Lorsque « le contrat n'a pas encore été formé, il n'y a pas de responsabilité, parce qu'il n'y a rien – rien que la liberté »³⁴².

La portée de la liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels est, nous venons de le voir, extrêmement importante. Elle s'applique de l'entrée en négociation à sa rupture éventuelle. En cela, il n'est pas faux de considérer que la liberté contractuelle est l'essence des pourparlers. Néanmoins, nous allons démontrer dans un nouveau chapitre que la portée de la liberté contractuelle dans les pourparlers a profondément évolué.

³⁴⁰D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 250, p. 126 et 127. Le professeur Goldstein et M^e Mestiri rappellent également que « dans le domaine des assurances, la loi impose, dans certains cas, la passation d'assurances obligatoires » (G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 208, à la p. 339).

³⁴¹D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 251, p. 127.

³⁴²Jean CARBONNIER, « Préface », cité dans J.-C. SERNA, préc., note 339, p. II.

Chapitre 2 : L'évolution de la liberté contractuelle dans les pourparlers

Le chapitre précédent nous a permis de démontrer que la liberté contractuelle est un principe juridique important au moment de la négociation des contrats. La question qui va nous intéresser dans ce présent chapitre est celle de son évolution au sein des pourparlers. Effectivement, « la notion de liberté contractuelle a évolué avec le temps »³⁴³ et sa place a peu à peu été relativisée tant en droit québécois qu'en droit français ou allemand. Le principe reste cependant toujours essentiel aux pourparlers car la réussite et l'efficacité des pourparlers reposent sur son existence.

Nous nous intéresserons donc dans un premier temps à l'évolution passée de la liberté contractuelle dans les pourparlers soit sa relativisation progressive en droit québécois (Section 1), avant de démontrer, dans le cadre d'une réflexion sur l'évolution souhaitable du principe, qu'en dépit de cette relativisation, la liberté contractuelle n'est pas pour autant en déclin, ce qui justifie à nos yeux le fait de ne pas codifier expressément la liberté contractuelle durant les pourparlers (Section 2).

Section 1 : L'évolution passée de la liberté précontractuelle : d'une liberté absolue à une liberté relative

Le principe juridique de la liberté contractuelle a pendant longtemps été considéré comme un principe absolu durant les pourparlers ce qui nous permet de le qualifier de dogme. Mais une telle approche de la liberté contractuelle a, pour diverses raisons, fortement évolué. De

³⁴³L. LANGEVIN et N. VÉZINA, préc., note 210.

véritable dogme en tant que principe incontesté, (§ 1), la liberté contractuelle est devenue un principe relatif (§ 2) qui ne rime pas nécessairement avec déclin (§ 3).

§ 1 : Le dogme de la liberté contractuelle dans les pourparlers

Le dogme est régulièrement défini comme un « point fondamental et considéré comme indiscutable d'une doctrine religieuse ou philosophique »³⁴⁴, ainsi qu'une « opinion donnée comme certaine, intangible et imposée comme une vérité indiscutable »³⁴⁵. La présence de dogmes, traditionnellement dans le domaine religieux et philosophique, peut également s'étendre au domaine juridique. Selon nous, le principe de la liberté contractuelle a longtemps été perçu en droit québécois et dans d'autres droits, en particulier les droits français et allemand, comme un dogme dans la mesure où il n'a jamais véritablement été tempéré par d'autres mécanismes ou principes juridiques. Ainsi, tout au long du XIX^e siècle et jusqu'à la moitié du XX^e siècle, le caractère absolu de la liberté contractuelle a été reconnu plus ou moins explicitement non seulement dans la loi générale du contrat (A), mais aussi dans la jurisprudence (B).

A) Le dogme de la liberté contractuelle dans la loi

Dès la promulgation du *Code civil du Bas Canada* en 1866, le droit des contrats est au Québec de nature profondément libérale. Une telle approche trouve son fondement dans l'idée que

³⁴⁴*Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, 2017, « Dogme », en ligne : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/dogme/26307>>.

³⁴⁵*Id.*

« tout individu est apte à défendre ses intérêts, la liberté lui garantissant la faculté de conclure des contrats *justes* »³⁴⁶.

De ce fait, très peu de mécanismes juridiques sont prévus par le législateur de l'époque afin d'encadrer la liberté contractuelle en droit des obligations et donc, au moment des pourparlers précontractuels. Ainsi, l'article 13 dispose qu'« [o]n ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Comme l'a affirmé à juste titre le professeur Trudel, « [l]'économie de notre droit fait de la liberté contractuelle un dogme premier. On y fait échec dans la mesure unique où l'acte d'un contractant contrevient à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à une disposition prohibitive »³⁴⁷.

L'ordre public est défini comme une « [c]onception d'ensemble d'une société, s'exprimant dans un faisceau d'institutions fondamentales, de principes généraux et de normes impératives, destinée à protéger et à promouvoir les valeurs essentielles de la collectivité »³⁴⁸. Quant aux bonnes mœurs, elles sont pour leur part définies comme un « [e]nsemble de règles morales qui, jugées primordiales à la sauvegarde des institutions d'une société, s'imposent dans les relations juridiques »³⁴⁹. Ces deux concepts sont intrinsèquement liés. Ainsi, le *Dictionnaire*

³⁴⁶J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 155, p. 304.

³⁴⁷Gérard TRUDEL, « Des frontières de la liberté contractuelle », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 217, à la p. 223.

³⁴⁸CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Ordre public », p. 242. Voir également l'étude de la professeure Cantin Cumyn : Madeleine CANTIN CUMYN, « L'ordre public et le droit civil », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 269.

³⁴⁹CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Bonnes mœurs », p. 32.

de droit privé et lexiques bilingues précise que la doctrine « considère généralement que les bonnes mœurs font dorénavant partie de la notion d'*ordre public* »³⁵⁰ bien qu'elles s'en distinguent par la spécificité de leur objet et par leur sanction. En effet, les bonnes mœurs ont l'objectif principal d' « assurer la moralité des actes juridiques »³⁵¹. Ainsi, tout acte juridique contraire à celles-ci est en principe nul et ne peut conduire à la restitution des prestations accomplies. Le *Dictionnaire* précise que les bonnes mœurs, en tant que concept variable, sont susceptibles de « se modifier dans le temps et dans l'espace »³⁵².

L'équité prévue à l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada* aurait également pu représenter un outil juridique susceptible d'encadrer la liberté contractuelle à l'époque. Cet article dispose que « [l]es obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi ». Néanmoins, « ce texte est longtemps resté lettre morte »³⁵³.

En d'autres termes, la présence de ces mécanismes juridiques tels que l'ordre public, les bonnes mœurs ou l'équité, dont la finalité est en particulier de relativiser l'autorité absolue de la liberté contractuelle, n'ont eu que peu d'effets. Pour la professeure Lefebvre, « les règles pouvant permettre de régulariser les effets abusifs de la liberté contractuelle étaient déjà en

³⁵⁰*Id.*

³⁵¹*Id.*

³⁵²*Id.*

³⁵³Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans S.F.P.B.Q., vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 49, à la p. 50.

partie présentes dans le Code civil du Bas-Canada mais, malheureusement, longtemps ignorées et inutilisées »³⁵⁴.

Sous l'empire de ce *Code* c'est donc bien une conception « rigoriste, exclusivement axée sur l'autonomie de la volonté »³⁵⁵ qui règne. En matière précontractuelle, cet état de fait nous semble garantir « la négociation sauvage ». Ainsi, les parties peuvent jouer le jeu de la négociation contractuelle au maximum, chercher à maximiser leur intérêt, et ce, sans se soucier de l'impact négatif éventuel que leur comportement peut avoir sur le partenaire à la négociation.

Un rapide détour en droit comparé nous permet de constater que la France a longtemps connu la même vision dogmatique de la liberté contractuelle dans la version du Code civil de 1804. En effet, en dehors des mêmes tempéraments à la liberté contractuelle qu'en droit québécois comme l'ordre public et les bonnes mœurs, les cocontractants potentiels pouvaient agir durant les pourparlers comme bon leur semblait. Dans un tel cadre, « si négociations il devait y avoir, celles-ci relevaient en quelque sorte de la vie privée des partenaires dans laquelle le législateur et le juge n'avaient pas à s'immiscer »³⁵⁶. En effet, « [i]l suffisait donc de laisser faire la liberté contractuelle »³⁵⁷ puisque le contrat ne pouvait être qu'équilibré étant donné que l'on considérait les personnes comme étant égales dans leur capacité à négocier un contrat final.

En Allemagne, la loi générale du contrat, le *BGB*, a toujours été profondément marquée par une dynamique libérale à travers le concept de *Privatautonomie*. Le *BGB* qui codifie le droit

³⁵⁴*Id.*

³⁵⁵D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 1973, p. 1114.

³⁵⁶P. GROSSER, préc., note 256, 271.

³⁵⁷*Id.*

civil commercial et pénal a été adopté par le Reichstag le 1^{er} juillet 1896 avant d’être promulgué le 18 août 1896 et d’entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Le *BGB* « *is impregnated with the legal values of bourgeois liberalism* »³⁵⁸ ou « l’enfant d’une époque individualiste, libérale et capitaliste »³⁵⁹. Ainsi, « *[o]nly a few marginal rules seek to protect those for whom the freedom of contract is nugatory, as being economically inferior to the other contracting party or dependent on him in some other way* »³⁶⁰, mais cela ne constitue que « *few ‘drops of oil’* »³⁶¹. Véritablement, seule la volonté individuelle compte en droit des contrats et « *nothing more is required* »³⁶² ce qui « *gives credit to the liberal spirit in which the BGB was drafted* »³⁶³.

Nous venons de voir que le dogme de la liberté contractuelle pouvait s’appuyer sur la loi tant au Québec qu’en France ou en Allemagne. Ce dogme a aussi influencé la jurisprudence.

³⁵⁸K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, préc., note 116, p. 148.

³⁵⁹Pierre ARMINJON, Baron B. NOLDE et Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, n° 476 et suiv. cité dans M. PÉDAMON, préc., note 232, n° 22, p. 17.

³⁶⁰K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, préc., note 116, p. 149.

³⁶¹Otto von GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Springer Berlin Heidelberg, 1889, p. 10 dans K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, préc., note 116, p. 149.

³⁶²B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 45.

³⁶³*Id.*

B) Le dogme de la liberté contractuelle dans la jurisprudence

En matière précontractuelle, qu'il s'agisse du droit québécois, français ou encore allemand, « les actions en justice ont pendant longtemps été relativement rares »³⁶⁴. Concernant le Québec, nous n'avons trouvé aucune affaire s'intéressant à la phase spécifique de négociation et d'élaboration du contrat au moment où le *Code civil du Bas Canada* était en vigueur. On peut penser que le dogme de la liberté contractuelle correspondait à la mentalité des individus de l'époque. En effet, les parties aux pourparlers étaient tellement imprégnées par l'idée de liberté contractuelle qu'elles hésitaient probablement à se tourner vers les juges afin de questionner la régularité de la décision de leur cocontractant potentiel de rompre les négociations.

Le professeur Jobin³⁶⁵ a parfaitement résumé cette dynamique en précisant que « [s]elon le dogme de l'autonomie de la volonté, il était illégitime pour le juge de s'immiscer dans la convention telle que l'avaient voulue les parties »³⁶⁶, si bien que pour les professeurs Lluelles et Moore, les « garde-fous sont exceptionnels : leur utilisation par les juges n'est pas automatique »³⁶⁷.

³⁶⁴J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 728, p. 529. De même, pour Monsieur Durry, la responsabilité précontractuelle « est une question sur laquelle en France (...) la jurisprudence est peu abondante » (Com. 20 mars 1972, préc., note 137). Ces remarques, qui concernent le droit français, sont également applicables en droit québécois d'où leur reprise ici.

³⁶⁵Pierre-Gabriel JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 (1) *C. de D.* 3, 5.

³⁶⁶*Id.*

³⁶⁷D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 255, p. 128.

De manière générale, on peut imaginer que si les juges québécois avaient été amenés à statuer sur une affaire relative au droit des contrats, imprégnés par la mentalité libérale de l'époque, ils auraient interprété strictement les dispositions législatives en question et les faits afin de conclure à la régularité de la rupture des pourparlers. C'est ainsi que le professeur Tancelin a pu noter « [l']attitude réservée des juges »³⁶⁸ ou encore la « conception étroite [de l'ordre public] que bien des juges se font de leur rôle concernant l'application de cette notion »³⁶⁹. Dans le même sens, Baudouin a noté l'attitude « conservatrice et respectueuse »³⁷⁰ des juges québécois à l'égard du principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de volonté.

En France, parmi les rares arrêts rendus en la matière, la décision de la Cour d'appel de Pau de 1969³⁷¹ est particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit de démontrer le caractère dogmatique, dans la jurisprudence, de la liberté contractuelle au moment des pourparlers précontractuels. Dans cette affaire, la Société Miroiterie Fraisse assigne l'architecte Madoz Moussard et Micon, constructeur de la résidence l'Hermitage à Dax devant le tribunal de grande instance de Mont-de-Marsan en dommages et intérêts pour avoir rompu des pourparlers relatifs à la fourniture et à la pose de la vitrerie et de la miroiterie de l'immeuble. Le tribunal de première instance dans une décision du 4 juillet 1968 déboute la Société Fraisse au motif qu'elle ne faisait pas la preuve suffisante d'un marché passé entre elle et l'architecte ou le constructeur. La Société interjette appel. Elle recherche la responsabilité de Madoz Moussard et de Micon pour faute précontractuelle. Selon elle, « dès lors que des pourparlers avaient été engagés, des

³⁶⁸Maurice TANCELIN, *Des obligations : Contrat et Responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n° 32, p. 25.

³⁶⁹*Id.*

³⁷⁰L. BAUDOUIN, préc., note 2, 125.

³⁷¹Pau, 14 janv. 1969, préc., note 322.

devis fournis, un appartement témoin équipé, l'architecte et le constructeur ne pouvaient évincer brutalement une entreprise avec qui les pourparlers avaient été si avancés »³⁷². À la Cour de Pau de répondre dans un premier temps que :

« dans la phase préliminaire des pourparlers où les conditions du contrat envisagé sont étudiées et discutées, certaines obligations de rectitude et de loyauté s'imposent aux parties, non sans doute relativement à la conclusion du contrat éventuel et futur qui n'est pas encore né et ne naîtra peut-être jamais, mais à la conduite des pourparlers eux-mêmes »³⁷³.

La Cour ajoute finalement que :

« la phase des pourparlers est faite pour permettre aux cocontractants éventuels de s'étudier réciproquement et d'apprécier les risques et les chances du contrat envisagé à l'aide d'éléments qui peuvent être parfois impondérables et relever de l'intuition plus que de la logique formelle »³⁷⁴.

Elle conclut en estimant qu' « on ne saurait, (...) sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable, pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent »³⁷⁵.

Cet arrêt est selon nous emblématique de l'esprit libéral français d'avant les années 1970. Aussi rarement peuvent-ils être saisis, les juges du fond vont trancher le litige en protégeant la liberté contractuelle et le droit de rompre les pourparlers, et ce, même à un stade avancé. La Cour précise en effet que « la faute *in contrahendo*, (...) doit être une faute patente,

³⁷²*Id.*

³⁷³*Id.*

³⁷⁴*Id.*

³⁷⁵*Id.*

indiscutable »³⁷⁶ pour que l'on puisse remettre en cause la liberté de rompre des pourparlers. Ces critères ainsi posés sont extrêmement stricts et expriment à eux seuls l'essence libérale de l'esprit des juges de l'époque. La liberté contractuelle appliquée aux pourparlers est absolue. La liberté de rompre les négociations est totale. Ainsi, « la jurisprudence française soucieuse de ce principe écartait pratiquement, jusqu'à il y a moins de trente ans, la possibilité même d'une police des relations précontractuelles »³⁷⁷.

Nous l'avons dit, la liberté contractuelle a, tout au long du XIX^e et jusqu'à la moitié du XX^e siècle, joué un rôle absolu en matière précontractuelle au Québec, en France et en Allemagne. En effet, « dans la conception traditionnelle, libérale, du droit des obligations, l'idée d'obliger les individus à entrer et à demeurer en négociation semble fort peu orthodoxe (...) jusqu'à la conclusion, chacun reste libre de chercher mieux ailleurs »³⁷⁸. Cette « conception paroxystique »³⁷⁹ et dogmatique de la liberté s'inscrit parfaitement bien dans le contexte économique et sociétal de l'époque. Mais elle présente certaines limites à mesure que le contexte externe et les mentalités évoluent. Aujourd'hui, l'affirmation suivant laquelle la liberté contractuelle est un principe juridique appréhendé comme un dogme est dépassée.

§ 2 : La relativisation du dogme de la liberté contractuelle dans les pourparlers

Le dogme de la liberté contractuelle se fonde sur le postulat suivant lequel « tout contrat librement consenti est par définition conforme à la justice et à l'intérêt général, car "Qui dit

³⁷⁶*Id.*

³⁷⁷J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 29, p. 43.

³⁷⁸*Id.*, n° 29, p. 44.

³⁷⁹M. TANCELIN, préc., note 368, n° 31, p. 24.

contractuel dit juste" (Fouillée) »³⁸⁰. Comme le note le professeur Coipel, « [l]a loi contractuelle élaborée librement est nécessairement juste puisqu'elle est la mieux adaptée aux besoins des contractants »³⁸¹.

Les négociateurs ne sont toutefois pas nécessairement sur un même pied d'égalité et leur pouvoir de négociation n'est pas toujours équivalent. Dans le cadre des contrats d'adhésion, ce pouvoir de négociation est quasi nul. Effectivement, les parties n'ont pas la possibilité de négocier le contenu du contrat. Leur liberté consiste simplement à accepter ou à refuser les termes imposés par le cocontractant potentiel. Dans le cadre plus précis des contrats négociés au cœur de notre étude, le pouvoir de négociation est plus grand mais peut être limité lorsque, de fait, émergent en cours de pourparlers une partie forte et une partie faible. En effet, « *the parties are rarely of equal bargaining power* »³⁸².

Plus précisément, il existe des « inégalités naturelles »³⁸³ comme l'inégalité entre un producteur et un distributeur, entre un employeur et un salarié. Une inégalité de situation peut aussi intervenir entre un profane et un professionnel. Bien que ces illustrations concernent généralement les contrats d'adhésion, de consommation, de travail ou encore de location, on peut les appliquer par analogie aux contrats négociés. Ainsi, l'adage « Qui dit contractuel dit juste » ne se vérifie pas nécessairement. Le professeur Goldstein et M^e Mestiri remarquent à ce

³⁸⁰Louise ROLLAND, « "Qui dit contractuel, dit juste." (Fouillée) ... en trois petits bonds à reculons », (2005-2006) 51 *McGill L.J.* 765, 769.

³⁸¹M. COIPEL, préc., note 212, 492.

³⁸²Martin BOODMAN, John E. C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD, *Quebec civil law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993, n° 413, p. 390 et 391.

³⁸³J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 368, p. 275.

sujet que « l'égalité naturelle et la pensée raisonnable innée sont des mythes »³⁸⁴. Dans le même sens, la professeure Rolland note que cet axiome « relève davantage du sophisme que de la raison (...) qui est de moins en moins justifié sur le plan socio-économique »³⁸⁵.

Le dogme de la liberté contractuelle qui implique un retrait du législateur dans la relation contractuelle et précontractuelle fait défaut. Ainsi, il nous semble nécessaire que le droit intervienne lorsque le contenu d'un contrat est injuste. Pour reprendre la célèbre formule de Lacordaire prononcée le 16 avril 1848 lors de la 52^e conférence de Notre-Dame : « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit ».

Pour le professeur Tancelin :

« [l]e tour de prestidigitation de la doctrine juridique dogmatique de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle a consisté à mettre cette philosophie libératrice de l'homme au service des intérêts égoïstes des personnes les plus entreprenantes, les plus fortes et les plus influentes dans la société industrielle pour asseoir leur empire sur les autres »³⁸⁶.

De même, selon le professeur Mazeaud :

« la négociation du contrat ne peut plus être abandonnée à l'emprise absolue des futurs contractants. Les négociateurs, entre leur première rencontre et la mise au point définitive du contrat, ne peuvent pas s'accommoder d'un régime de liberté absolue qui peut être synonyme de légèreté et de déloyauté »³⁸⁷.

Cette évolution s'explique également en raison de la complexification du phénomène de contractualisation. Les pourparlers qui étaient, au moment de l'affirmation du dogme de

³⁸⁴G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 208, à la p. 314.

³⁸⁵L. ROLLAND, préc., note 380, 769.

³⁸⁶M. TANCELIN, préc., note 368, n° 23, p. 21.

³⁸⁷D. MAZEAUD, préc., note 82, 44.

l'autonomie de la volonté, encore une exception, se sont multipliés³⁸⁸. Recourir à des négociations précontractuelles est souvent indispensable. La pratique s'est donc généralisée si on la compare avec celle du XIX^e et de la première moitié du XX^e siècle. Les changements sociaux, dont l'avènement de la société de consommation et de la production de masse, participent également grandement de cette évolution dans la mesure où ils ont contribué à la complexification des contrats.

De même, dans les cas de négociations préalables, les frais engagés par les parties durant cette phase de discussions et de tractations n'étaient pas aussi importants que de nos jours. Les actions devant les juges, pour obtenir la réparation des frais dépensés alors qu'aucun contrat n'est conclu finalement, auraient sûrement coûté plus cher que les frais engagés eux-mêmes. Désormais, il arrive qu'au cours des négociations des déplacements à l'étranger se fassent ou que l'on procède à des études de toutes sortes par des experts et qui sont souvent coûteuses. Dans ce contexte, la réticence des juges à reconnaître la responsabilité civile de l'auteur de la rupture des négociations et ainsi le versement de dommages et intérêts à la partie lésée se fondant sur la toute-puissance de la liberté contractuelle est devenue discutable. Le professeur Mazeaud le résume très bien :

« il apparaît dépassé aujourd'hui de répondre à un contractant victime de son inexpérience, de son infériorité, de la fatalité ou des choses de la vie que "les affaires sont les affaires !", qu'"en contrat, trompe qui peut !" ou que le contrat est une loi d'airain insensible aux coups du destin. Le droit des contrats ne se laisse plus enfermer dans une logique individualiste et ne succombe plus aux sirènes

³⁸⁸R. CABRILLAC, préc., note 11 ; CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, préc., note 10, p. viii ; S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

d'un libéralisme outrancier pour lesquelles le contrat est un combat qui oppose des intérêts antagonistes »³⁸⁹.

De ce fait, un mouvement a été initié afin de contrecarrer les effets du dogme de la liberté contractuelle. Relayé par la doctrine puis par les juges, ce mouvement a d'abord eu un impact sur l'exécution du contrat, avant de toucher la négociation et l'élaboration du contrat. L'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection du consommateur* en 1972³⁹⁰, par la suite plusieurs fois modifiée, illustre bien ce mouvement général dans la mesure où elle a notamment permis de faire émerger les notions de « partie faible » et de « partie forte ». Néanmoins, nous n'entrerons pas davantage dans les détails au risque de sortir de notre objet d'étude.

La relativisation du dogme de la liberté contractuelle apparaît très bien dans les propos du juge Chevalier au sujet de l'affaire *Gareau auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*³⁹¹ pour laquelle il précise que :

« [L]es concepts antiques et encore respectables de la liberté contractuelle fondée sur l'autonomie de la volonté et de l'obligation d'honorer la parole donnée ne suffisent plus de nos jours à satisfaire à cette autre notion tout aussi impérative qui est celle de la justice contractuelle »³⁹².

Ainsi, « au sortir d'une adolescence baignée d'individualisme, la théorie générale a connu une forte crise de croissance marquée par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la

³⁸⁹Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, coll. « Etudes, mélanges, travaux », Paris, Dalloz, 1999, p. 603, à la p. 623.

³⁹⁰*Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c. P-40.1.

³⁹¹*Gareau auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, 1989 CanLII 594 (QC C.A.).

³⁹²*Id.*, p. 8.

volonté qui l'avait dominée et expliquée jusque-là »³⁹³. Néanmoins, la relativisation de la liberté précontractuelle ne signifie pas son déclin. La liberté contractuelle reste un principe essentiel durant les pourparlers.

§ 3 : Une relativisation de la liberté précontractuelle mais pas un déclin

Malgré ce que l'on pourrait *a priori* déduire des propos que nous venons de tenir au sujet de la relativisation de la liberté contractuelle dans les pourparlers, ce principe reste encore largement appliqué en droit québécois. Ainsi, nous allons voir que si l'on peut parler du déclin de la théorie de l'autonomie de la volonté sur laquelle se fonde la liberté contractuelle, on ne peut considérer qu'il en va de même pour la liberté contractuelle (A). La liberté contractuelle est un principe qui a été relativisé mais qui n'est pas en déclin. Cette absence de déclin s'explique notamment en raison des nombreuses fonctions que la liberté contractuelle occupe au sein des pourparlers (B).

A) Le déclin de l'autonomie de la volonté mais la relativisation de la liberté précontractuelle

Bien que la théorie de l'autonomie de la volonté soit, comme l'a fait ressortir Gounot³⁹⁴, extrêmement liée voire « indissociable »³⁹⁵ de la liberté contractuelle, ces deux notions ne sauraient être confondues. Ainsi, parler du déclin de l'autonomie de la volonté en droit des contrats est tout à fait pertinent. En revanche, cela ne se vérifie pas en matière de liberté

³⁹³Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.357, 368.

³⁹⁴E. GOUNOT, préc., note 166.

³⁹⁵B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 41.

contractuelle. De nombreux auteurs³⁹⁶ s'accordent à reconnaître le déclin de l'autonomie de la volonté au profit notamment de nouvelles notions comme l'utilité et la justice³⁹⁷.

En revanche, cette opinion n'est pas partagée pour la liberté contractuelle. Ainsi, pour Monsieur Coipel, « dans la théorie générale du contrat [la liberté contractuelle] reste un principe de base »³⁹⁸. Plus précisément, pour le professeur Mazeaud, « [e]n matière précontractuelle, la liberté reste (...) le principe »³⁹⁹. Elle a « encore de très beaux restes et (...) c'est aller un peu vite en besogne que d'entonner un *requiem* en [son] honneur »⁴⁰⁰, et ce, même si elle a perdu son caractère absolu. En effet, « [c]e qui change, c'est que la liberté contractuelle est désormais surveillée et qu'il faut en faire une nouvelle lecture »⁴⁰¹.

Si la liberté précontractuelle a encore de beaux restes devant elle, c'est parce qu'elle occupe au sein des pourparlers plusieurs fonctions essentielles.

³⁹⁶*Id.*, p. 38 et suiv. ; E. GOUNOT, préc., note 166 ; Voir également : Louis PERRET, « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537 et Louis PERRET, « L'évolution du *Code civil du Bas-Canada* ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », (1989) 20 *R.G.D.* 719.

³⁹⁷Pour une illustration en droit français, voir : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n^o 601, p. 447.

³⁹⁸M. COIPEL, préc., note 212, 487.

³⁹⁹D. MAZEAUD, préc., note 389, à la p. 627.

⁴⁰⁰*Id.*, à la p. 626.

⁴⁰¹B. LEFEBVRE, préc., note 353, aux p. 52 et 53.

B) L'absence de déclin fondée sur les fonctions de la liberté dans les pourparlers

Comprendre la phase précontractuelle c'est réaliser que la liberté contractuelle y occupe une place toujours très importante. Comme l'a souligné le professeur Legrand, le principe suivant lequel « *the parties negotiating a contract should see to their own protection still exercises considerable attraction* »⁴⁰². Cette approche s'explique en partie par le fait que la liberté précontractuelle a de nombreuses fonctions au sein des pourparlers.

Tout d'abord, la liberté contractuelle est consubstantielle⁴⁰³ aux pourparlers. Elle en est l'essence⁴⁰⁴. Si cette liberté n'était pas garantie, les cocontractants potentiels ne seraient peut être pas autant disposés à entamer le processus de négociation. Selon une auteure française, « [c]et équilibre est attractif pour les acteurs commerciaux qui se sentiront libres de s'engager »⁴⁰⁵. Le droit des pourparlers précontractuels ne devrait pas être un droit trop encadré et doté de règles trop strictes. Un encadrement trop strict contreviendrait à l'essence des pourparlers précontractuels. Il risquerait également de décourager les acteurs économiques d'entrer en négociation, sclérosant ainsi le fonctionnement du monde des affaires et le développement économique. En effet, si le droit des pourparlers précontractuels était trop rigide en insistant sur la morale en droit des contrats ou la protection des acteurs, la responsabilité précontractuelle pour faute dans la phase de négociation risquerait d'être trop facilement soulevée.

⁴⁰²P. LEGRAND jr., préc., note 177, à la p. 294.

⁴⁰³Pour le professeur Cabrillac, « [c]e principe semble consubstantiel aux négociations, dont l'aboutissement est par essence aléatoire » (R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 9).

⁴⁰⁴J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 710, p. 514.

⁴⁰⁵Caroline ASFAR-CAZENAVE, « Le nouveau droit français des contrats », (2015) 49 *RJTUM* 717, 730.

De même, la liberté contractuelle est une condition *sine qua non* à des pourparlers réussis. C'est parce que les parties en présence se sentent libres qu'elles sont en mesure de faire fructifier au maximum cette phase préalable à la conclusion éventuelle d'un contrat. C'est ainsi que le professeur Cabrillac considère que « la liberté contractuelle facilite les échanges et encourage l'initiative »⁴⁰⁶ et que les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet ont écrit : « laisser aux individus un pouvoir d'initiative dont ils recueilleront les fruits sous forme d'avantages personnels est un moyen de les faire collaborer »⁴⁰⁷. C'est pourquoi,

« [p]our l'économiste libéral, la liberté contractuelle, le respect de la convention comme une loi et la liberté dans la conclusion du contrat sont trois principes qui représentent la manière la plus efficace, la moins coûteuse et la plus conforme à l'utilité sociale d'organiser, dans une société donnée, les échanges de biens et de services »⁴⁰⁸.

Le caractère essentiel de la liberté contractuelle rattachée aux pourparlers est d'autant plus fort que le principe confère au contrat éventuellement conclu à la fin des négociations son fondement juridique. En effet, le contrat est défini dans le *Code civil* à l'article 1378 comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». Il n'y a pas de volonté sans liberté. Or, il n'y a pas de contrat sans volonté. En d'autres termes, la validité du contrat repose sur un accord de volontés entre les individus. En théorie, cet accord de volonté n'existe que parce qu'il est fondé sur la liberté des individus⁴⁰⁹. Sans cette liberté, il ne pourrait pas y avoir d'accord de

⁴⁰⁶R. CABRILLAC, préc., note 87, n° 29, p. 27.

⁴⁰⁷J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 234, p. 178.

⁴⁰⁸M. COIPEL, préc., note 212, 491.

⁴⁰⁹Il s'agit d'ailleurs d'un argument souvent utilisé afin de critiquer l'existence même des contrats d'adhésion. Parce que pour ces derniers, la seule liberté laissée aux parties consiste à accepter ou à rejeter les termes et

volonté ni de contrat et donc pas de pourparlers précontractuels. Ainsi, la liberté est le fondement juridique des pourparlers précontractuels et son essence. Les professeurs Jobin et Vézina résument parfaitement cette idée en notant que « [l]e contrat étant un acte volontaire, l'une des premières conditions de fond essentielles à la formation du contrat est la volonté de s'engager »⁴¹⁰. Les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet estiment pour leur part que :

« la volonté est indissociable de la liberté de l'auteur de l'acte volontaire. La liberté des parties est un élément constitutif du contrat, parce qu'inséparable de leurs volontés et du même coup de l'accord de ces volontés. C'est l'accord des volontés libres des parties qui forme le contrat et qui en fait en même temps un instrument irremplaçable des relations sociales, d'un point de vue tant sociologique qu'économique »⁴¹¹.

À ces derniers de poursuivre :

« [p]our que cet instrument puisse remplir pleinement sa fonction, il faut donc que son régime juridique soit inspiré par un principe de liberté contractuelle. C'est pourquoi la liberté contractuelle est nécessairement l'un des principes directeurs dont le législateur doit s'inspirer dans la réglementation du contrat »⁴¹².

À travers les propos précédents, nous avons pu retracer l'évolution passée de la liberté contractuelle dans les pourparlers précontractuels. Nous avons eu l'occasion de soutenir la théorie suivant laquelle malgré la relativisation indéniable de la liberté contractuelle dans les pourparlers, cette dernière n'était pas pour autant en déclin. Elle reste un principe essentiel aux

conditions du contrat, ils ne pourraient pas véritablement être qualifiés de contrats. Une telle position est fondée sur une conception restrictive du contrat qui ne serait que le résultat d'une rencontre de volontés lorsque les individus auront eu la possibilité de négocier les termes de leur engagement.

⁴¹⁰J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 169, p. 287.

⁴¹¹J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 172, p. 137.

⁴¹²*Id.*

pourparlers car elle y occupe plusieurs fonctions. La question que l'on pourrait désormais se poser est celle de savoir si l'on n'aurait néanmoins pas besoin de donner une plus grande visibilité à la liberté précontractuelle en la codifiant. Cette démarche a été entreprise récemment en France. En d'autres termes, est-il, à la lumière de la récente réforme française en la matière, opportun de faire évoluer la liberté contractuelle en la reconnaissant directement dans le *Code civil du Québec* ? Face à une telle question, nous nous positionnerons contre et tenterons de nous en expliquer.

Section 2 : L'évolution souhaitable de la liberté précontractuelle : plaidoyer contre la codification du principe

Les propos tenus jusqu'à présent nous ont permis de constater que les droits québécois, français et allemand sont, en matière de liberté précontractuelle, assez similaires. La portée de la liberté est large dans les trois systèmes juridiques étudiés et la place du principe juridique en question a subi au même moment un mouvement de relativisation certain. Mais le droit québécois se distingue du droit français et allemand sur un élément en particulier : le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas directement le principe de la liberté contractuelle dans les pourparlers. Il n'apparaît qu'indirectement notamment à l'article 9 du *Code civil du Québec*.

Dans ces conditions, est-il opportun pour le législateur québécois de consacrer expressément l'application du principe de la liberté contractuelle dans les pourparlers ? Répondre à cette question suppose que l'on présente le nouveau droit français en la matière (§ 1), avant de le critiquer et d'insister sur son caractère peu convaincant (§ 2).

§ 1 : L'état du nouveau droit français

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui réforme en profondeur le droit français des contrats, le principe essentiel de la liberté contractuelle lors des pourparlers n'apparaissait pas explicitement dans le *Code civil*. Quelques dispositions pouvaient néanmoins être interprétées largement afin de servir de fondement à un tel principe. On peut penser à l'article 6 dans sa formulation d'avant l'application de l'ordonnance qui interdisait de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En dehors de ces deux éléments, les cocontractants potentiels étaient libres d'agir comme bon leur semblait. Par ailleurs, comme l'a considéré le Conseil constitutionnel, la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 disposant que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »⁴¹³.

Bien que non reconnu explicitement dans le régime juridique applicable au contrat, le principe général de la liberté contractuelle a, même avant la réforme, joui d'une grande autorité en droit français. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a considéré que le principe de la liberté d'entreprendre⁴¹⁴ avait une valeur constitutionnelle avant d'adopter le même positionnement au sujet de la liberté contractuelle de manière plus générale⁴¹⁵. On le voit à travers ces quelques exemples, la liberté contractuelle et, plus spécifiquement, celle qui prévaut durant les pourparlers, trouvait à s'appliquer et à être reconnue dans le droit français même de manière indirecte.

⁴¹³Cons. const. 19 déc. 2000, *Rec. Cons. const.*, p. 190.

⁴¹⁴Cons. const. 20 juill. 1988, *Rec. Cons. const.*, p. 244.

⁴¹⁵Cons. const. 13 juin 2013, *Rec. Cons. const.*, n° 672.

Néanmoins, il est apparu pertinent pour les auteurs des divers projets de réforme du droit des contrats, de ne pas se satisfaire de cet état du droit et de reconnaître explicitement la liberté contractuelle au moment de la négociation. Pour le professeur Laithier « on n’imagine pas un code récent ou un projet de réforme qui passerait sous silence le principe de liberté contractuelle »⁴¹⁶.

Le projet Catala prévoit par exemple à l’article 1104 que « [l]’initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi ». L’article 24 du projet Terré dispose à quelques mots près la même idée. Quant au projet de la Chancellerie, son article 15 dispose que « [c]hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter » et l’article 16 précise que « [l]a liberté contractuelle emporte celle de choisir son contractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l’ordre public et aux bonnes mœurs ». Ce principe est même reconnu comme un principe directeur. Enfin, le projet d’ordonnance qui porte réforme du droit des contrats, dispose à l’article 1102 que :

« [c]hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d’intérêts légitimes et proportionnée au but recherché ».

L’article 1111 dispose également que « [l]’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne

⁴¹⁶Yves-Marie LAITHIER, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *R.D.C.* 2013.1.410, 410.

foi ». En revanche, la liberté contractuelle dans les pourparlers n'est pas reconnue comme un principe directeur⁴¹⁷.

Un tel positionnement a convaincu puisque depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 de l'ordonnance du 10 février 2016, la liberté contractuelle dans les pourparlers est explicitement reconnue. Ainsi, sous la catégorie des « Dispositions liminaires » du contrat, le nouvel article 1102 dispose que « [c]hacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

Il est intéressant de remarquer la place de choix et particulièrement symbolique accordée au principe de la liberté contractuelle dans le *Code civil*. En tant que disposition liminaire, tous les articles qui suivent doivent être interprétés à la lumière de ce principe. Il s'agit d'un moyen efficace d'en assurer le respect. Plus précisément, sous la Section 1 : « La conclusion du contrat », Sous-section 1 : « Les négociations », l'alinéa 1 de l'article 1112 dispose que « [l]'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

Bien que cette réforme ne puisse être totalement regrettée, elle ne nous paraît pas pleinement opportune. C'est pourquoi, dans le cadre de notre réflexion relative à l'opportunité d'une modification du droit québécois des contrats à la lumière du droit français, nous ne considérons pas que de telles dispositions puissent nous intéresser.

⁴¹⁷Mustapha MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015.816, 819.

§ 2 : Les critiques du nouveau droit français : un modèle non convaincant

Plusieurs critiques peuvent être formulées au sujet des nouvelles dispositions du *Code civil* qui viennent reconnaître explicitement la liberté contractuelle dans les pourparlers. Ces remarques justifient que l'on soit opposé à une modification du droit québécois des contrats suivant le même modèle.

En premier lieu, la liberté contractuelle dans les pourparlers qui implique le fait de pouvoir rompre les négociations sans voir sa responsabilité civile engagée est un principe évident. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la France et l'Allemagne n'avaient, dans un premier temps, pas directement reconnu la liberté contractuelle dans leur code civil respectif. Comme l'indique un auteur, « les codes civils français et allemand, n'avaient pas cru utile d'exprimer de pareilles évidences »⁴¹⁸.

De plus, bien que « [l]a mécanique de la formation des contrats (...) [soit] susceptible d'être précédée ou accompagnée d'une phase de négociations, cependant peu règlementée, du moins au niveau législatif »⁴¹⁹, la liberté contractuelle dans les pourparlers est déjà reconnue indirectement en droit québécois. Sa positivité est donc déjà garantie. Il ne nous semble dans ces conditions pas pertinent de réformer le *Code civil du Québec* afin d'insérer une disposition qui la reconnaîtrait explicitement. Comme le remarquent à juste titre les professeurs Lluelles et Moore, « [s]i le principe de liberté contractuelle est aujourd'hui sacralisé, c'est en dehors du code civil par la jurisprudence »⁴²⁰. Par exemple, dans l'affaire *Singh c. Kohli*⁴²¹, les juges ont

⁴¹⁸M. REINMANN, « The Good, the Bad, and the Ugly : The Reform of the German Law of Obligations », (2009) 83 *The Tulane European and Civil Law Forum* 878, 880.

⁴¹⁹D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 274.2, p. 153.

⁴²⁰*Id.*

refusé de qualifier de fautive la décision unilatérale de rompre de Monsieur Singh en vertu de la liberté contractuelle dans les pourparlers qui offre la possibilité aux cocontractants potentiels de rompre les négociations.

L'article 9 du *Code civil du Québec* que nous avons déjà évoqué reconnaît également la liberté contractuelle sans oublier la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*. L'article premier de cette *Charte* dispose effectivement que « [t]out être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne » dont la liberté contractuelle fait partie. L'article 9.1 dispose également que « [l]es libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice ». On peut très bien imaginer que la liberté contractuelle ou la liberté de négocier fasse partie de ces « libertés » limitées par l'ordre public et, dans une moindre mesure, par le bien-être général des citoyens du Québec.

Le droit québécois semble d'autant plus consacrer la liberté précontractuelle que le *Code civil du Québec* doit être interprété à la lumière des dispositions de la *Charte*⁴²² dont nous avons présenté les plus pertinentes pour notre objet d'étude. En effet, la disposition préliminaire du *Code* prévoit à l'alinéa 2 que le *Code civil* constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger. C'est pourquoi, « ce rapport permet (...) une plus grande protection de ces droits et non une limitation des droits et libertés de la personne »⁴²³.

⁴²¹ *Singh c. Kohli*, préc., note 85.

⁴²² *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C-12.

⁴²³ France ALLARD « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'"harmonie ambiguë" », (2006) *R. du B.* 33, 56.

Pour prolonger notre réflexion, nous pourrions revenir sur les arguments français en faveur de la codification du principe de la liberté précontractuelle émis au moment de la réforme du droit des contrats⁴²⁴. Tout d'abord, au-delà du fait que cette codification ait permis que le *Code civil* redevienne le reflet du droit positif, elle fut également, pour certains, l'objet d'un choix de politique législative dont l'essence est la symbolisation de l'attachement du droit français à la liberté précontractuelle⁴²⁵. Comme le professeur Mekki l'a souligné, « les fonctions axiologique et stratégique des principes (...) suffisent à justifier la présence formelle de la liberté contractuelle en ouverture du titre III. Ce principe ne fait donc pas partie de ces principes inutiles qui nuisent aux principes nécessaires »⁴²⁶. Dans le même sens pour Monsieur Houtcieff, l'ordonnance ne doit pas être plaisantée : « ses vertus normatives s'exercent encore lorsqu'elle assène avec insistance ce qu'il était trop tentant de prendre pour des évidences »⁴²⁷. De fait, « ce qui allait sans dire va sans doute mieux en le disant plusieurs fois »⁴²⁸.

Par ailleurs, pour d'autres, il était nécessaire de reconnaître explicitement la liberté précontractuelle dans le Code civil français afin de préserver le principe. En effet, face à « la forte augmentation des condamnations pour rupture fautive de pourparlers précontractuels »⁴²⁹, certains ont pu considérer qu'il était nécessaire que le législateur rappelle son attachement à la liberté au moment des pourparlers. On ne peut en effet nier que plus de

⁴²⁴Voir par exemple : Georges ROUHETTE, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », (2007) *RDC* 1371, 1393 et 1394.

⁴²⁵M. MEKKI, préc., note 417, 825.

⁴²⁶*Id.*, 820.

⁴²⁷Dimitri HOUTCIEFF, « La rupture non fautive des négociations ou l'accord sur le désaccord », *Gaz. Pal.* 2016.16.21, 24.

⁴²⁸*Id.*

⁴²⁹A. ALBARIAN, préc., note 13, 255.

décisions de justice en France qu'au Québec condamnent la rupture des pourparlers en privilégiant d'autres principes que celui de la liberté contractuelle⁴³⁰. À ce sujet, le professeur Bénabent note « un accroissement du contrôle des tribunaux sur la loyauté qui doit présider aux pourparlers »⁴³¹. Dans ces conditions, la codification de la liberté précontractuelle apparaît pour Monsieur Fraimout comme un « salutaire retour de la liberté précontractuelle »⁴³². Le législateur français a d'ailleurs voulu insister sur celui-ci en le rappelant à deux reprises, aux articles 1102 et 1112. Monsieur Houtcieff parle du « martèlement textuel de la liberté de négocier »⁴³³.

Néanmoins, bien que l'on puisse comprendre la démarche française qui a conduit à inscrire dans la lettre du *Code civil* le principe de la liberté précontractuelle dans les pourparlers, nous considérons qu'il n'est pas essentiel qu'elle soit intégrée explicitement dans le *Code civil du Québec*. La liberté précontractuelle ne semble pas remise en cause au sein du système juridique québécois. Bien au contraire, il est important de rappeler que les juges sont réticents à condamner un cocontractant potentiel qui a rompu les pourparlers. Beaucoup interprètent ce principe de manière extensive. Cela correspond à la mentalité juridique québécoise influencée par la *common law* généralement plus libérale. En effet, « [l]e droit reconnaît l'importance du contrat dans une économie de marché et organise son régime juridique sur la prémisse de la liberté contractuelle »⁴³⁴ si bien que « l'idée d'une liberté contractuelle *illimitée* est ancrée

⁴³⁰ Nous pensons notamment à la bonne foi qui fera l'objet du prochain Titre.

⁴³¹ Alain BÉNABENT, *Les obligations*, 15^e éd., coll. « Domat droit privé », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2016, n° 81, p. 76.

⁴³² Jean-Jacques FRAIMOUT, « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz. Pal.* 2000.153.2, 3.

⁴³³ D. HOUTCIEFF, préc., note 427, 26.

⁴³⁴ M. CANTIN CUMYN, préc., note 85, 477.

dans l'inconscient des juristes nord-américains »⁴³⁵. Dans ces conditions, la codification du principe de la liberté précontractuelle nous paraît inutile.

De plus, nous rejetons l'idée d'intégrer dans le *Code civil du Québec* le principe de la liberté précontractuelle car nous partons du postulat suivant lequel les dispositions d'un code civil se présentent comme des diamants. Ainsi, « [i]ntroduire de tels principes dans le code civil, cet "écriin précieux", ce serait tomber dans l'écueil d'une œuvre doctrinale »⁴³⁶. Comme l'ont dit d'autres auteurs, « [à] l'aune de l'inflation législative, le domaine de la négociation est un endroit où il importe d'assouplir la technique juridique afin de ne pas entraver les nécessités pratiques »⁴³⁷.

Enfin, nous partageons l'opinion du professeur Terré au sujet de « l'effet dévastateur de la principologie »⁴³⁸. Effectivement, « la multiplication des principes réduit la portée de chacun d'entre eux et de ce fait les déprécie »⁴³⁹ puisqu'à force de multiplier les principes, « il existe un risque de noyer ceux élaborés dans le code : plus ils sont nombreux, plus ils perdent en force et en valeur. C'est ainsi que quand tout devient fondamental, plus rien ne l'est et quand tout devient directeur, on finit par se perdre »⁴⁴⁰.

La liberté contractuelle est donc un principe essentiel aux pourparlers qui a beaucoup évolué. Cependant, le codifier dans la lettre du *Code* ne semble, à la lumière de ces divers arguments,

⁴³⁵*Id.*, 478.

⁴³⁶M. MEKKI, préc., note 417, 820.

⁴³⁷I. BEYNEIX et L.-C. LEMMET, préc., note 54, 1.

⁴³⁸François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2015, n° 344, p. 276.

⁴³⁹Y.-M. LAITHIER, préc., note 416, 411.

⁴⁴⁰Jacques HERON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 2012, n° 244, p. 205 et 206 cités dans Marine GOUBINAT, *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse de doctorat, Grenoble, 2016, p. 7.

pas pleinement opportun. Il est actuellement suffisamment bien appliqué par les juges en dépit de son affirmation indirecte dans le *Code civil du Québec*. Dans ces conditions, il n'y a pas besoin de réformer le droit québécois car la liberté précontractuelle est déjà une norme de droit positif. Ainsi, d'un strict point de vue normatif, nous ne voyons aucun apport d'une éventuelle réforme sur ce point.

Conclusion du titre

Nous l'avons vu, la liberté contractuelle dans les pourparlers s'étend de l'entrée en négociation à la rupture éventuelle des pourparlers. Elle reste un principe essentiel aux pourparlers mais est désormais encadrée principalement par la bonne foi. Loin d'être une limite à la liberté contractuelle, « [l']observation de la bonne foi est le complément indispensable au principe de la liberté contractuelle qui préside à la formation des contrats »⁴⁴¹. Le droit précontractuel, traditionnellement individualiste et libéral, a donc évolué vers un droit plus soucieux de valeurs telles que la moralité ou la justice contractuelles. Ce nouvel esprit est consacré par le *Code civil du Québec* entré en vigueur en 1994 qui place en son cœur la notion de bonne foi tant dans l'exécution que dans la formation du contrat.

⁴⁴¹A. COHÉRIER, préc., note 14, n° 58, p. 122.

Titre 2 : La bonne foi dans les pourparlers précontractuels

Bien que le principe de la liberté contractuelle représente l'essence des pourparlers, celui-ci est encadré par un autre principe important : le devoir de négocier de bonne foi. Ainsi, durant la phase de négociation d'un contrat :

« les négociateurs ont la liberté fondamentale de conclure ou non le contrat qu'ils sont en train d'échafauder ; par contre, il est généralement reconnu que leur comportement lors de la phase précontractuelle, lui, n'est pas totalement libre. Ils sont notamment soumis à une obligation de bonne foi qui, comme toute obligation, leur impose certaines contraintes et restreint légèrement la liberté de leur conduite »⁴⁴².

La question qu'il importe de se poser à ce stade est celle de la nature de la bonne foi au moment des pourparlers précontractuels. Doit-on considérer que les négociateurs sont soumis à une obligation de négocier de bonne foi ou bien à un devoir de négocier de bonne foi ? Ces notions sont souvent confondues alors que leurs caractéristiques diffèrent. Manquer de rigueur terminologique pourrait impacter la portée à donner à la bonne foi dans les pourparlers.

Parler d'obligation suppose un *vinculum juris* soit une situation où il existe une prestation avec un créancier et un débiteur (*obligatio et debitum*). En d'autres termes, la bonne foi ne pourrait exister qu'en présence d'un lien contractuel. En effet, « l'obligation relie deux personnes déterminées, un créancier et un débiteur, entre lesquels existe une relation préétablie »⁴⁴³.

Généralement et par définition, il n'y a pas encore, dans les pourparlers, de lien contractuel car ils interviennent durant la phase *précontractuelle*. Dès lors, qualifier d'obligation l'exigence

⁴⁴²S. GUILLEMARD, préc., note 48, 52.

⁴⁴³Pascal ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87, 96.

de négocier de bonne foi, supposerait qu'elle ne s'applique pas durant la période de négociation des contrats, à moins, bien entendu, que les parties se soient préalablement engagées à s'y soumettre⁴⁴⁴. Or, on ne peut nier qu'en droit positif québécois, la bonne foi imprègne la phase de formation des contrats, que les pourparlers soient formalisés ou non. Dans ces conditions, nous devrions parler de devoir de négocier de bonne foi.

Le devoir est la règle générale qui définit des comportements qui s'imposent à tous sans que ces derniers aient besoin d'y consentir au préalable. C'est ce que souligne par exemple la professeure Fabre-Magnan pour qui « la bonne foi, comme la plupart des règles générales de comportement des parties (loyauté, probité, etc.), n'est pas à proprement parler une obligation au sens d'une prestation que l'une des parties devrait à l'autre et qui s'épuiserait dans son accomplissement même »⁴⁴⁵. Dans le même sens, Madame Tisseyre explique que « [l]es parties sont tenues à ce devoir sans qu'elles n'en deviennent pour autant débitrices ou créancières. La qualification de norme comportementale conduit à restituer à la bonne foi sa véritable nature : c'est un devoir et non une obligation »⁴⁴⁶.

Le professeur Ancel est quant à lui plus nuancé. Selon ce dernier, « les exigences comportementales liées à la bonne foi paraissent être à la frontière entre ces deux notions, qu'il est du reste bien difficile de distinguer avec précision »⁴⁴⁷. Dans notre étude, nous

⁴⁴⁴*Infra*, p. 148-150. Pour un exemple jurisprudentiel voir l'arrêt *Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*, 2015 QCCA 1724. Dans ce cas d'espèce, un protocole d'accord a été conclu entre les parties dont une clause indique l'obligation de négocier de bonne foi un nouveau protocole si un tel document devait être renégocié.

⁴⁴⁵M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 79, p. 96.

⁴⁴⁶S. TISSEYRE, préc., note 120, p. 85.

⁴⁴⁷P. ANCEL, préc., note 443, 96.

appréhenderons la bonne foi comme un devoir, celui de négociier de bonne foi. Pour ce faire, nous aborderons successivement ses fondements (Chapitre 1) et son contenu (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les fondements du devoir de négociier de bonne foi

De manière générale, la bonne foi est décrite comme une « notion vague aux contours fuyants »⁴⁴⁸ par la professeure Lefebvre, une « mer sans rivage »⁴⁴⁹ par la professeure David-Constant ou encore une « vertu morale aux contours indécis »⁴⁵⁰. Elle fait l'objet d'« une appréhension malaisée »⁴⁵¹ et « pêche par manque de clarté »⁴⁵². Comme le résume très bien Gorphe, « si l'on cherche à la définir, l'embarras commence »⁴⁵³ si bien qu'il est plus facile de « ressentir que de formuler »⁴⁵⁴ une définition de la bonne foi.

La difficulté semble s'agrandir lorsque l'on confronte la bonne foi à la phase, elle aussi complexe, des pourparlers précontractuels. Dans un tel contexte, il nous semble intéressant de commencer notre étude sur la bonne foi dans les pourparlers ou le devoir de négociier de bonne foi en nous interrogeant sur ses fondements. Cette approche nous permettra de mieux comprendre la notion et de faciliter son appréhension.

⁴⁴⁸B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 2.

⁴⁴⁹Simone DAVID-CONSTANT, *La bonne foi : actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 7.

⁴⁵⁰Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^{ème} éd., coll. « Droit civil », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2015, n° 764, p. 385.

⁴⁵¹Yvon LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *La bonne foi : Journées louisianaises*, t. 43, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Litec, 1994, p. 7, à la p. 9.

⁴⁵²Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude de droit comparé de droit français, allemand et japonais*, vol. 5, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2001, p. 65.

⁴⁵³François GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Paris, Dalloz, 1928, p. 9.

⁴⁵⁴*Staudinger c. J. Schmidt*, par. 242, n° 138 cité dans B. JALUZOT, préc., note 452, p. 13.

Pour ce faire, nous nous proposons, dans un premier temps, d'aborder les fondements traditionnels du devoir de négociier de bonne foi (Section 1), avant d'en évoquer ses fondements juridiques (Section 2), puis pratiques (Section 3).

Section 1 : Les fondements traditionnels

Nous l'avions dit lorsque nous étudions la liberté précontractuelle sous un prisme critique⁴⁵⁵, avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, le droit québécois privilégiait une approche libérale en refusant d'intervenir durant la phase de formation du contrat afin d'en limiter les excès possibles. Ainsi, le *Code civil du Bas Canada* de 1866 ne prévoyait aucune disposition expresse relative au concept général de la bonne foi et encore moins au devoir de négociier de bonne foi. En effet, « [l]e *Code civil du Bas-Canada* ne contenait aucune indication en ce qui a trait à la bonne foi des parties dans le cadre de négociations contractuelles »⁴⁵⁶. Le droit de l'époque incitait davantage les parties à jouer le jeu de la négociation au maximum sans se soucier nécessairement de l'impact négatif éventuel que leur comportement pourrait avoir sur le cocontractant potentiel.

La bonne foi est donc à cette époque un principe « latent »⁴⁵⁷ soit un principe « [q]ui existe de manière diffuse, sans être apparent, mais qui peut à tout moment se manifester »⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ *Supra*, p. 98-106.

⁴⁵⁶ G. COULOMBE et P. THÉORÊT, préc., note 241, à la p. 70. La professeure Lefebvre précise que « [c]ontrairement au Code français, le *Code civil du Bas-Canada* est muet à cet égard et les mécanismes d'équité sont quasi-inexistants au Code » (B. LEFEBVRE, préc., note 16, à la p. 205) car « à l'époque de la codification, elle ne figure pas parmi les préoccupations principales des codificateurs » (*Id.*, à la p. 206).

⁴⁵⁷ *Id.*, à la p. 210.

⁴⁵⁸ *Dictionnaire de français*, Paris, Larousse, 2017, « Latent », en ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/latent_latente/46362>.

Effectivement, le devoir de négocier de bonne foi, et plus largement la bonne foi en matière contractuelle se sont imposés peu à peu, par l'intermédiaire d'autres mécanismes juridiques tels que les vices du consentement (§ 1) ou l'abus de droit (§ 2). En cela, ils peuvent être qualifiés de fondements traditionnels au devoir de négocier de bonne foi.

§ 1 : Les vices du consentement

La théorie des vices du consentement, en tant que fondement traditionnel au devoir de négocier de bonne foi, ne sera présentée que brièvement. En effet, comme nous l'avions précisé dans nos propos introductifs⁴⁵⁹, cette théorie ne s'applique qu'à partir du moment où le contrat final a été conclu. Or, nous avons fait le choix de ne pas parler des « pourparlers heureux » qui ont permis la conclusion du contrat envisagé.

Néanmoins, il est important de faire émerger le lien étroit que la théorie des vices du consentement entretient avec le devoir de négocier de bonne foi. En effet, les vices du consentement ont historiquement permis de sanctionner un individu qui, durant la phase de formation du contrat, a adopté un comportement contraire aux exigences de la bonne foi. Comme le confirme la professeure Grégoire « les tribunaux ont, jusqu'à présent, utilisé l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat, notamment en la juxtaposant aux vices du consentement »⁴⁶⁰.

Toutefois, bien que dans certains cas, la théorie des vices du consentement permette de sanctionner le non-respect du devoir de négocier de bonne foi, elle présente certaines limites.

⁴⁵⁹*Supra*, p. 18.

⁴⁶⁰M. A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, Sommaire.

Le recours aux vices du consentement n'intervient qu'*a posteriori*, lorsque le contrat final est conclu. Cela représente une limite importante à son application puisque les pourparlers achoppent régulièrement.

Les vices du consentement ne représentent donc parfois pas un mécanisme juridique pleinement satisfaisant pour encourager les parties à respecter le devoir de négocier de bonne foi. Dans ce cas, le recours à l'abus de droit pour sanctionner un comportement contraire au devoir de négocier de bonne foi peut être envisagé.

§ 2 : L'abus de droit

À la différence de la théorie des vices du consentement, celle de l'abus de droit peut intervenir même lorsqu'aucun contrat définitif n'a été conclu.

La théorie de l'abus de droit permet, comme son nom l'indique, de sanctionner un individu qui aurait abusé d'un de ses droits. Ainsi, la notion d'abus s'apparente à une conduite excessive. Cette théorie a commencé à se développer au sein de la doctrine et de la jurisprudence à partir du XIX^e siècle. Monsieur Angus explique à ce sujet que :

« From time to time after 1895, various French jurists came to Quebec and spoke ardently in favor of the abuse of rights theory. As a result, Quebec writers began to discuss the theory, and indications that the absolutist tradition might break down appeared in several judgements »⁴⁶¹.

Initialement, la théorie de l'abus de droit était principalement appliquée à des domaines précis du droit comme les troubles de voisinage perçus comme un abus du droit de propriété. Comme le précise la professeure Lefebvre, « [à] l'origine, la théorie de l'abus de droit n'était pas

⁴⁶¹David ANGUS, « Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec », (1962) 8 *McGill L.J.* 150, 152.

admise en matière contractuelle, car on ne pouvait concevoir qu'un droit expressément prévu au contrat puisse être susceptible d'abus »⁴⁶². La théorie de l'abus de droit a par la suite été admise, en droit des contrats, sous l'influence d'auteurs de la doctrine tels que Crépeau selon qui :

« [i]l s'agit essentiellement de reconnaître qu'un droit, quelle qu'en soit la source, ne saurait être absolu. Tout droit a une finalité propre ; il est concédé en vue de la satisfaction d'impératifs sociaux ou de besoins économiques et non pas pour l'assouvissement des instincts de vengeance ou de méchanceté. C'est dans cette perspective que l'on doit envisager l'exercice des droits contractuels. Un ordre juridique, pâle reflet de l'ordre moral, doit certes souffrir l'égoïsme ; il ne saurait en tout cas tolérer la malice »⁴⁶³.

Pour ce faire, l'auteur va fonder son raisonnement sur une interprétation large de l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada*.

La jurisprudence consacrera ce positionnement plus tardivement. Le professeur Tancelin parle à ce sujet de la « longue réticence de la jurisprudence à donner droit de cité à cette notion »⁴⁶⁴.

Il a en effet fallu attendre l'affaire *Houle c. Banque canadienne nationale*⁴⁶⁵ pour que la

⁴⁶²B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 102.

⁴⁶³Paul-André CRÉPEAU, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1, 26. Voir aussi : Albert MAYRAND, « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321 ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « L'abus de droit en matière contractuelle au Québec », (1987) 1 *R.J.E.L.* 81 ; Chantal VENAT, « *B.N.C. c. Houle* ; commentaire », (1988) 22 *R.J.T.* 387 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », (1991) 32 *C. de D.* 153.

⁴⁶⁴M. TANCELIN, préc., note 23, n° 653, p. 470. Pour un exemple, voir : *Quaker Oats Co. of Canada v. Côté*, [1949] B.R. 389.

⁴⁶⁵*Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122. L'affaire Houle, bien que primordiale, n'a néanmoins pas été la première à reconnaître l'application de l'abus de droit en matière contractuelle. Voir notamment *Fiorito c. Contingency Insurance Co.*, [1971] C.S. 1. Pour des commentaires sur l'arrêt *Houle c. Banque canadienne nationale*, voir notamment : Claude MASSE, « Chronique de droit civil québécois : session 1989-90 », (1991) 2 *S.C.Law Rev.* 493 ; Daniel GARDNER, « Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre

théorie de l'abus de droit soit définitivement appliquée dans le domaine contractuel. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada reconnaît l'abus de droit contractuel et élargit les critères d'application de la théorie. Les faits concernent Hervé Houle Ltée., une compagnie spécialisée dans l'abattage et la mise en marché de carcasses de porcs et la Banque nationale du Canada avec qui elle entretient des relations d'affaires depuis plus de cinquante ans. La compagnie souhaite se moderniser en s'orientant vers le marché du porc en morceaux. Pour ce faire, les actionnaires de la compagnie contactent la banque en janvier 1972 afin d'obtenir un financement. En octobre 1973, la compagnie dispose d'une marge de crédit de 700 000 dollars et d'une lettre de crédit de 100 000 dollars.

En décembre 1973, les intimés ont engagé des négociations avec la société Weddel Ltd. Afin de vendre les actions de la compagnie pour la somme de 1 000 000 dollars. La banque était au courant de ces négociations. Le mois suivant, la compagnie a demandé à la banque de porter sa marge de crédit à 900 000 dollars. La banque a donné mandat à un cabinet d'experts-comptables d'examiner la situation financière de la compagnie et, sur rapport de ce cabinet, a décidé, le 19 février 1974, de rappeler le prêt et de réaliser les garanties. Trois heures après avoir demandé aux actionnaires le paiement du prêt, la Banque procède à la liquidation de l'actif de la compagnie. Le 14 mars 1974, les actionnaires ont vendu les actions de la compagnie à la société avec laquelle ils avaient entamé des négociations, pour seulement 300 000 dollars. En effet, suite à la liquidation des actifs par la banque, les actionnaires n'étaient plus en position de force pour négocier la vente de leurs actions à Weddel Ltd.

contractuel ? : *Houle c. Banque Canadienne Nationale* », (1991) 70 *R. du B. can.* 760 ; Rosalie JUKIER, « *Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.)* : Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law », (1992) 37 (1-2) *McGill L.J.* 221.

Les actionnaires poursuivent la Banque auprès de la Cour supérieure pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente soit la somme de 700 000 dollars. Selon ces derniers, leur perte était entièrement attribuable à la conduite abusive de la banque dans la prise de possession et la liquidation intempestives des actifs de la compagnie.

Le juge Deslongchamps de la Cour supérieure accède à leur demande en reconnaissant le comportement fautif de la Banque. De plus, il considère que la bonne foi de la Banque qui doit prévaloir dans l'exécution des obligations contractuelles semblait douteuse vu les faits particuliers de l'espèce et notamment sa connaissance des négociations relatives à l'achat des actions de la compagnie. Le juge accorde de ce fait 250 000 dollars de dommages et intérêts soit la différence entre la valeur réelle des actions au moment de la saisie des actifs de la compagnie et le prix que les intimés en ont obtenu.

La Banque fait appel de la décision de la Cour supérieure. La Cour d'appel rejette l'appel en se fondant sur l'article 1053 du *Code civil du Bas Canada* afin de reconnaître la responsabilité de la Banque pour abus de ses droits contractuels envers la compagnie Houle. Par ailleurs, la Cour d'appel, sous la plume du juge Malouf, précise que la question de la mauvaise foi de l'appelante n'est pas pertinente. Selon ce dernier en effet, la théorie de l'abus des droits contractuels ne doit plus être limitée en matière contractuelle seulement aux cas où le créancier réagit malicieusement, méchamment ou est de mauvaise foi. La Banque saisit la Cour suprême du Canada.

Le 22 novembre 1990, elle rejette le pourvoi formé par la Banque. Selon la Cour, la Banque a abusé de son droit contractuel de réaliser sa garantie. Le droit contractuel de la Banque

consiste dans ce cas d'espèce à rappeler le prêt sur demande et à réaliser ses garanties sans préavis. Bien qu'elle n'ait pas fait preuve de mauvaise foi ni de malice, elle a commis un abus de droit en procédant à la liquidation précipitée de l'actif de la compagnie. Selon la Cour en effet, un créancier ne doit pas réaliser ses garanties ou prendre possession de l'actif avant de donner au débiteur, selon les circonstances, un délai raisonnable pour qu'il puisse s'acquitter de ses obligations. La Cour reconnaît la responsabilité contractuelle de la Banque sur le fondement de l'article 1024 du *Code civil* et le principe implicite de la bonne foi dans l'exécution des contrats. Elle affirme que :

« Conformément à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui s'est faite au Québec sur cette question, il est maintenant temps d'affirmer que la malice ou encore l'absence de bonne foi ne devrait plus être le critère exclusif pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Une revue tant des fondements théoriques des récents courants en responsabilité civile que de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence au Québec conduit inévitablement à la conclusion qu'il ne saurait plus faire aucun doute en droit québécois que le critère moins rigoureux de "l'exercice raisonnable" d'un droit, la conduite de l'individu prudent et diligent, par opposition au critère exigeant de la malice et de l'absence de bonne foi, peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel.

Cette norme de l'"exercice raisonnable" est compatible avec les sources de la responsabilité en droit civil, tel l'art. 1053 C.c.B.-C. De plus, tout contrat comporte pour les parties l'obligation implicite d'exercer leurs droits conformément aux règles de l'équité et de la loyauté (art. 1024 C.c.B.-C.) »⁴⁶⁶.

La Cour propose une interprétation large de la notion de l'abus de droits contractuels en considérant que la mauvaise foi et la malice dans l'exercice d'un droit contractuel ne sont plus les critères exclusifs pour apprécier l'abus. Le critère de l'individu prudent et diligent peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel. Il

⁴⁶⁶Houle c. Banque canadienne nationale, préc., note 465, p. 154 et 155.

peut donc y avoir abus de droits contractuels sans intention de nuire, mauvaise foi ou malice sur le fondement des articles 1024 et 1053 du *Code civil du Bas Canada*.

L'abus de droit tel que reconnu en matière contractuelle a donc, on le voit, ouvert la voie à la reconnaissance explicite du respect du devoir de négociier de bonne foi dans la mesure où « [e]n introduisant les préceptes de la théorie de l'abus de droit, les tribunaux ont voulu atténuer les effets nocifs d'une conception absolutiste et individualiste de l'exercice des droits subjectifs »⁴⁶⁷.

Le silence dans le *Code* quant au respect de la bonne foi en matière contractuelle et, plus précisément, dans les pourparlers, explique que le mouvement d'encadrement de la liberté contractuelle, autrefois absolue, ait été traité d'abord au travers d'autres mécanismes juridiques comme la théorie des vices du consentement ou l'abus de droit. Ainsi, tout comportement jugé non conforme aux exigences de la bonne foi était généralement sanctionné suivant les vices du consentement dans le cas où les pourparlers avaient mené à la conclusion d'un contrat, ou bien par l'intermédiaire de l'abus de droit si aucun contrat n'avait été conclu. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, un cocontractant potentiel déçu peut fonder son action sur la bonne foi dans la formation du contrat sans avoir à recourir aux vices du consentement ou à l'abus de droit. C'est ce qu'il convient d'aborder.

⁴⁶⁷Marie Annik GRÉGOIRE, « Articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* : chapeau noir et chapeau melon ou les Dupont et Dupond de la bonne foi », dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 262, à la p. 263.

Section 2 : Les fondements contemporains

Nous l'avons vu, la bonne foi, et plus précisément le devoir de négocier de bonne foi, a longtemps été un principe juridique latent. Au-delà des vices du consentement et de l'abus de droit, la bonne foi va peu à peu être affirmée et se développer en droit québécois si bien qu'elle sera consacrée par le législateur lors de la promulgation du *Code civil du Québec* (§ 1), et au sein de la pratique qui choisit parfois de lui donner un fondement contractuel à travers des accords préparatoires tels que la lettre d'intention, le contrat de négociation ou l'accord de principe (§ 2). Les fondements contemporains du devoir de négocier de bonne foi sont donc de deux ordres : légal et contractuel.

§ 1 : Un fondement légal : le Code civil du Québec

En tant que principe « éthico-juridique »⁴⁶⁸, la bonne foi ne s'est réellement imposée en droit des contrats, et surtout en matière précontractuelle, qu'à partir de la fin du XX^e siècle, symbolisant ainsi la métamorphose du droit québécois des contrats. L'opinion du juge Fauteux, rendue dans un arrêt de la Cour Suprême de 1962, est à ce sujet particulièrement intéressante. Ce dernier déclare en effet que « la bonne foi est de l'essence des conventions. Elle doit présider non seulement à leur formation mais aussi à leur exécution. La sécurité des contrats en dépend »⁴⁶⁹. On peut voir dans cette affaire les prémisses du devoir de se comporter suivant les exigences de la bonne foi au moment de la négociation et de la formation du contrat. Plus généralement, cet arrêt, qui fait exception pour l'époque, est extrêmement important car il démontre le rôle important des juges dans leur capacité à faire

⁴⁶⁸S. GUILLEMARD, préc., note 48, 52.

⁴⁶⁹*Cosmo Underwear Co. c. Valleyfield Silk Mills Ltd.*, [1962] R.C.S. 418, 423. Nous avons ajouté les italiques.

évoluer le droit et à dégager de dispositions légales générales ou peu explicites des règles juridiques essentielles.

L'article de Crépeau, publié en 1965, a également contribué à la reconnaissance de la bonne foi en considérant qu'elle figurait parmi les obligations implicites de l'article 1024 sur la base de l'équité⁴⁷⁰. Dans cet article en effet, le professeur souligne que « non seulement l'article 1024 du Code civil consacre-t-il la force obligatoire des devoirs expressément consentis, il impose de plus à l'interprète et aux tribunaux le devoir d'incorporer au cercle contractuel les obligations implicitement assumées »⁴⁷¹. Ainsi, la bonne foi est une obligation implicite qui découle de l'équité reconnue à l'article 1024. Selon Crépeau, un des textes qui a inspiré le législateur dans la rédaction de l'article en question est celui de Domat pour qui « [i]l n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu, que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites »⁴⁷².

Néanmoins, la notion n'aura de véritable impact qu'après sa consécration par la Cour suprême dans les affaires *Soucisse*⁴⁷³, *Kuet Leong Ng*⁴⁷⁴ et *Houle*⁴⁷⁵. La codification de la bonne foi dans plusieurs dispositions du *Code* fait partie des avancées les plus sensibles de la réforme

⁴⁷⁰P.-A. CRÉPEAU, préc., note 463. Voir aussi : *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 : pour le juge Jean Beetz, l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada* relatif à l'équité permet de reconnaître la bonne foi comme principe applicable en droit québécois.

⁴⁷¹P.-A. CRÉPEAU, préc., note 463, 5.

⁴⁷²Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., Paris, Aubouin, Emery, Clouzier, 1697, Livre 1, Titre 1, Section 3, n^o XII (Bonne foi entière en toute sorte de conventions), p. 84.

⁴⁷³*Banque nationale du Canada c. Soucisse*, préc., note 470.

⁴⁷⁴*Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

⁴⁷⁵*Houle c. Banque canadienne nationale*, préc., note 465.

entrée en vigueur en 1994. Le mérite du *Code* est d'ailleurs « de l'avoir prévue explicitement »⁴⁷⁶.

Tout d'abord, l'article 6 dispose que « [t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ». La question s'est posée de savoir si cet article servait de fondement légal au devoir de négociier de bonne foi. En effet, cet article évoque l'exercice de « droits civils ». Le fait de négocier un contrat représente-t-il l'exercice d'un droit civil ? Répondre à cette question nécessite de s'intéresser à la définition d'un droit civil. Généralement, un droit civil est défini comme un synonyme de droit privé⁴⁷⁷. Il s'oppose ainsi à un droit politique. Ainsi, le droit au respect de la vie privée, le droit de propriété ou encore le droit de créance sont des droits civils. Si l'on se réfère à cette définition, la négociation d'un contrat ne semble pas pouvoir être qualifiée de droit civil. Comme nous l'avons précédemment souligné⁴⁷⁸, la négociation d'un contrat est davantage perçue comme une liberté ou la faculté offerte à chacun de négocier le contenu d'un contrat ou de rompre les pourparlers s'ils ne prennent pas la direction souhaitée par l'un des partenaires présents.

Néanmoins, nous pourrions interpréter largement la notion de droit civil afin d'en déduire que l'article 6 du *Code civil du Québec* sert tout de même de fondement légal au devoir de négociier de bonne foi. Effectivement, l'esprit du texte de l'article, et, plus largement, celui du législateur, est de promouvoir le respect de la bonne foi. Dans ces conditions, nous ne pensons pas qu'il soit adéquat de rejeter l'idée suivant laquelle les cocontractants potentiels sont tenus

⁴⁷⁶L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 184.

⁴⁷⁷CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Droit civil », p. 124.

⁴⁷⁸*Supra*, p. 57 et suiv.

d'agir suivant les exigences de la bonne foi au motif que la négociation d'un contrat est une liberté et non un droit civil. Au contraire, il est important que le *Code civil du Québec* impose aux parties à la négociation le respect d'un tel principe. Nous verrons par la suite qu'il s'agit d'une règle essentielle qui favorise le bon déroulement et l'efficacité des pourparlers⁴⁷⁹.

Notre positionnement rejoint celui de la professeure Lefebvre selon qui « la liberté contractuelle implique à tout le moins l'exercice d'un droit, soit le droit de rompre, et que ce dernier doit être exercé de bonne foi »⁴⁸⁰ si bien que « l'on peut alors recourir au principe général de bonne foi édicté à l'article 6 C.c.Q. et y trouver le fondement légal de l'obligation précontractuelle de bonne foi »⁴⁸¹.

Le devoir de négocier de bonne foi repose également sur un second fondement légal : l'article 1375 du *Code civil du Québec*. Il s'agit d'un fondement plus explicite car cette disposition est axée sur la bonne foi et les contrats. Cet article très important pour notre étude dispose que « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». L'interprétation de l'article 1375 a soulevé les mêmes questions que pour l'article 6. Peut-on se fonder sur l'article 1375 afin de dégager un devoir de négocier de bonne foi ? L'expression « naissance de l'obligation » se réfère à la phase de formation du contrat. Cela inclut-il la période précontractuelle ? La problématique majeure étant que par définition, au moment des pourparlers, aucune véritable obligation n'est encore créée.

⁴⁷⁹ *Infra*, p. 152-158.

⁴⁸⁰ B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 89.

⁴⁸¹ *Id.*

La professeure Guillemard a très bien formalisé le problème d'interprétation soulevé par l'article 1375. Selon elle :

« [c]omment comprendre l'article 1375 du (...) *Code civil du Québec* ? Il est certain qu'il impose aux parties une norme de comportement qui dépasse le seul stade de l'exécution des contrats. Lorsqu'il dit que "la bonne foi doit gouverner la conduite des parties [...] au moment de la naissance de l'obligation", *nous ne pensons cependant pas que cela signifie pour autant qu'il reconnaisse l'existence de la phase précontractuelle ni, à plus forte raison, qu'il contrôle les agissements des négociateurs durant cette période*. Comme le code ne prévoit - et très expressément - que la formation classique des conventions, il est vraisemblable qu'il exige la bonne foi au moment de la présentation de l'offre et de l'acceptation, ce qui serait confirmé par l'utilisation de l'expression "naissance de l'obligation". Aux tribunaux d'éclairer notre lanterne ! »⁴⁸².

Ainsi, selon la professeure Guillemard, l'article 1375 du *Code civil* ne peut servir de fondement légal au devoir de négociier de bonne foi. L'exigence de bonne foi n'intervient qu'à partir de la sollicitation. Or, comme nous l'avons indiqué dans notre introduction générale⁴⁸³, les pourparlers interviennent en amont de la formulation d'une offre. Il n'y aurait donc aucun devoir de négociier de bonne foi à moins que les juges n'affirment le contraire. Ce positionnement s'inscrit parfaitement dans l'état d'esprit de la fin du XX^e siècle encore très libéral et individualiste.

Dans le même ordre d'idée, Messieurs Péloquin et Assié considèrent que :

« rien dans le Code n'impose directement aux parties une obligation de bonne foi au stade des négociations comme tel. En effet, l'article 1375 C.c.Q. ne vise que le cas où il y a formation d'un contrat, et non celui où une partie décide de mettre fin abruptement aux pourparlers »⁴⁸⁴.

⁴⁸²S. GUILLEMARD, préc., note 75, 379. Nous avons ajouté les italiques.

⁴⁸³*Supra*, p. 16-18.

⁴⁸⁴L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 184 et 185.

Nous ne partageons pas cette position. À nos yeux, l'expression « au moment de la naissance de l'obligation » signifie que l'on se trouve encore dans la phase qui précède la conclusion d'un contrat car aucune obligation n'est encore née. Or, par définition, cette phase antérieure à la conclusion d'un contrat est certes celle de la pollicitation mais peut tout aussi bien concerner la période précontractuelle. Cette remarque nous paraît d'autant plus pertinente qu'il est souvent difficile en pratique de délimiter la phase précontractuelle de la pollicitation. Pour la professeure Lefebvre :

« [m]algré le fait que le législateur n'ait pas formulé de règles spécifiques antérieurement à l'émission d'une offre, on ne peut nier que cette dernière est souvent précédée de pourparlers. Les négociations font indéniablement partie du processus de conclusion de plusieurs contrats. (...) On voit mal ce qui justifierait que les parties n'aient à agir de bonne foi qu'au moment de la formation du contrat et non dans la phase préparatoire à celui-ci. Ce serait oublier que toute naissance est précédée d'une période de gestation et faire fi d'un principe majeur du Code civil. La bonne foi est un principe qui doit être respecté en tout temps. Les gestes posés à l'occasion d'une négociation y sont assujettis »⁴⁸⁵.

Cette position est d'ailleurs partagée par la plupart des praticiens⁴⁸⁶ ou des auteurs⁴⁸⁷, à commencer par les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore. À ces derniers de déclarer :

⁴⁸⁵B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 124.

⁴⁸⁶À titre d'exemple, pour M^e Ferron, « [n]ous devons donc conclure que l'obligation générale d'agir de bonne foi s'applique durant les phases précontractuelles et de négociation » (Danielle FERRON, « Négociation et rédaction de contrats commerciaux au Québec – L'obligation précontractuelle d'agir et de négocier de bonne foi », en ligne : <http://langlois.ca/negociation-et-redaction-de-contrats-commerciaux-au-quebec-lobligation-precontractuelle-dagir-et-de-negocier-de-bonne-foi/>).

⁴⁸⁷D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.1, p. 124 et 125 ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 136, p. 225 et 226 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 62, p. 140. Voir aussi le professeur Pineau pour qui la bonne foi règne en tout temps tant dans le domaine contractuel que dans le domaine extracontractuel (Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU

« [o]n peut cependant, à notre avis, extrapoler et imposer cette obligation [de bonne foi] dès le moment où s'engagent des pourparlers entre les parties en vue de l'éventuelle conclusion d'un contrat. Il nous paraît en effet légitime de franchir un tel pas et de conclure que le principe général de la bonne foi s'impose néanmoins et naît de l'existence même d'une situation devant mener à la conclusion éventuelle d'une convention »⁴⁸⁸.

Ainsi, bien que nous reconnaissons le caractère flou et imprécis de la formulation de l'article 1375 du *Code civil du Québec*, ce dernier sert tout de même de fondement légal au devoir de négociier de bonne foi.

La jurisprudence a confirmé cette position de la doctrine majoritaire à travers notamment l'affaire *Wolofsky c. Trust Général Inc.*⁴⁸⁹ déjà citée⁴⁹⁰. Ainsi, sous la plume de l'honorable Morris J. Fish, la Cour d'appel confirme le jugement de première instance en déclarant que les « appellants were required to deal with respondent and with Salette in good faith »⁴⁹¹.

Cette affaire a fait jurisprudence. Ainsi, en 2002, le juge de la Cour supérieure, l'honorable Gérard Lebel, a conclu dans *Vachon c. Lachance*⁴⁹², que « la bonne foi est un principe qui doit être respecté en tout temps ; que ce soit au stade précontractuel, contractuel ou extracontractuel »⁴⁹³.

QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 28).

⁴⁸⁸J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-66, p. 51.

⁴⁸⁹*Wolofsky c. Trust général Inc.*, préc., note 337.

⁴⁹⁰*Supra*, p. 94.

⁴⁹¹*Wolofsky c. Trust général Inc.*, préc., note 337.

⁴⁹²*Vachon c. Lachance*, préc., note 184.

⁴⁹³*Id.*, par. 24.

L'application en droit québécois du devoir de négociier de bonne foi est également confirmée en 2007 dans l'arrêt *Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc*⁴⁹⁴. Pegasus Partners Inc. (ci après « Pegasus »), une entreprise montréalaise spécialisée dans le financement de projets, dont le directeur et l'actionnaire principal est Michel G. Bouchard, entre en avril 2003 en pourparlers avec le Groupe Laurem Inc., une entreprise qui est utilisée par René Malo pour gérer ses investissements. L'objectif de ces pourparlers est d'acquérir la majorité des parts de SNOC Inc., une usine de Sainte-Hyacinthe. Monsieur Bouchard est aidé dans ces tractations par Jake Michael Chadwick. René Malo est quant à lui représenté par M. Takacsy. Le 14 mai 2003, M. Takacsy signe un accord de confidentialité en échange d'informations détaillées sur SNOC Inc. de la part des plaignants. Le 10 juin 2003, M. Takacsy et M. Malo visitent l'usine. Les négociations progressent. Néanmoins, il manque un million de dollars à Pegasus pour se porter acquéreur des parts de SNOC Inc. Le dirigeant de l'entreprise demande alors un prêt à la caisse Desjardins. Le 30 juillet 2003, l'offre reçue de Desjardins ne satisfait ni Pegasus ni le Groupe Laurem Inc. Desjardins sort des négociations. Pour que Pegasus achète les parts de SNOC Inc., il faudrait que le Groupe Laurem Inc. devienne le principal investisseur. Or, le groupe n'a jamais voulu tenir cette place si bien qu'il se retire des pourparlers le 22 août.

Pegasus fonde une action pour rupture fautive des pourparlers. Le juge Gomery réaffirme le principe suivant lequel :

*« [t]he Civil Code of Quebec emphasizes the legal requirement that persons exercise their civil rights in good faith [art. 6 C.c.Q.] (...) These obligations apply not only to contracting parties, but also to the pre-contractual period, when parties are negotiating with a view to concluding an agreement »*⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴*Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*, 2007 CanLII 476 (QC C.S.).

⁴⁹⁵*Id.*, par. 29.

En revanche, l'action de Pegasus est rejetée au motif que le demandeur ne prouve pas que le défendeur ait agi en contrevenant aux exigences de la bonne foi⁴⁹⁶.

En France également, la bonne foi dans la phase de négociation d'un contrat a été consacrée progressivement. Comme l'indique la professeure Fabre-Magnan : « [p]endant longtemps, le concept de bonne foi fut très peu mobilisé par les tribunaux, et on n'en voyait guère l'utilité »⁴⁹⁷. De même, Madame Jaluzot, indique qu'« il est notoire que le juge français a pratiquement ignoré l'article 1134 alinéa 3 du Code civil jusque dans les années 1980 »⁴⁹⁸. De manière encore plus frappante, en 1939, Vouin expliquait dans sa thèse que la bonne foi « ne présente, à l'heure actuelle et dans notre droit, aucun intérêt. Elle est dépourvue d'effets juridiques propres ... C'est une notion vide de tout contenu réel dans notre droit positif »⁴⁹⁹.

C'est peut-être ce qui explique que la jurisprudence, en se basant sur les travaux de la doctrine, s'emploie à partir des années 1970 à reconnaître la bonne foi dans les négociations contractuelles afin que « la sphère contractuelle ne soit pas une autre jungle où jouerait la loi

⁴⁹⁶L'existence légale du devoir de négocier de bonne foi est confirmée à bien d'autres reprises comme dans l'arrêt *Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decisionone* pour lequel la Cour d'appel précisé que la codification de la bonne foi « dans le domaine des obligations, devrait contribuer à inspirer tous les actes juridiques, principalement les contrats, dans leur conclusion, leur exécution et leur extinction, certes, mais aussi, *a fortiori*, dans leur interprétation » (*Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decisionone*, 2003 CanLII 29394 (QC C.A.), par. 44 et 45). Dans l'affaire *Jolicoeur c. Rainville*, l'honorable Louise Otis, précise que la responsabilité précontractuelle peut être engagée si on ne respecte pas l'obligation de négocier de bonne foi dans le contexte d'un précontrat (*Jolicoeur c. Rainville*, préc., note 311). Voir également : *Comeau c. Société immobilière Trans-Québec Inc.* J.E. 97-112 (C.S.) et *Friedman c. Ruby*, préc., note 311, par. 49.

⁴⁹⁷M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 79, p. 96.

⁴⁹⁸B. JALUZOT, préc., note 452, p. 245.

⁴⁹⁹Robert VOUIN, *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939, p. 456.

du plus fort juridiquement, mais devienne un lieu "civilisé", c'est-à-dire régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants »⁵⁰⁰. Pour ce faire, les juges ont interprété largement l'ancien article 1134 du Code civil. Cet article ne prévoyait en effet que le respect de la bonne foi lors de l'exécution du contrat. Si l'on se réfère aux travaux préparatoires⁵⁰¹, l'article 1134 devait à l'origine être le suivant : « les conventions légalement formées *doivent être contractées* et exécutées de bonne foi »⁵⁰². Or, Portalis considérait qu'il était inutile de préciser l'existence de l'obligation de bonne foi au moment de la formation du contrat. Comme l'indique le professeur Cabrillac, « l'abandon de la référence à la bonne foi lors de la conclusion du contrat influença fortement la doctrine qui en oublia presque la notion »⁵⁰³.

Or, d'après le professeur Mestre, « à quoi sert en effet d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisif, de la formation même de l'acte ? Le contrat forme assurément un corps unique ; il est vital que la bonne foi l'irrigue entièrement »⁵⁰⁴. De même pour le professeur Jourdain, « [l]e Code civil ne vise explicitement la bonne foi contractuelle qu'à propos de l'exécution des conventions (...) On ne retrouve pas de disposition comparable exprimant l'exigence de bonne foi au stade de la *formation du contrat*. Pourtant les manifestations en sont nombreuses »⁵⁰⁵. C'est pour cela que

⁵⁰⁰D. MAZEAUD, préc., note 389, à la p. 609.

⁵⁰¹J.-E.-M. PORTALIS, préc., note 94.

⁵⁰²Nous avons ajouté les italiques.

⁵⁰³Rémy CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, coll. « Systèmes : cours », Paris, L.G.D.J., Lextenso, 2012, n° 37, p. 36.

⁵⁰⁴Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, *RTD civ.* 1989.738, obs. Mestre.

⁵⁰⁵Patrice JOURDAIN, « Rapport français », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *La bonne foi : Journées louisianaises*, t. 43, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Litec, 1994, p. 121, à la p. 122. Voir également : Joanna SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974.46 ; Richard

les juges ont interprété largement cet alinéa en étendant la bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat.

Les projets de réforme ont proposé d'insérer dans la lettre du Code une disposition explicite en la matière. Pour n'en citer qu'un, le projet dit « Catala » prévoit à l'article 1104 la formulation suivante : « [I]nitiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. L'échec d'une négociation ne peut être source de responsabilité que s'il est imputable à la mauvaise foi ou à la faute de l'une des parties ». Il semblerait que ces divers projets aient convaincu le législateur de modifier la loi générale du contrat. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le devoir de négociation de bonne foi est consacré à l'article 1112 alinéa 1 qui dispose que « [I]nitiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Il s'agit d'une formulation assez différente de l'article 1375 du *Code civil du Québec* qui ne reconnaît qu'indirectement la bonne foi au stade des pourparlers. Le législateur français insiste et précise sans aucune équivoque que les parties qui négocient un contrat sont soumises au respect de la bonne foi, et ce, de l'entrée en pourparlers jusqu'à la rupture de ces derniers. Comme précisé : « [n]ous introduisons la notion de bonne foi à tous les niveaux et pas seulement au stade de l'exécution, mais depuis la formation jusqu'à l'anéantissement du contrat »⁵⁰⁶.

DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse de doctorat, Paris 2, 1992, p. 170 ; D. MAZEAUD, préc., note 389.

⁵⁰⁶Propos de Madame Taubira, à l'époque Ministre de la Justice et Garde des Sceaux, reportés par Madame Dufour dans Olivia DUFOUR, « La réforme du droit des contrats est lancée ! », *LPA* 2015.44.

Le paragraphe 311 alinéa 2 du Code civil allemand, le *BGB*, prévoit depuis la loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001 qu'un « rapport d'obligation générateur d'obligations naît de l'engagement des pourparlers ». Plus précisément, le paragraphe 241 alinéa 2 définit la nature de ces obligations en disposant que les parties doivent « prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie ».

Nous venons de nous intéresser au fondement légal du devoir de négocier de bonne foi. Ce fondement n'est pas unique. Il est parfois contractuellement encadré à travers des mécanismes juridiques tels que la lettre d'intention, le contrat de négociation ou l'accord de principe.

§ 2 : Un fondement contractuel

Les pourparlers sont parfois l'occasion pour les parties de s'engager, par l'intermédiaire notamment de lettres d'intention⁵⁰⁷, de contrats de négociation⁵⁰⁸ ou d'accords de principe⁵⁰⁹, à négocier de bonne foi. On parlera dans ces cas précis d'une obligation de négocier de bonne foi plutôt que d'un devoir dans la mesure où un lien contractuel lie les parties qui se sont engagées⁵¹⁰. La bonne foi dans les pourparlers peut alors être fondée contractuellement.

Cette démarche a été utilisée dans l'affaire *Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*⁵¹¹ dans laquelle les parties ont prévu une clause de négociation de bonne foi. Les faits sont les

⁵⁰⁷ *Supra*, p. 67-68.

⁵⁰⁸ *Supra*, p. 64-67.

⁵⁰⁹ *Supra*, p. 68-69.

⁵¹⁰ Les parties peuvent d'ailleurs prévoir des clauses relatives à des obligations plus spécifiques que l'obligation générale de bonne foi telles que l'obligation d'exclusivité, de confidentialité ou encore de sincérité qui consiste à « révéler à son partenaire toutes les négociations parallèles qu'il a engagées » (B. LASSALLE, préc., note 63, 845).

⁵¹¹ *Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*, préc., note 444. Également : D. FERRON, préc., note 486.

suivants : Anne-Marie Péladeau et ses frères Pierre-Karl Péladeau et Éric Péladeau, conviennent le 22 août 2000 d'un protocole d'entente mettant fin à plusieurs différends relatifs à la succession de leur père. L'article 8 de ce protocole précise que « tout événement non prévu aux présentes qui pourrait porter atteinte, directement ou indirectement, à l'objet et aux considérations de la présente convention *obligera les parties à renégocier de bonne foi les termes d'une nouvelle entente* »⁵¹².

En mars 2011, en vertu de l'article 8 du protocole du 22 août 2000, Anne-Marie Péladeau invite formellement les mis en cause à renégocier les termes d'une nouvelle entente. Cette tentative échoue. Madame Péladeau saisit alors la Cour supérieure pour jugement déclaratoire visant à faire déterminer l'obligation des parties de renégocier de bonne foi une nouvelle entente.

Le 6 janvier 2014, l'honorable Chantal Corriveau, rejette sa requête. Anne-Marie Péladeau fait appel. Le 21 octobre 2015, la Cour d'appel accueille l'action au motif que l'article 8 du protocole oblige l'appelante, l'intimée et les mis en cause à renégocier de bonne foi les termes d'une nouvelle entente en raison d'un événement non prévu à ce protocole qui porte atteinte directement à son objet et à ses considérations. Effectivement, pour la juge St-Pierre :

« [j]amais n'a-t-on pensé que plus de 90 % de ces 55 millions de dollars (du prix de vente de biens appartenant à l'appelante) ne serait toujours pas versé 13 ans plus tard. Voilà, certes, un "événement non prévu aux présentes", qui porte manifestement atteinte à l'objet et aux considérations du protocole alors que ce dernier est et doit être inéluctablement structuré de manière à sauvegarder les meilleurs intérêts de l'appelante et de sa fille »⁵¹³.

⁵¹²Italiques ajoutées. *Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*, préc., note 444, par. 14.

⁵¹³*Id.*, par. 51.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir pourquoi les cocontractants potentiels ne se satisfont parfois pas du régime légal offert par le droit québécois et signent des contrats de négociation, des lettres d'intention ou des accords de principe rappelant que les pourparlers doivent être menés de bonne foi.

Nous pensons qu'une telle pratique rassure les parties. De plus, elle facilite la preuve en cas de contentieux. Cette preuve, compte tenu du fait que la bonne foi est toujours présumée en vertu de l'article 2805 du *Code civil du Québec*, est en effet parfois difficile à apporter. Cette difficulté est surmontée quand l'exigence de bonne foi est consignée sur papier. Comme le précisent M^{es} Roy et Landry-Maltais, « [c]ette stipulation peut faciliter l'obtention par le titulaire d'une injonction, puisque la tâche de la partie, n'ayant pas respecté ses obligations de prouver que l'injonction est inappropriée, sera beaucoup plus difficile »⁵¹⁴. Enfin, recourir à la voie contractuelle est à nos yeux le symbole de l'inefficacité relative de l'actuelle formulation du devoir de négocier de bonne foi dans le *Code civil*⁵¹⁵. Si l'article 6 mais surtout l'article 1375 du *Code civil du Québec* énonçaient clairement que les parties doivent agir suivant les exigences de la bonne foi non pas « au moment de la naissance de l'obligation », mais dès l'entrée en pourparlers, coucher sur papier l'obligation de respecter la bonne foi durant la négociation d'un contrat s'avèrerait redondant et inutile.

Afin d'améliorer la situation, nous proposons de nous inspirer du droit français qui, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, reconnaît explicitement à l'article 1112 du Code civil, que les parties doivent, dès l'initiative des pourparlers, agir suivant les exigences de la bonne foi. Nous n'avons pas encore assez de recul sur cette réforme afin de

⁵¹⁴A. ROY et S. LANDRY-MALTAIS, préc., note 245, à la p. 333.

⁵¹⁵*Supra*, p. 139-140.

percevoir les retombées pratiques d'une telle codification de la bonne foi dans la période précontractuelle, mais nous sommes convaincus qu'elle va permettre de clarifier la situation et de la simplifier. C'est pourquoi nous considérons qu'il serait judicieux de suivre cette voie au Québec.

Afin de donner plus d'autorité à la bonne foi dans les pourparlers, nous suggérons donc de reformuler l'article 1375. Il dispose actuellement que « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Nous suggérons la formulation suivante : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties dès l'entrée en pourparlers jusqu'à leur rupture éventuelle en passant par leur déroulement, au moment de la naissance de l'obligation, de son exécution ou de son extinction ».

Nous venons de le voir, il existe en droit québécois un devoir de négocier de bonne foi qui repose sur un fondement légal ou contractuel. L'existence de ce devoir s'explique également parce qu'il repose sur des fondements pratiques. En effet, le devoir de négocier de bonne foi est fondé en droit positif dans la mesure où il occupe au sein des pourparlers des fonctions essentielles.

Section 3 : Les fondements pratiques ou la question des fonctions du devoir de négocier de bonne foi

Bien que durant des années, des auteurs aient rappelé que l'on ne voyait guère l'utilité de la bonne foi en droit des contrats⁵¹⁶, on ne peut plus l'affirmer aujourd'hui. Cette notion a, au

⁵¹⁶*Supra* p. 144 et 145.

moment précis de la négociation d'un contrat, des fonctions essentielles comme la sécurisation des pourparlers précontractuels (§ 1) ou la protection du consentement des parties en présence (§ 2). Elle est enfin au service de la liberté contractuelle (§ 3).

§ 1 : La sécurisation et la moralisation des pourparlers précontractuels

Les pourparlers sont une phase par définition incertaine et délicate pour les parties en présence. Le risque que ces derniers échouent et ne permettent pas d'aboutir à un contrat final est fort. Or, ces mêmes parties ont besoin d'un minimum de sécurité afin d'assurer « des saines relations commerciales dont la qualité première est l'efficacité »⁵¹⁷. Effectivement, « [l']engagement dans une relation suppose assurément une certaine dose de confiance dans l'avenir, spécialement si la relation suppose des investissements spécifiques ou une spécialisation de l'activité »⁵¹⁸. Les parties « ne souhaitent certainement pas que leur vis-à-vis puisse abandonner les négociations ou changer librement ce qui a déjà été mis en place sur le chemin de l'édification finale du contrat »⁵¹⁹. En cela, la bonne foi répond au besoin de sécurité des cocontractants potentiels car elle permet de sécuriser, dans la limite du possible, la phase précontractuelle.

Cet impact de la bonne foi dans les pourparlers a été démontré par l'analyse économique du droit qui appréhende la négociation précontractuelle comme un « jeu au cours duquel l'une des parties propose un contrat, et tente d'obtenir que l'autre en accepte les termes »⁵²⁰ ce qui

⁵¹⁷S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

⁵¹⁸Muriel CHAGNY, « La confiance dans les relations des affaires », dans V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), préc. note 189, p. 35, à la p. 40.

⁵¹⁹S. GUILLEMARD, préc., note 24, 167.

⁵²⁰G. MAITRE, préc., note 261, à la p. 130 .

« suppose un échange constant entre les parties de propositions et de contre-propositions »⁵²¹. La bonne foi sécurise les pourparlers en réduisant le risque de « négociation sauvage ». De fait, elle encourage les acteurs économiques à entrer en pourparlers. L'analyse économique du droit montre effectivement que la bonne foi permet de réduire les coûts d'autoprotection des agents et que « dans les sociétés à haut niveau de confiance, les individus sont incités à moins dépenser pour leur protection contre d'éventuels comportements opportunistes de la part de leurs contractants »⁵²².

De même, la bonne foi est un moyen d'inciter les « joueurs » à « adopter un comportement de coopération »⁵²³ les invitant ainsi à éviter d'adopter « une stratégie non coopérative [qui] abouti[rait] nécessairement à l'absence de conclusion du contrat envisagé »⁵²⁴.

Malgré le risque qui fait partie de l'essence des pourparlers, imposer aux cocontractants potentiels le devoir d'agir de bonne foi les rassure et leur permet de se sentir suffisamment à l'aise pour créer une relation avec l'autre et maximiser ainsi les chances d'aboutir à un accord. Comme l'écrit à propos le professeur Jourdain, la bonne foi permet d'« éviter qu'ils ne se causent des dommages »⁵²⁵ et contribue ainsi à « multiplier les chances de succès des négociations qu[e les cocontractants potentiels] entreprennent »⁵²⁶.

⁵²¹*Id.*

⁵²²Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Montréal, Éditions Thémis, Paris, Dalloz, 2008.

⁵²³G. MAITRE, préc., note 261, à la p. 128.

⁵²⁴*Id.* Voir aussi : Denis MAZEAUD, « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », dans Olivier DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 13, à la p. 17.

⁵²⁵P. JOURDAIN, préc., note 505, p. 127.

Par ailleurs, la découverte d'un devoir d'agir de bonne foi durant les pourparlers permet de moraliser cette phase. Comme indiqué par un auteur, « se comporter de bonne foi, ce n'est pas seulement une règle d'urbanité, c'est également, en affaires, refuser la "morale" de "Dallas", et faire preuve d'un minimum de loyauté et d'honnêteté envers son cocontractant »⁵²⁷. En effet,

« [p]our moraliser ce rapport de force, la jurisprudence s'emploie, d'une façon désormais assez habituelle, à imposer aux contractants un comportement loyal, de telle sorte que la sphère contractuelle ne soit pas une jungle où régnerait la loi du plus fort, mais devienne un lieu civilisé régi par un minimum de respect mutuel entre les contractants »⁵²⁸.

Les pourparlers ne devraient pas être l'occasion d'une imposition des conditions du plus fort au plus faible et de pratiques contraires aux exigences de la bonne foi pouvant porter atteinte dans une plus ou moins grande mesure aux intérêts des uns et des autres, et ce, malgré le fait que le monde des affaires est souvent connu pour s'intéresser davantage aux profits qu'aux bonnes pratiques. Comme le professeur Mazeaud l'observe si justement, le contrat ne donne pas simplement naissance à une relation économique mais à un rapport qui est nécessairement humain. Il écrit : « certes, les affaires sont les affaires mais le droit en général et le droit des contrats en particulier sont trop humains pour que les impératifs économiques soient les seuls pris en compte au stade de la création et de l'interprétation des règles de droit contractuel »⁵²⁹.

Le fait d'imposer à travers notamment les articles 6 et 1375 du *Code civil du Québec* le respect de la bonne foi au moment de la naissance du contrat permet au législateur d'obliger les

⁵²⁶*Id.*

⁵²⁷Conclusions JEOL sous Cass A.P. 1^{er} déc. 1995, D. 1996.15.

⁵²⁸Yves NEVEU, « Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle », *Gaz. Pal.* 2000.340.6.

⁵²⁹Denis MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », dans *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 371, à la p. 372.

parties à faire preuve d'un minimum de considération les unes envers les autres. Il ressort en effet de l'interprétation de ces articles que deux acceptions peuvent être données à la bonne foi⁵³⁰. Cette notion répond tout d'abord à une conception subjective⁵³¹. Celle-ci est un état d'esprit, psychologique et intellectuel. Ainsi, « est dite de bonne foi toute personne, même négligente, qui n'a pas l'intention de nuire à autrui »⁵³² ou qui « ignore un fait qui rend irrégulier son comportement ou sa situation juridique »⁵³³. La bonne foi répond également à une conception objective qui s'intéresse davantage au comportement des individus soit l'ensemble de leurs actions ou omissions⁵³⁴, qui, d'après la professeure Grégoire, sont jugées « acceptables ou inacceptables en fonction des valeurs sociales »⁵³⁵.

⁵³⁰Le droit comparé admet également la double conception de la bonne foi. Pour le droit français, Madame Jaluzot a précisé que la « notion de bonne foi, telle que la connaît le droit français est dédoublée » (B. JALUZOT, préc., note 452, p. 7). Le droit allemand envisage également la bonne foi sous ces deux aspects mais « a radicalisé cette position » (*Id.*). Il les a distingués en prévoyant deux termes pour désigner chacune des conceptions. Ainsi, « [l]a bonne foi – croyance légitime fut nommée "*guter Glaube*", c'est-à-dire la traduction littérale de bonne foi et fut réservée au droit des biens. La bonne foi-loyauté fut nommée *Treu und Glauben*, littéralement fidélité et confiance (ou loyauté), et fut attribuée au droit des obligations » (*Id.*).

⁵³¹La professeure Lefebvre parle de la bonne foi subjective-croyance erronée (B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 72).

⁵³²CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, *Code civil du Québec. Annotations – Commentaires 2017-2018*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, art. 6, p. 9.

⁵³³*Id.*, p. 9-10.

⁵³⁴La faute d'omission est définie comme une « [f]aute civile consistant à ne pas faire ce que l'on doit faire » (CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Faute d'omission », p. 155. Quant à elle, la faute d'action ou de commission « consiste à poser un geste non conforme au standard fixé par la loi ou à avoir un comportement jugé inadéquat par la jurisprudence » (J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-185, p. 177).

⁵³⁵Marie Annik GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 179-180. De manière similaire, le professeur Cornu décrit la conception objective de la bonne foi comme un « comportement loyal (...) attitude d'intégrité et d'honnêteté ; esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime » (CORNU, G. (dir.), préc., note 44, p. 133).

Dans le cadre des pourparlers, cette dernière conception de la bonne foi doit être privilégiée⁵³⁶. Tout d'abord, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'elle « est celle visée par l'article 1375 (...) et s'applique dans tout type de relation, qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle »⁵³⁷. En effet, la version française de l'article dispose que « [l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Le verbe « exercer » ainsi que l'expression « conduite des parties » renvoient directement à la notion de comportement et donc à la conception objective de la bonne foi. Cette position est renforcée par la version anglaise de l'article qui emploie l'expression de « *conduct in good faith* ». Privilégier la conception objective de la bonne foi dans le cadre des pourparlers est selon nous intéressant puisqu'il s'agit d'une conception plus large et « plus exigeante »⁵³⁸. En effet, dans les cas où l'on retient

⁵³⁶La formulation anglaise de l'article 6 du *Code* ne nous permet pas d'affirmer avec autant de vigueur que l'article en question ne présente que l'acceptation objective de la bonne foi. Des doutes persistent en raison de la formulation anglaise retenue. Alors que la version française de l'article 6 retient que « [t]oute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi », la version anglophone dispose que « *[e]very person is bound to exercise his civil right in good faith* ». Les expressions « *in good faith* » et « selon les exigences de la bonne foi » ne semblent pas faire appel à la même conception de la bonne foi. La première correspond à l'acceptation subjective de la notion puisque la préposition *in* dénote un état d'esprit. En revanche, parler des « exigences de la bonne foi » fait intervenir la conception objective car l'on ne se place plus d'un point de vue individuel mais général, celui d'un critère ou d'un standard applicable à tous, sans distinction. Un tel débat est néanmoins à relativiser. D'un point de vue pratique en effet, « ces deux sens ne sont pas diamétralement opposés et exclusifs l'un de l'autre. Il existe certains éléments d'objectivité qui entrent en ligne de compte lorsque l'on considère la bonne foi sous son aspect subjectif, alors que certains éléments de subjectivité sont considérés lors de l'analyse de la bonne foi objective » (Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi, notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321, 325).

⁵³⁷CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, préc., note 532, art. 6, p. 10. Voir dans le même sens : B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 77.

⁵³⁸CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, préc., note 532, art. 6, p. 10. Voir : *Houle c. Banque canadienne nationale*, préc., note 465 ou *Vachon c. Lachance*, préc., note 184.

la conception objective de la bonne foi « [i]l n'est plus question de bonne ou mauvaise foi à proprement parler, mais d'un manquement aux exigences de la bonne foi »⁵³⁹ si bien qu'« une personne peut (...) ne pas agir de façon malicieuse (...) et aller tout de même à l'encontre des exigences de la bonne foi (...) en violant des normes de comportement objectives et généralement admises dans la société »⁵⁴⁰. Cette démarche nous semble essentielle dans la mesure où elle permet de sanctionner le comportement des cocontractants potentiels⁵⁴¹ au-delà de la simple intention de nuire⁵⁴² ce qui ne peut qu'assurer un climat plus serein, nécessaire à l'efficacité des pourparlers et à la protection des parties prenantes.

En cela, la bonne foi apparaît bel et bien comme « une sorte de garde-fou contre le risque de déloyauté dans le déroulement ou la rupture des négociations »⁵⁴³.

⁵³⁹Brigitte LEFEBVRE, « La bonne foi », dans Benoît MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil – Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 75, à la p. 93.

⁵⁴⁰J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 132, p. 220.

⁵⁴¹Dans l'affaire *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, il est précisé que : « Quiconque entame des pourparlers assume l'obligation extracontractuelle de négocier de bonne foi, sous peine de dommages-intérêts. Reconnue en jurisprudence et en doctrine, ici comme en France, cette obligation générale pèse sur toute partie éventuelle, instigatrice de la négociation ou pas » (*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, 1999 CanLII 10611 (QC C.Q.), par. 18).

⁵⁴²Dans l'arrêt *Pegasus Partners Inc. c. Group Laurem Inc.*, les juges considèrent que « l'intention malveillante n'est plus une condition nécessaire de la responsabilité » (*Pegasus Partners Inc. c. Group Laurem Inc.*, préc., note 494). Cet arrêt s'inscrit dans la lignée de l'affaire *Houle c. Banque canadienne nationale* pour laquelle les juges de la Cour suprême ont estimé que la bonne foi pouvait avoir été violée même en l'absence d'intention de nuire ou de mauvaise foi (*Houle c. Banque canadienne nationale*, préc., note 465). Voir également : *Société immobilière du Québec c. C. & G. Fortin Inc.*, 2014 QCCA 730. Pour la doctrine, voir notamment : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 137, p. 227.

⁵⁴³J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 711, p. 514. On retrouve d'ailleurs la fonction

La bonne foi contribue également à la protection du consentement des parties aux pourparlers précontractuels.

§ 2 : La protection du consentement des parties aux pourparlers précontractuels

La bonne foi emporte une obligation d'information qui s'applique dès la négociation d'un contrat éventuel⁵⁴⁴. Celle-ci permet souvent d'éclairer le consentement et d'éviter qu'il soit vicié par l'erreur.

L'objectif des pourparlers est, pour les parties en présence, d'échanger des informations afin de déterminer s'il est opportun pour elles de se lier par un contrat final. Cette décision de contracter est libre. Elle doit néanmoins se faire en toute connaissance de cause. Ainsi, il est de la responsabilité de chacune des parties, lors des pourparlers, de soumettre à la discussion toute information ou donnée susceptible d'avoir un impact sur le choix final de contracter.

Faire preuve de bonne foi au moment de la négociation, c'est donc respecter l'obligation précontractuelle d'information qui garantit la validité du consentement au contrat. Comme l'indique la professeure Lefebvre, « [a]u stade de la formation, l'obligation de bonne foi prévient l'annulation du contrat ou la réduction des obligations en exigeant un consentement libre et éclairé »⁵⁴⁵. Ainsi, un contrat ne peut être valide s'il n'a pas été consenti. Comme l'indique l'article 1398 du *Code civil du Québec*, « [l]e consentement doit être donné par une

correctrice de la bonne foi dès l'époque romaine. En effet, à l'origine, la bonne foi était un outil du préteur romain pour corriger ce que le droit primitif avait de trop rigide.

⁵⁴⁴Nous reviendrons sur cette ramification juridique de la bonne foi ultérieurement. *Infra*, p. 191-208.

⁵⁴⁵Brigitte LEFEBVRE, « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans S.F.P.B.Q., vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 49, EYB2000DEV157 (La référence).

personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger ». Dans le même sens, l'article 1399 précise que « [l]e consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ». L'article 1400 alinéa premier dispose quant à lui que « [l]'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement ». Enfin, l'article 1401 dispose que « [l]'erreur d'une partie, provoquée par le *dol* de l'autre partie ou à la connaissance de celle-ci, vicie le consentement dans tous les cas où, sans cela, la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. Le *dol* peut résulter du *silence ou d'une réticence* »⁵⁴⁶.

Grâce, entre autres, à la bonne foi, le consentement est protégé. La protection du consentement est une des fonctions essentielles de la bonne foi. Cela permet de garantir la stabilité contractuelle. En effet, obliger les parties à informer le partenaire potentiel de tous les faits ayant un impact dans la prise de décision de contracter permet d'éviter l'erreur. Ainsi, le consentement sera libre et éclairé et les parties n'auront pas à se tourner *a posteriori* vers le juge pour demander l'annulation du contrat conclu en raison d'un consentement vicié par l'erreur.

Mais la bonne foi dans les pourparlers répond aussi à une troisième fonction : elle est un devoir au service de la liberté contractuelle.

⁵⁴⁶Nous avons ajouté les italiques.

§ 3 : La bonne foi : un devoir au service de la liberté contractuelle

Comprendre le rapport que la bonne foi entretient avec la liberté contractuelle est une des difficultés majeures lorsque l'on s'intéresse au thème des pourparlers précontractuels. À première vue, on pourrait considérer qu'une coexistence des deux concepts est impossible. Dans cette perspective, imposer le respect de la bonne foi dans les pourparlers précontractuels viendrait réduire le champ consacré à la liberté contractuelle. En d'autres termes, obliger les parties à agir suivant les exigences de la bonne foi dans les pourparlers les priverait automatiquement de leur liberté. La bonne foi et la liberté contractuelle seraient antagonistes.

Or, la liberté contractuelle, clé de voûte de la phase précontractuelle, ne peut exister sans la bonne foi. Comme le souligne le professeur Mazeaud, « le devoir de loyauté (...) est, en réalité, un hommage à la liberté »⁵⁴⁷. La bonne foi permet d'enrayer les abus qui peuvent se soulever durant les pourparlers sous couvert de la liberté contractuelle. En encadrant la liberté contractuelle, la bonne foi lui permet de se développer au mieux. Ainsi, la bonne foi et la liberté contractuelle ne sont pas antagonistes et doivent être protégées dans cette phase particulière de la formation des contrats. Elles forment à elles deux le cœur du système précontractuel.

Le présent chapitre nous a permis de nous intéresser aux fondements du devoir de négociier de bonne foi. Longtemps fondée sur la théorie des vices du consentement ou de l'abus de droit, la bonne foi bénéficie depuis la codification de la notion à plusieurs reprises dans le *Code civil du Québec* d'une autorité qui lui est propre. Malgré l'inscription de la bonne foi qui, nous l'avons vu, comprend le devoir de négociier de bonne foi dans le *Code*, certains cocontractants

⁵⁴⁷D. MAZEAUD, préc., note 389, à la p. 630.

potentiels choisissent encore de recourir à des documents contractuels afin de s'assurer du respect de ce principe durant les négociations d'un contrat définitif. Il s'agit d'une pratique répandue, mais qui depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* nous paraît peu utile. Pour éviter qu'une telle pratique continue de se multiplier compliquant ainsi davantage le bon déroulement des pourparlers du fait de la production de nombreux documents, il serait, à nos yeux, nécessaire de reformuler l'article 1375 du *Code civil du Québec* afin que ce dernier dispose explicitement le devoir de négocier de bonne foi⁵⁴⁸. Comme nous l'avons démontré, la formule de l'article 1375 soulève certaines controverses et sème encore le doute sur le devoir de chacun d'agir suivant les exigences de la bonne foi durant les pourparlers. Or, « quand une règle est mal formulée, on l'applique mal »⁵⁴⁹. Ce chapitre nous a également permis d'insister sur les fonctions essentielles de la bonne foi dans les pourparlers. Les fonctions que ce principe occupe justifient pleinement sa consécration par le législateur. Néanmoins, ce dernier ne définit pas le contenu précis d'un tel devoir. Cela justifie que le prochain chapitre s'intéresse à cet aspect.

Chapitre 2 : Le contenu du devoir de négocier de bonne foi

Le chapitre précédent nous a permis d'insister sur les divers fondements du devoir de négocier de bonne foi. L'objectif du présent chapitre est de s'intéresser au contenu de ce devoir dans la

⁵⁴⁸*Contra* : le professeur Karim qui parle des « termes clairs et précis de l'article 1375 C.c.Q. » (Vincent KARIM, « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41(3) *C de D.* 435, 439). Voir aussi : Vincent KARIM, *Les obligations*, 4^e éd., vol. 1 « Articles 1371 à 1496 », Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

⁵⁴⁹Conférence d'Adriane PORCIN sur « La fiducie manitobaine » délivrée le 13 octobre 2015 à la Faculté de Droit et de Science politique de l'Université de Montpellier et organisée par le Laboratoire de Droit Privé de la Faculté.

mesure où, bien que de nombreux systèmes juridiques occidentaux⁵⁵⁰ le consacrent, peu le définissent.

Le Québec n'échappe pas à la règle. Ainsi, le *Code civil* ne précise pas le contenu ni la portée du devoir de négociier de bonne foi. Comme le fait remarquer la professeure Guillemard, « [u]n tel silence des législateurs porte à croire qu'ils n'ont pas voulu ou pas osé s'aventurer trop loin dans les méandres de la morale, ce qui, il faut le reconnaître, n'est pas leur sujet principal de préoccupation, pour laisser cette tâche aux magistrats »⁵⁵¹.

Cette absence de définition codifiée du devoir de négociier de bonne foi en droit québécois revêt des avantages certains. Elle permet par exemple au concept d'évoluer au gré des cas d'espèce et d'un contexte extérieur changeant. Il semble néanmoins important d'en définir le contenu précis en mettant en exergue ses diverses illustrations. Pour ce faire, nous adopterons une approche principalement casuistique.

Ainsi, nous verrons que le devoir de négociier de bonne foi exige en premier lieu d'agir de façon loyale durant toute la phase précontractuelle (Section 1), et de respecter les corollaires de cette loyauté tels que le devoir d'information et de confidentialité (Section 2).

⁵⁵⁰Pour le professeur Mazeaud, « rares sont les pays qui résistent à sa séduction » (D. MAZEAUD, préc., note 389, aux p. 606 et 607). Pour les professeures Bénabou et Chagny, « [l]a bonne foi a toujours eu une place importante au sein de la phase de formation des contrats et des pourparlers. Et ce, particulièrement dans le monde des affaires comme en témoigne le préambule d'un Édit de novembre 1563 grâce auquel le roi donna aux hommes de commerce "des règlements capables d'assurer parmi les négociants la bonne foi contre la fraude, et de prévenir les obstacles qui les détournent de leur emploi, par la longueur des procès" » (M. CHAGNY, préc., note 518, à la p. 40).

⁵⁵¹S. GUILLEMARD, préc., note 75, 376.

Section 1 : La loyauté précontractuelle

De manière générale, le *Petit Robert de la langue française* définit la loyauté comme « la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur et de la probité »⁵⁵². D'un point de vue juridique, elle peut être considérée comme une émanation ou une « manifestation du principe général de bonne foi »⁵⁵³. Le législateur québécois impose son respect durant l'exécution du contrat⁵⁵⁴ mais aussi, implicitement, lors de la phase précontractuelle à travers notamment l'article 1375 du *Code civil du Québec* qui dispose en substance que la bonne foi doit gouverner la conduite des parties au moment de la naissance de l'obligation. Ainsi, le devoir qui incombe aux parties à la négociation de se comporter suivant les exigences de la bonne foi suppose principalement qu'elles fassent preuve de loyauté durant les pourparlers (§ 1) et lors de la rupture de ces derniers (§ 2).

§ 1 : La loyauté précontractuelle durant les pourparlers

La question de la loyauté précontractuelle durant les pourparlers n'est pas aisée tant elle renvoie à des illustrations variées⁵⁵⁵. Effectivement, l'exigence de loyauté « au stade des

⁵⁵²*Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2017, « Loyauté », p. 1486.

⁵⁵³C. ASFAR-CAZENAIVE, préc., note 405, 730.

⁵⁵⁴L'article 322 dispose par exemple que l'administrateur doit « agir avec honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la personne morale ». L'article 2088 dispose quant à lui que « le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail ». L'article 2138 précise également que le mandataire doit agir « avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant ».

⁵⁵⁵Béatrice Jaluzot parle de « contenu variable » dans B. JALUZOT, préc., note 452, p. 79 notamment. Madame Jaluzot souligne également que la bonne foi « est un des points où la doctrine et la jurisprudence se sont révélés les plus imaginatifs » (B. JALUZOT, préc., note 452, p. 73).

négociations va se décomposer en différentes obligations »⁵⁵⁶ si bien qu'« [o]n ne peut (...) définir de manière absolue les contours de la loyauté en période de pourparlers »⁵⁵⁷. Nous en aborderons les principaux en revenant sur le principe de la loyauté précontractuelle (A), avant de porter notre attention sur les limites de ce même principe (B).

A) Le principe

Le principe de la loyauté précontractuelle exige des parties qu'elles évitent tout comportement excessif ou déraisonnable, qu'il soit empreint d'une intention de nuire ou non. Concrètement, les illustrations sont nombreuses. Elles ont principalement été dégagées par la jurisprudence et la doctrine.

Tout d'abord, la loyauté précontractuelle commande de ne pas engager de négociations précontractuelles sans réelle volonté de conclure un contrat. Comme le souligne la professeure Guillemard, « [ê]tre loyal, c'est donc, par exemple, de ne pas s'engager à la légère dans le processus, sans projet de conclure »⁵⁵⁸. S'engager dans des négociations leurres⁵⁵⁹ est loin de garantir l'attitude constructive attendue de tout cocontractant potentiel. Ce comportement est déloyal et caractérise l'intention malveillante du cocontractant potentiel qui a invité un partenaire à la table des négociations dans la mesure où sa décision a été motivée non pas par sa volonté de conclure un contrat final, mais parce qu'il souhaite par exemple, « détourner

⁵⁵⁶S. GUILLEMARD, préc., note 75, 379.

⁵⁵⁷Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 232, p. 208.

⁵⁵⁸S. GUILLEMARD, préc., note 75, 382.

⁵⁵⁹J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 75, p. 69.

l'attention du partenaire d'une autre proposition intéressante »⁵⁶⁰, « l'écarter d'un autre projet »⁵⁶¹, ou « soutirer des renseignements de son vis-à-vis »⁵⁶².

Dans l'affaire *Nouveautés Camac Inc. c. Promotions atlantiques Inc.*⁵⁶³, il semblerait que des négociations aient été entamées dans le seul but d'obtenir et de réutiliser des informations confidentielles afin de commercialiser un produit jusque-là absent du marché. Cette affaire oppose la société Les Promotions atlantiques Inc. qui fabrique et distribue des produits ménagers, à la société Nouveautés Camac Inc., dirigée par Monsieur Chartrand également inventeur. Dans le cadre de ses activités, la société Les Promotions atlantiques Inc. a régulièrement recours à des inventeurs. À cette fin, Monsieur Chartrand lui présente des dessins et un prototype d'un support à épices abaissable destiné à être installé sous une armoire de cuisine. Intéressée, la société Les Promotions Atlantiques Inc. et Nouveautés Camac Inc. entrent en pourparlers. Ces derniers seront rompus en septembre 1991. Nouveautés Camac Inc. décide alors de réaliser elle-même son produit, sans l'aide de la société Promotions atlantiques Inc. Néanmoins, à l'automne 1993, Monsieur Chartrand ne réussit pas à distribuer son produit. Il réalise que sa difficulté provient du fait que les chaînes importantes préfèrent faire affaire avec son ancien partenaire à la négociation qui est un plus gros distributeur que lui et qui a fabriqué et propose un support à épices semblable au sien. Souffrant d'un préjudice important, Nouveautés Camac Inc. formule une demande d'injonction. Sous la plume de l'honorable Nicole Duval Hesler, alors à la Cour supérieure, sa

⁵⁶⁰S. GUILLEMARD, préc., note 75, 382.

⁵⁶¹P. MOUSSERON, préc., note 162, 252.

⁵⁶²S. GUILLEMARD, préc., note 75, 382.

⁵⁶³*Nouveautés Camac Inc. c. Promotions atlantiques Inc.*, J.E. 94-796 (C.S.).

demande est rejetée. Néanmoins, il est admis par la juge que les faits peuvent lui donner ouverture à une action en dommages.

Dans le même sens, la loyauté précontractuelle commande de ne pas maintenir des négociations vouées à l'échec alors que l'un des deux cocontractants potentiels sait qu'elles n'aboutiront pas. En effet, dès lors qu'une partie engagée dans le processus de tractations préliminaires réalise qu'aucun contrat final ne pourra être conclu, elle doit prendre la décision de rompre les pourparlers sous peine d'être condamnée pour violation de son devoir de loyauté ou, plus largement, de son devoir de négocier de bonne foi. Comme le souligne la professeure Guillemard, « [u]ne conduite déloyale consiste également à tromper l'interlocuteur sur la probabilité apparente de succès de la négociation alors que la probabilité effective est mince »⁵⁶⁴. De même, pour les professeurs Larroumet et Bros, « [c]'est une faute que laisser croire que l'on est susceptible de conclure un contrat, alors qu'il n'en est rien »⁵⁶⁵.

La jurisprudence québécoise a été amenée à condamner un tel comportement comme l'illustre l'affaire *Lirange c. Blum-Lussier*⁵⁶⁶. Les faits de cette affaire sont les suivants : une entente verbale préliminaire au printemps 1998 a poussé Patrice Blum Lussier à poser des gestes et à encourir plusieurs frais en vue de la conclusion à venir d'un bail de location d'une érablière avec William Salvatore Lirange. Par exemple, Patrice Blum Lussier a soumis une demande d'emprunt de 110 000 dollars à la Société de financement agricole pour le financement de sa cabane à sucre et l'installation de son érablière et a construit la cabane à sucre sur sa propriété. Or, le défendeur a refusé de conclure ce bail malgré l'entente préliminaire intervenue et la

⁵⁶⁴S. GUILLEMARD, préc., note 75, 381 et 382.

⁵⁶⁵Ch. LARROUMET et S. BROS, préc., note 26, n° 232, p. 207.

⁵⁶⁶*Salvatore-Lirange c. Blum-Lussier*, 2007 QCCA 1735.

mise en demeure par les procureurs de Patrice Blum Lussier, le 19 février, de finaliser le bail pour donner effet à l'entente verbale intervenue entre les parties au printemps. Sous la plume de l'honorable Georges Taschereau, la Cour supérieure considère que le défendeur, William Salvatore Lirange, avait agi de façon déloyale en ne signifiant pas formellement à son partenaire potentiel, Patrice Blum Lussier, son envie de ne plus faire affaire avec lui. Au contraire, il l'a laissé croire en la réalisation du projet alors que les pourparlers étaient voués à l'échec⁵⁶⁷. Monsieur Salvatore Lirange fait appel de la décision. La Cour d'appel rejette sa demande en soulevant l'« absence de bonne foi dans les pourparlers précontractuels [de l'appelant] (...) après avoir suscité chez l'intimée la confiance en la conclusion d'un accord »⁵⁶⁸, alors qu'il avait renoncé à cette issue favorable des négociations.

Un tel comportement a également très tôt été condamné par les juges français dans un arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 20 juin 1961⁵⁶⁹. Dans cette affaire en effet, un éditeur a été sanctionné pour avoir entretenu un auteur dans l'illusion que son ouvrage avait des chances d'être publié. La Cour a considéré qu'un tel comportement était déloyal et plus largement contraire aux exigences de la bonne foi dans les pourparlers. Un tel dispositif a fait jurisprudence⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ *Blum-Lussier c. Lirange*, 2006 CanLII 657 (QC C.S.).

⁵⁶⁸ *Salvatore-Lirange c. Blum-Lussier*, préc., note 566, par. 1. Voir également : *Turpin c. Banque de développement du Canada*, 2013 QCCA 893. Dans cette affaire, la Banque de développement Canada (BDC) laisse croire à un actionnaire qu'il pourrait acheter l'entreprise mais finit par vendre l'usine à un tiers. Elle se fait poursuivre pour perte d'occasion d'affaires. Le juge établit que la BDC n'a pas adopté de comportement loyal durant les pourparlers.

⁵⁶⁹ Civ 1^{ère}, 20 juin 1961, D. 1962.3.

⁵⁷⁰ Voir notamment : Com. 20 mars 1972, préc., note 137 ; Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, D. *Affaires* 1998.242.

La jurisprudence, appuyée par la doctrine, condamne une telle attitude dans la mesure où cette dernière « entretient faussement des espoirs et fait perdre du temps et peut-être d'autres occasions de contracter »⁵⁷¹ au partenaire déçu par la rupture des pourparlers. Comme pour l'initiation des pourparlers sans véritable intention de conclure le contrat définitif, le maintien des négociations vouées à l'échec est guidé par plusieurs motifs. En particulier, il arrive qu'une partie à la négociation fasse trainer les pourparlers alors qu'elle n'a plus envie de contracter pour faire perdre un marché à son partenaire ou gagner du temps afin de le décrocher pour son propre compte. Le maintien de négociations vouées à l'échec s'explique également par le fait que la partie fautive souhaite obtenir des informations confidentielles ou privilégiées de la part de son partenaire aux pourparlers. Ainsi, dans l'affaire *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*⁵⁷², le défendeur a été condamné pour violation du devoir de négocier de bonne foi. Dans cette affaire en effet, les juges ont estimé que le défendeur n'a maintenu les négociations qu'afin d'obtenir et de se servir d'informations privilégiées et confidentielles. Plus précisément, il était reproché au défendeur de s'être approprié un projet d'aménagement immobilier pensé par le demandeur et révélé lors de pourparlers d'association.

La loyauté précontractuelle au moment des pourparlers condamne également tout cocontractant potentiel qui engage des négociations sans être titulaire du droit de prendre la décision de conclure le contrat envisagé. Un tel comportement a été reproché à Joginder Singh dans l'affaire *Singh c. Kohli*⁵⁷³. Monsieur Singh est le président et actionnaire fondateur de la société Kripa Energy Inc. La société compte 26 actionnaires. Tous les actionnaires, à

⁵⁷¹S. GUILLEMARD, préc., note 75, 381 et 382.

⁵⁷²*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc., note 541.

⁵⁷³*Singh c. Kohli*, préc., note 85. Pour un exemple en droit français, voir : Civ. 1ère, 12 avr. 1976, *Bull civ.* I, n° 122.

l'exception de Monsieur Singh, sont décrits dans le préambule de la convention des actionnaires amendée le 9 août 2009 comme des « investisseurs silencieux ». Néanmoins, le reste de la convention leur donne plus de pouvoirs en indiquant que la délivrance de nouvelles unités nécessite une résolution spécifique émanant du conseil des directeurs de la société ainsi qu'une résolution approuvée par les deux tiers des actionnaires. Monsieur Singh entre en pourparlers avec Subhash Khanna qui représente la société Trio Properties Ltd. et Daljit Kohli, entrepreneur, dans le but que ces derniers acquièrent des actions au sein de la société de Monsieur Singh. Durant la négociation, Monsieur Singh insiste sur le fait que les autres actionnaires de sa société ne sont que des « investisseurs silencieux » qui ne font que suivre les décisions qu'il prend. Il assure à Subhash Khanna et à Daljit Kohli qu'il est la seule personne capable d'engager la société Kripa Energy Inc. Le 27 novembre 2010, Monsieur Singh annonce néanmoins à Monsieur Khanna et à Daljit Kohli la rupture des pourparlers en raison du refus de ses actionnaires de voir la société Trio Properties Ltd et Daljit Kohli obtenir des parts de la société Kripa Energy Inc. Sous la plume de l'honorable Marie-France Bich, la Cour d'appel reproche à Monsieur Singh d'avoir délibérément modifié la réalité de la situation en faisant croire à ses partenaires à la négociation qu'il avait le pouvoir d'engager en son nom propre la société Kripa Energy Inc. alors que la convention des actionnaires l'en empêche et qu'il n'a jamais été mandaté pour le faire. En agissant de la sorte, Monsieur Singh n'a pas agi suivant les exigences de la bonne foi. En effet, « *the plaintiffs were led to believe by Mr. Singh that he was acting for Kripa with full authority. The good faith of the plaintiff cannot be questioned given Mr. Singh's representations to them* »⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴*Singh c. Kohli*, préc., note 85, par. 71. Pour une illustration en droit français, voir : Civ. 3^e, 18 déc. 2012, *RTD civ.* 2013.109, obs. Fages, n^o 11-28251, en ligne :

Par ailleurs, la loyauté précontractuelle commande à chaque partie à la négociation de « rencontrer son partenaire et d’amorcer les négociations avec une attitude constructive »⁵⁷⁵. La professeure Guillemard précise que « faire des propositions inacceptables telles qu’elles amènent inévitablement à l’échec de la négociation »⁵⁷⁶ ne représente pas une attitude constructive. Dans le même ordre d’idée, dans l’arrêt *Axor Construction Canada Inc. c. Bibliothèque et Archives nationales du Québec*⁵⁷⁷, la Cour d’appel a refusé de conclure que la Bibliothèque et Archives nationales du Québec (ci-après « BNQ ») avait manqué à son obligation d’agir de manière constructive en refusant de faire des compromis durant les négociations entamées entre elle et la société Axor Construction Canada Inc. En effet, tout compromis aurait, dans le cas d’espèce, dénaturé le concept architectural du projet. Bien au contraire, c’est Axor Canada Inc. (ci-après « Axor ») qui a agi de mauvaise foi puisque l’entreprise a déposé une soumission uniquement dans le but de se qualifier et d’acquérir le droit de négocier. En l’absence d’intention d’exécuter les travaux au prix demandé et de signer le contrat aux conditions de l’appel d’offre, Axor doit indemniser la BNQ pour la différence de coûts avec le deuxième soumissionnaire conforme le plus bas. Ainsi, selon la Cour d’appel,

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026822037&fastReqId=1712913756&fastPos=1>>. Dans cette affaire, une société qui avait engagé des pourparlers sans s’être assurée de son pouvoir de consentir un bail commercial sur un bien du domaine public a engagé sa responsabilité civile.

⁵⁷⁵S. GUILLEMARD, préc., note 75, 382.

⁵⁷⁶*Id.*, 381 et 382.

⁵⁷⁷*Axor Construction Canada Inc. c. Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, 2012 QCCA 1228.

Axor est la société qui n'a pas respecté ses engagements en refusant d'agir de manière constructive⁵⁷⁸.

Enfin, nous l'avons vu, la liberté précontractuelle permet à tout cocontractant potentiel de mener, s'il le souhaite, des négociations parallèles⁵⁷⁹. Néanmoins, la loyauté précontractuelle consiste à notre avis pour un cocontractant potentiel à ne pas cacher à son partenaire la tenue de pourparlers parallèles avec un tiers lorsque la question est posée. Ce comportement est déloyal puisqu'il entretient l'illusion que les pourparlers ont des chances d'aboutir. Notre positionnement rejoint celui de la professeure Lefebvre selon qui, « si la question lui est posée ou qu'il est manifeste que l'une des parties croit à l'unicité de la négociation, nous sommes d'avis qu'elle devra alors donner l'heure juste »⁵⁸⁰. De même, un auteur français estime qu'« à défaut de révéler le ou les autres partenaires à une négociation parallèle, le "bi-négociateur" doit signaler l'éventualité de celle-ci, et, peut-être, la possibilité de son succès »⁵⁸¹. C'est ce qu'a conclu la Cour d'appel de Douai : « le négociateur est tenu de révéler cette circonstance

⁵⁷⁸Pour un exemple français voir : Versailles, 6 janv. 1995, *IBM c. CGE*, Inédit. Cet arrêt condamne l'appelant qui n'a pas agi de manière constructive en refusant de respecter le contradictoire soit le fait de laisser le temps à son partenaire d'exprimer des contre-propositions.

⁵⁷⁹*Supra*, p. 74-82.

⁵⁸⁰B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 145. Voir dans le même sens : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-70, p. 54 : « en décidant de divulguer l'existence de négociations parallèles, elle satisfait plus facilement à son obligation de bonne foi en cas de rupture des négociations » ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 136, p. 225 : chaque partie peut mener des négociations parallèles « sans le divulguer (à condition de ne pas mentir à ce sujet et de ne pas s'être engagée à négocier exclusivement) ». L'ouvrage des professeurs Lluellas et Moore sur les obligations ainsi que celui des professeurs Pineau et Gaudet, n'évoquent pas cette question.

⁵⁸¹P. MOUSSERON, préc., note 162, 254.

lorsque la question lui est posée »⁵⁸². La jurisprudence québécoise n'a en revanche pas encore eu l'occasion de se prononcer sur cette question⁵⁸³.

Le professeur Ancel a précisé au sujet de la bonne foi que « l'essentiel de la littérature consist[e] à dérouler - plus ou moins loin - le tapis des très nombreux devoirs ou "obligations" (...) auxquels sont tenues les parties »⁵⁸⁴. De tels propos sont aisément transposables au concept de la loyauté précontractuelle. En effet, nous venons de le voir, répondre à l'exigence de loyauté durant les pourparlers nécessite des parties prenantes le respect de nombreux devoirs ou obligations. Néanmoins, selon nous, la conception de la loyauté ne s'étend pas jusqu'à exiger des parties qu'elles fassent preuve de collaboration ou de coopération.

B) Les limites du principe : le devoir de collaboration ou de coopération

Le devoir de collaboration ou de coopération représente à nos yeux les limites à l'exigence de loyauté précontractuelle durant les pourparlers. Inclure dans le concept de loyauté la notion de coopération ou de collaboration étend de manière certaine le champ des devoirs et des obligations attendus des cocontractants potentiels. En effet, à la différence de la loyauté qui se décline sur un mode essentiellement négatif⁵⁸⁵, le devoir de collaboration ou de coopération

⁵⁸²Douai, 27 mars 2008, *Juris-Data* n° 2006-06160.

⁵⁸³Dans l'affaire *Compagnie France Film Inc. c. Imax Corporation*, préc., note 280, les concurrents savaient que le partenaire à la négociation entretenait des négociations parallèles. Notre propos concerne précisément la situation où l'un des partenaires à la négociation ignore la tenue de pourparlers parallèles et pose la question au cocontractant potentiel qui ment sur la tenue de tels pourparlers.

⁵⁸⁴P. ANCEL, préc., note 443, 92.

⁵⁸⁵D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 1979, p. 1120. Néanmoins, le devoir de coopération ou de collaboration découle de la bonne foi voir en ce sens : *Warnex Pharma Inc. c. Cirion Biopharma Recherche Inc.*, [2003] n° AZ-50164275 (C.S.).

« impose des gestes spécifiques pour atteindre la finalité du contrat »⁵⁸⁶. Coopérer ou collaborer exige donc des parties aux négociations qu'elles adoptent une attitude active pouvant aller selon le professeur Mekki « jusqu'à se préoccuper, du moins en partie, des intérêts du cocontractant »⁵⁸⁷. Il existe donc une différence non négligeable entre le fait d'exiger d'un cocontractant potentiel un comportement loyal ou bien qu'il coopère.

Historiquement, l'obligation de coopération ou de collaboration ne s'appliquait que dans des domaines tels que le droit médical ou le droit bancaire. Demogue⁵⁸⁸ a été l'un des premiers auteurs à considérer qu'il découlait de la bonne foi⁵⁸⁹ que durant la formation du contrat⁵⁹⁰, les parties collaborent ou coopèrent. L'obligation de coopération ou de collaboration s'est par la suite généralisée⁵⁹¹. Dans le domaine précis des pourparlers précontractuels, cette exigence de

⁵⁸⁶B. LEFEBVRE, préc., note 545.

⁵⁸⁷M. MEKKI, préc., note 417, 816. Voir dans le même sens les propos des professeurs Albertini et Amar pour qui le devoir de coopération a « pour objet la prise en compte par chacun des contractants des intérêts de son partenaire » (Marie ALBERTINI et Éric AMAR, « La rupture abusive des pourparlers », *LPA* 2013.195.6).

⁵⁸⁸René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. 6 « Effets des obligations », Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.

⁵⁸⁹*Contra* : Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, vol. 27, coll. « Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux », Paris, LexisNexis Litec, 2006, selon qui le devoir de coopération ne découle pas de la bonne foi mais seulement d'une clause contractuelle éventuelle.

⁵⁹⁰Le devoir de coopération ou de collaboration est également admis lors de l'exécution du contrat. Comme le soulignent les juges dans l'affaire *Warnex Pharma Inc. et al c. Cirion Biopharma Recherche Inc.*, « [l']obligation de bonne foi exige aussi un esprit de collaboration active entre les parties et des gestes concrets de part et d'autre. Il ne suffit plus pour être de bonne foi de ne pas avoir d'intention contraire, il faut de plus agir en ce sens » (*Warnex Pharma Inc. et al c. Cirion Biopharma Recherche Inc.*, EYB 2003-38229, par. 26).

⁵⁹¹Cette évolution a été traitée par le professeur Mestre. Voir notamment : Jacques MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986.100. Pour une étude plus complète en la matière voir aussi : Marie-Noëlle CAPOGNE-CHARLES, *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat*, thèse de doctorat, Toulouse, 1988.

collaboration ou de coopération se manifeste de plusieurs manières. Tout d'abord, elle s'illustre à travers l'adoption d' « une attitude positive afin de favoriser l'aboutissement des négociations »⁵⁹². On peut notamment penser à l'obligation pour le bénéficiaire d'une promesse de contrat de mettre tout en place afin de remplir d'éventuelles conditions suspensives contenues dans l'avant-contrat sous peine de voir sa responsabilité engagée pour manque de coopération.

L'obligation de coopération ou de collaboration peut également consister en une obligation de conseil de son partenaire. À la différence de l'obligation d'information que nous évoquerons ultérieurement⁵⁹³, le devoir de conseil oblige la partie qui y est soumise à fournir à son partenaire les renseignements dont elle dispose, mais également à « montrer les déductions que l'on peut en tirer, l'attitude qui doit être adoptée dans de telles circonstances »⁵⁹⁴. Plus précisément, conseiller revient à :

« renseigner le contractant dominé et dépendant sur l'opportunité de conclure le contrat, sur les risques qu'engendrerait sa conclusion, sur les précautions que supposeraient son exécution et, lorsque cela apparaît nécessaire, l'inciter à ne pas conclure, voire refuser purement et simplement de contracter »⁵⁹⁵.

En effet, ce devoir de conseil pèse généralement sur le cocontractant qui se trouve en position dominante soit parce qu'il s'agit d'un professionnel, soit parce qu'il détient des informations que son partenaire n'est pas à même d'obtenir de son propre chef. Ainsi, obliger les parties

⁵⁹²B. LEFEBVRE, préc., note 539, à la p. 107.

⁵⁹³*Infra*, p. 191-208.

⁵⁹⁴Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, coll. « Anthologie du Droit », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J. Lextenso, 2014, p. 9.

⁵⁹⁵D. MAZEAUD, préc., note 389, à la p. 618.

engagées dans des pourparlers à respecter le devoir de conseil les invite à révéler à leur partenaire l'éventuelle inopportunité à conclure le contrat final au cœur des négociations⁵⁹⁶.

On le voit à travers ces deux exemples, le degré d'exigence en matière de devoir de coopération est bien plus important que lorsque l'on impose aux parties de respecter la simple loyauté précontractuelle. Ainsi, affirmer que le devoir de se comporter de façon loyale durant les pourparlers nécessite de la part des parties en présence de coopérer ou de collaborer fait débat. Comme le résume le professeur Mazeaud :

« certains développent, au nom de la bonne foi, une morale contractuelle autrement plus exigeante et dynamique. Il ne s'agit plus simplement, sur un mode négatif, de pourchasser les comportements qui révèlent une malveillance de la part de celui qui les adopte mais d'imposer un certain dépassement contractuel qui s'exprimerait par des devoirs de solidarité et de fraternité à la charge des contractants. Creuset de l'intérêt commun, le contrat serait alors animé par un esprit de collaboration, de coopération qui interférerait même dans les cas extrêmes, une certaine morale du renoncement »⁵⁹⁷.

Selon nous, l'obligation de coopération durant les pourparlers ne devrait pas être admise de manière générale. Nous sommes ainsi sceptiques quant à l'opportunité d'étendre le principe de loyauté dans les négociations aux notions de coopération ou de collaboration. Cela reviendrait à interpréter trop largement le devoir de négocier de bonne foi, et ce, sans garantir l'efficacité d'une telle approche. Imposer aux parties à la négociation une obligation de coopération ou de collaboration pourrait tout au plus s'appliquer à des domaines bien précis pour lesquels un degré de confiance important est nécessaire afin de contracter. Mais encore, une telle hypothèse ne nous convient pas parfaitement. Les pourparlers concernent généralement le

⁵⁹⁶Pour des exemples en droit français voir notamment : Paris, 15 mai 1975, J.C.P. 1976.II.18265, note Boitard et Dubarry et Com. 25 févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 109.

⁵⁹⁷D. MAZEAUD, préc., note 389, à la p. 617.

milieu des affaires. Les acteurs des pourparlers sont donc la plupart du temps des personnes aguerries, capables de prendre des décisions susceptibles de protéger au mieux leurs intérêts. Le risque d'aller trop loin et d'exiger des parties qu'elles coopèrent durant la négociation d'un contrat potentiel jusqu'à révéler à son partenaire l'inopportunité de conclure le contrat en négociation pourrait scléroser cette phase et décourager certains acteurs à s'engager dans un tel processus. C'est pourquoi, nous estimons qu'un élargissement de la notion de loyauté précontractuelle à une exigence de collaboration n'est pas souhaitable dans le domaine précontractuel⁵⁹⁸.

Par ailleurs, comme l'a souligné Madame Jaluzot, « [e]n plus de son inutilité, son intérêt ne se fait pas ressentir car si on peut aisément comprendre que dans certains types de contrats, les parties aient intérêt à collaborer, le principe de bonne foi-loyauté est suffisant pour encourager les parties à une coopération. Le principe de collaboration est superfétatoire »⁵⁹⁹.

Enfin, bien qu'il soit nécessaire pour les parties prenantes d'ancrer les négociations dans un climat aussi serein que possible, elles restent des rivales. Les parties entament les négociations avec des objectifs non concordants et souhaitent faire affaire ensemble car il y a là une opportunité d'améliorer leur situation respective à travers par exemple les profits que pourrait générer le contrat final une fois conclu. Instaurer un devoir de collaboration ou de coopération va à l'encontre de la qualité respective des parties.

⁵⁹⁸Deux affaires récentes semblent abonder dans ce sens : *Dunkin' Brand Canada Ltd c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624 et *Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec*, 2016 QCCA 1229 pour laquelle les juges précisent que la bonne foi n'impose pas à une partie de mettre de côté des intérêts lorsqu'ils sont librement négociés.

⁵⁹⁹B. JALUZOT, préc., note 452, p. 59.

Le présent paragraphe nous a permis de dresser les contours de la loyauté précontractuelle exigée des parties durant les négociations. Nous allons maintenant voir que les cocontractants potentiels sont également soumis au respect de la loyauté lorsque la question se pose de rompre les pourparlers.

§ 2 : La loyauté précontractuelle lors de la rupture des pourparlers

Le devoir de se comporter loyalement existe non seulement durant les pourparlers, mais aussi à la fin de ces derniers. Il s'illustre principalement à travers la question de la rupture fautive des pourparlers.

En vertu du principe de la liberté précontractuelle, la rupture des pourparlers, peu importe le moment où elle intervient, ne peut engager la responsabilité de celui qui met fin aux négociations. En revanche, sa responsabilité pourra être engagée en fonction des circonstances ou conditions de cette rupture. Comme l'a souligné Monsieur Monzer, « [c]e sont les circonstances dans lesquelles la rupture est effectuée qui fait de ce droit [de rompre] une faute »⁶⁰⁰. Plus particulièrement, la rupture des pourparlers doit se faire dans le respect du devoir de négocier de bonne foi et de la loyauté.

Afin d'être loyale, la rupture des pourparlers doit être cohérente eut égard au déroulement des pourparlers. En d'autres termes, elle doit intervenir lorsque les pourparlers peinent à avancer et que l'issue positive de ces derniers est de plus en plus compromise. Rompre des pourparlers de la sorte n'est pas contraire à la loyauté précontractuelle. Si les pourparlers s'essoufflent, c'est que les parties n'ont pas intérêt à contracter ensemble et il serait déloyal de prolonger

⁶⁰⁰Rabih MONZER, « Faute et sanction lors de la rupture des négociations précontractuelles », *LPA* 2007.152.3.

inutilement le processus⁶⁰¹. La rupture des pourparlers est également cohérente lorsque l'une des parties réalise à l'égard des informations obtenues ou d'autres données factuelles apparues en cours de pourparlers qu'elle n'a plus la volonté de faire affaire avec son partenaire potentiel. C'est pourquoi, afin de statuer sur la question de la rupture fautive ou déloyale des pourparlers, le juge prend en compte le comportement des deux parties prenantes au moment de la rupture des pourparlers mais aussi durant tout le temps des négociations. Il s'intéresse donc non seulement aux agissements de l'auteur de la rupture, mais également à l'attitude du cocontractant potentiel qui subit cette rupture. Il peut en effet arriver que la victime présumée de la rupture fautive des pourparlers ait illégitimement cru en la conclusion prochaine des pourparlers alors que l'état des négociations ne laissait rien présager de positif. Dans ce cas, le juge ne pourra condamner l'auteur de la rupture des pourparlers et conclura à l'imprudence du cocontractant surpris par la rupture de la négociation par son partenaire⁶⁰².

En revanche, nous entendons par rupture incohérente des négociations, une rupture qui intervient alors que les pourparlers se déroulaient suffisamment bien et que rien dans le comportement de l'une des parties n'aurait pu empêcher l'autre de croire légitimement en la conclusion du contrat final. Une rupture qui interviendrait dans ce contexte serait surprenante et intempestive. Elle pourrait causer un préjudice important à son partenaire potentiel qui,

⁶⁰¹*Supra*, p. 166-168. Une affaire française récente illustre le fait qu'une rupture intervenant alors que les pourparlers étaient à un stade embryonnaire ne peut être fautive car elle est cohérente : Com. 16 févr. 2016, préc., note 325.

⁶⁰²Ce fut le cas notamment dans l'affaire française suivante : Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, D. 1997.551, note Matsopoulo et Mestre ; *RTD civ.* 1998.97, obs. Mestre. Voir aussi : Com. 15 oct. 2002, *RTD civ.* 2003.282, obs. Mestre et Fages, n° 00-13738, en ligne : < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007443193&fastReqId=219684095&fastPos=1>>.

parce qu'il avait des raisons sérieuses de croire en la conclusion du contrat définitif, a engagé des dépenses ou entrepris des démarches dans la perspective de la naissance imminente de cette relation contractuelle. Ainsi, comme l'a précisé Monsieur Monzer :

« l'avancement positif des pourparlers et l'accumulation des comportements convergents permettent aux négociateurs de croire légitimement à leur bon achèvement et à la future conclusion du contrat en question. Cette croyance entraînera des décisions stratégiques concernant l'avenir de ces négociations, voire d'importantes dépenses et investissements que les parties n'auraient jamais faits en son absence »⁶⁰³.

La jurisprudence québécoise offre quelques illustrations de ce principe. Ainsi, récemment, dans l'affaire *Singh c. Kohli*⁶⁰⁴, les juges ont considéré qu'on ne pouvait qualifier le comportement de M. Singh d'atteinte à la bonne foi en l'absence d'un lien de causalité clair entre la rupture des négociations et le préjudice éventuel subi par les appelants⁶⁰⁵.

La responsabilité civile du défendeur a néanmoins été engagée pour rupture fautive des pourparlers dans l'arrêt *Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*⁶⁰⁶ en raison du « *sudden withdrawal* » des négociations car « *[w]hen it became apparent that Desjardins would not be supplying either mezzanine or equity financing, the investment offer of Defendant was, at the very least, at risk* »⁶⁰⁷. En d'autres termes, le défendeur aurait dû avertir son partenaire que la direction que prenaient les pourparlers était fortement compromise en raison de cet élément factuel. À l'inverse, le défendeur a maintenu son partenaire dans l'espoir que les pourparlers allaient aboutir à la conclusion du contrat final.

⁶⁰³R. MONZER, préc., note 600, 4.

⁶⁰⁴*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

⁶⁰⁵*Id.*, par. 109.

⁶⁰⁶*Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*, préc., note 494.

⁶⁰⁷*Id.*, par. 33.

Enfin, dans l'affaire *Compagnie France Film Inc. c. Imax Corp.*⁶⁰⁸, le juge a indiqué que rompre les pourparlers sans justification alors que l'on a suscité la confiance du partenaire dans la conclusion du contrat était contraire à la loyauté précontractuelle⁶⁰⁹.

Le droit français fournit davantage d'illustrations en matière de rupture des pourparlers. Nous n'en citerons que quelques-unes, à commencer par l'affaire rendue le 14 juin 2000 par la première chambre civile de la Cour de cassation⁶¹⁰. Dans cette affaire, des négociations sont entreprises et menées pendant plusieurs mois au sujet d'une cession d'actions. Durant ces longs pourparlers, le prix ainsi que d'autres conditions de cette cession ont été déterminés. Néanmoins, les pourparlers sont rompus parce que l'un des partenaires ne s'est pas présenté le jour prévu pour la signature. Le partenaire déçu apprend qu'il a vendu ses actions à un tiers. Le juge considère que cette rupture est fautive car elle est intervenue de manière intempestive alors que tous les éléments étaient réunis afin que le demandeur croie légitimement en la conclusion prochaine du contrat final. De plus, la rupture actée par la non-présentation du défendeur le jour de la signature est qualifiée de brutale.

Une autre affaire rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation est également intéressante⁶¹¹. La Cour a en effet rejeté le pourvoi de M. X. au motif que la Cour d'appel a retenu à bon droit qu'il avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenus volontairement dans une incertitude prolongée en lui

⁶⁰⁸*Compagnie France Film Inc. c. Imax Corporation*, préc., note 280.

⁶⁰⁹*Id.*, par. 37.

⁶¹⁰Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, *RJDA* 2000.949.

⁶¹¹Com. 18 janv. 2011, Inédit.

laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit. Pour la Cour, M. X. a manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales. Dans cette affaire en effet, M. X., actionnaire de la société Le glacier Champenois et M. Y. concluent une promesse synallagmatique de cession d'actions moyennant 180 000 euros sous réserve de conditions suspensives liées à la remise de certains documents par le cédant au cessionnaire, à la réalisation de la cession et au transfert de propriété devant intervenir entre les 19 et 27 avril 2006. Une de ces conditions n'étant pas réunie, M. X. entreprend des démarches afin de trouver un autre cessionnaire à l'insu de M. Y. Le 26 juillet 2006, M. X. vend ses actions à M. Z. pour la somme de 120 000 euros. Après la saisine de M. Y., la juridiction de première instance par jugement du 11 septembre 2007 considère que l'acte de cession d'actions était caduc si bien que sa non-réalisation n'était pas imputable à M. X. M. Y. fait appel de la décision. La Cour d'appel de Reims, le 1^{er} décembre 2008, accueille l'appel et condamne M. X. à payer à M. Y. la somme de 18 226 euros à titre de dommages-intérêts et celle de 5 000 euros en application de l'article 700 du *Code de procédure civile* au motif que M. X. a commis une faute en n'avertissant jamais M. Y. de la tenue de négociations parallèles avec un tiers, M. Z. dont l'objectif était de lui céder ses parts⁶¹².

⁶¹²Pour d'autres illustrations en droit français voir : Com. 11 janv. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 16. L'intention de nuire dans la rupture des négociations n'est plus requise : Com. 20 mars 1972, préc., note 137; Civ. 1^{ère}, 12 avr. 1976, *Bull. civ. I*, n° 122. La rupture peut être déloyale lorsque l'une des parties a rompu avec une « légèreté constitutive d'une faute » (Com. 12 oct. 1993, *Express Documents*, n° 2513.12) ou bien une « légèreté blâmable » (Com. 22 fév. 1994, *Bull. civ. IV* n° 79, *RJDA* 1994.765, *RTD civ.* 1994.849, obs. Mestre, *Rev. jur. com.* 1996.105, note Karimi ; Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *D.A.* 1998.242, *J.C.P.* 1998.II.10066, note Fages, *Rép. not.* 1998.741, obs. Mazeaud ; Com. 20 juin 2000, *RJDA* 2000.1068 ; Com. 20 nov. 2007, *Contrats, conc. Consomm.* 2008. 6, obs. Mathey ; Com. 9 nov. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 172).

Une affaire allemande rendue par la Cour supérieure le 12 juin 1975 nous a également intéressés⁶¹³. Elle concerne des pourparlers amorcés afin de discuter de la conclusion d'un contrat de licence d'exploitation d'une usine. Les pourparlers avancent, les parties abordent la question du prix de construction des locaux de l'usine et des dépenses ont été entreprises par le demandeur K. De plus, un membre du conseil du défendeur laisse entendre au demandeur que la conclusion du contrat définitif était proche. Finalement, aucun contrat final n'est conclu et les pourparlers achoppent. Déçu, le partenaire potentiel saisit la justice. La Cour de première instance rejette sa demande. La Cour supérieure adopte un dispositif différent. Elle estime que la responsabilité de l'auteur de la rupture des négociations est engagée pour rupture fautive des pourparlers. En effet, par ses agissements, le défendeur a créé des attentes légitimes auprès du demandeur durant les pourparlers que le contrat de licence serait conclu. Le juge se fonde notamment sur une lettre échangée entre les parties le 15 août 1968 et dispose que « *[w]enn die Beklagte sich nunmehr zurückzog, so habe sie das nicht tun können, ohne der Klägerin die im Vertrauen auf die Zusage gemachten Aufwendungen zu ersetzen* »⁶¹⁴.

Nous venons de le voir, la rupture des pourparlers est contraire au principe de la loyauté précontractuelle lorsqu'elle est incohérente. En d'autres termes, rompre les pourparlers alors que tout laissait à penser qu'un contrat final entre les parties prenantes allait être conclu contrevient aux exigences de la bonne foi. Cet état de la question ne fait pas l'objet de véritables difficultés. Ce qui génère davantage d'interrogations est la question de savoir si, pour être loyale et donc régulière, la rupture des pourparlers doit être motivée. Autrement dit,

⁶¹³BGH, *NJW* 1975, vol. 39, p. 1774.

⁶¹⁴Si le défendeur se retire des négociations à ce stade, il ne peut le faire sans compenser le plaignant pour les dépenses effectuées dans l'expectative que le contrat sera conclu (*incurred in reliance on the undertaking*). Voir également : BGH, *WM* 1969, p. 595 ; *NJW-RR* 1989, p. 627.

la partie qui décide de rompre les pourparlers doit-elle justifier ou apporter des raisons valables pour ce faire ? Le droit québécois ainsi que d'autres droits n'ont pas, à nos yeux, définitivement tranché cette question de la motivation de la rupture des pourparlers. Comme l'indique un auteur, « [l]es tribunaux sont partagés quant à l'existence d'un *devoir de motivation* de la rupture »⁶¹⁵.

De manière générale, le professeur Cabrillac définit la motivation en droit des contrats « comme la justification avancée pour un acte ou un comportement »⁶¹⁶. Dans le cadre précis des pourparlers, la motivation est la justification avancée pour un comportement, celui de rompre les pourparlers. Il semblerait qu'une obligation de motivation pèse sur les cocontractants potentiels qui décident de rompre alors que les pourparlers ont atteint un certain stade soit quand leur partenaire peut légitimement avoir confiance en l'issue positive des pourparlers. En effet, dans l'affaire *Compagnie France Film inc. c. Imax Corporation*⁶¹⁷, les juges ont estimé que « [l]'obligation générale de bonne foi dans la formation des contrats n'impose point de ne pas rompre les pourparlers contractuels, mais elle commande de *ne pas y mettre fin sans justification lorsqu'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion de l'accord* »⁶¹⁸. Dans le même sens, le juge Gomery de la Cour supérieure évoque dans l'arrêt *Pegasus Partners Inc. v. Groupe Laurem Inc.*⁶¹⁹ la nécessité d'avoir une « raison valide » pour rompre les pourparlers. Le juge explique que « *[w]hen one of the parties*

⁶¹⁵P. MOUSSERON, préc., note 162, 256.

⁶¹⁶Rémy CABRILLAC, « La motivation dans les contrats en droit français », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 225, à la p. 228.

⁶¹⁷*Compagnie France Film Inc. c. Imax Corporation*, préc., note 280.

⁶¹⁸*Id.*, par. 37, nous soulignons. Argument repris dans *Kyriacou c. London*, 2011 CanLII 186 (QC C.S.), par. 134.

⁶¹⁹*Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*, préc., note 494.

involved in the negotiation of a contract decides to withdraw from the discussions, putting an end to the possibility of concluding a contract, it may not do so without a valid reason or in an abusive manner which causes damages to the other party »⁶²⁰.

La question a davantage été traitée en droit français. Ainsi, il est apparu pour certaines juridictions et une partie de la doctrine que, pour être conforme aux exigences de la bonne foi dans la formation du contrat, la rupture des pourparlers précontractuels devait être justifiée par son auteur. L'arrêt rendu le 7 mai 2004 par la Cour d'appel de Paris⁶²¹ l'illustre. La Cour a en effet condamné le cocontractant potentiel à l'origine de la rupture des négociations parce qu'il a procédé de la sorte sans motif légitime alors que les pourparlers étaient très avancés.

De plus, selon le professeur Ghestin, il est nécessaire de motiver toute décision de rompre qui intervient dans le cadre de pourparlers avancés sous peine d'engager sa responsabilité civile pour non-respect de la loyauté précontractuelle. En d'autres termes, lors de pourparlers avancés, la rupture n'est pas libre lorsqu'elle n'est pas motivée. Le professeur rejette en revanche la réalité de l'obligation de motivation de la rupture lorsqu'elle concerne des pourparlers peu avancés. Le professeur Ghestin fonde sa position sur le fait qu'en présence de pourparlers peu avancés, la croyance et la confiance de la victime de la rupture des pourparlers ne pouvaient être déçues car les chances d'aboutir à la conclusion du contrat final étaient à ce stade moindres. Ce mouvement semble s'inscrire dans une dynamique observée par le professeur Cabrillac. Ce dernier a relevé que l'obligation de motivation est apparue en droit

⁶²⁰*Id.*, par. 31, nous soulignons.

⁶²¹Paris, 7 mai 2004, *RJDA* 2004.1078. Voir aussi : Paris, 19 janv. 2001, D. 2001.677 ou Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n° 98-17494, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007412900&fastReqId=1424481197&fastPos=1>.

des contrats dès le milieu du XX^e siècle avant de se développer dans le but, notamment, de protéger le contractant le plus faible⁶²². C'est pourquoi le professeur qualifie l'obligation de motivation comme la « fille de la transparence et du solidarisme »⁶²³.

À l'inverse, selon d'autres auteurs, celui qui décide de rompre les pourparlers, peu importe le stade qu'ils ont atteint, n'a pas à en donner les raisons. Ainsi, pour Monsieur Monzer, la rupture est un droit absolu dont l'utilisation ne doit pas être justifiée⁶²⁴.

En l'absence de toute précision législative, il nous semble néanmoins important de motiver dans la mesure du possible sa décision de rompre les pourparlers pour éviter tout risque de voir sa responsabilité engagée. Comme l'a remarqué le professeur Cabrillac au sujet de la rupture unilatérale d'un contrat, « [m]ême si les tribunaux n'exigent pas expressément que la rupture soit motivée lorsqu'elle intervient, le possible contrôle de ses motifs *a posteriori* ne peut que conduire son auteur à prendre les devants en la motivant »⁶²⁵. Cette remarque peut très bien s'appliquer à la question spécifique de la rupture des pourparlers.

Une autre question liée à la rupture des pourparlers se pose. Elle concerne le fait de savoir s'il faut parler de rupture « abusive » ou « fautive » des pourparlers. La question de la loyauté lors de la rupture des pourparlers est souvent traitée tant au Québec qu'en France sous le prisme de l'abus. Ainsi, les juges et la doctrine parlent régulièrement de « rupture abusive » pour

⁶²²R. CABRILLAC, préc., note 616, à la p. 230.

⁶²³*Id.*, à la p. 235.

⁶²⁴R. MONZER, préc., note 600, 5. *Contra* : Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi », D. 1999.127.

⁶²⁵R. CABRILLAC, préc., note 616, à la p. 233.

qualifier une rupture de fautive comme le prouve l'affaire *Singh c. Kohli*⁶²⁶, pour laquelle l'honorable Marie-France Bich conclut que « *the appellant's conduct may have been somewhat muddled, but cannot be described as dishonest or abusive* »⁶²⁷. De même, dans l'arrêt *Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*⁶²⁸, le juge estime que « *[w]hen one of the parties involved in the negotiation of a contract decides to withdraw from the discussions, putting an end to the possibility of concluding a contract, it may not do so without a valid reason or in an abusive manner which causes damages to the other party* »⁶²⁹. Dans l'affaire *Jolicoeur c. Rainville*⁶³⁰, la juge Otis considère que « même si la liberté contractuelle peut comprendre le droit de rompre les négociations, encore faut-il que l'exercice de ce droit n'ait pas été réalisé de façon abusive »⁶³¹.

Les juges français ont également tendance à employer l'expression de « rupture abusive » pour qualifier de fautive une rupture de pourparlers⁶³². De même, pour la professeure Lefebvre,

⁶²⁶*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

⁶²⁷*Id.*, par. 81. Nous insistons.

⁶²⁸*Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*, préc., note 494.

⁶²⁹*Id.*, par. 31, nous soulignons.

⁶³⁰*Jolicoeur c. Rainville*, préc., note 311.

⁶³¹*Id.*, par. 52, nous soulignons.

⁶³²Voir la revue de la jurisprudence des professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet dans : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n^o 736, p. 533, n^o 143. Plus récemment voir : Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n^o 12-16563, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027488575&fastReqId=715583579&fastPos=1>.

« [i]l est pensable d'envisager que dans certains cas le retrait des négociations constitue un abus du droit de rompre »⁶³³. Également, pour les professeurs Jobin et Vézina,

« une partie qui, par son comportement ou ses paroles, a donné à entendre à l'autre que les chances d'aboutir à une entente étaient raisonnables, ne peut rompre les négociations sans justification ; cette formulation, évidemment, évoque l'abus de droit dans l'exécution et la résolution du contrat et permet de s'en inspirer ici »⁶³⁴.

Nous ne sommes pas convaincus par une telle approche. À nos yeux, il est nécessaire de proscrire toute référence à l'abus de droit en matière de rupture des pourparlers et ne parler que de rupture fautive du fait de la violation de la loyauté précontractuelle. Nous rejoignons à cet effet les propos du professeur Stoffel-Munck selon qui l'abus de droit de rompre les pourparlers est une manière incommode « de parler de déloyauté dans le refus de contracter »⁶³⁵ si bien que « mener l'analyse en termes d'abus de droit ne paraît guère utile »⁶³⁶, et du professeur Chauvel pour qui, il « n'est pas sûr que l'appel à cette idée soit pleinement justifié en notre matière »⁶³⁷.

⁶³³B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 124.

⁶³⁴J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 137, p. 227. En droit français, quelques auteurs sont en faveur de l'application de la théorie de l'abus de droit dans les pourparlers précontractuels. Voir notamment les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet qui estiment que le droit de rompre les pourparlers « est susceptible d'abus » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 228, 728 et 731, aux p. 252, 529 et 530). Voir aussi les observations de Georges DURRY (Com. 20 mars 1972, préc., note 137) ou encore la thèse de Monsieur Hilsenrad (Arthur HILSENRAD, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Paris, Éditions internationales, 1932).

⁶³⁵Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, t. 337, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000, p. 111.

⁶³⁶*Id.*

⁶³⁷Patrice Chauvel, note sous Com. 7 janv. et 22 avr. 1997, D. 1998.45.

Tout d'abord, bien que le recours à l'abus de droit ait été pleinement justifié en raison de l'absence de reconnaissance explicite de la bonne foi dans le *Code civil du Bas Canada*, les conditions ne sont plus réunies depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994 qui impose aux individus d'agir conformément aux exigences de bonne foi dès la naissance des obligations. La bonne foi bénéficie selon nous d'une valeur autonomie normative qui n'a plus besoin de tout autre concept ou notion pour s'appliquer. Comme l'a précisé la professeure Grégoire, « [d]ans un contexte où l'exigence d'agir selon les préceptes de la bonne foi est maintenant martelée au Code civil, la reconnaissance de l'abus de droit nous apparaît superflue »⁶³⁸.

Par ailleurs, le devoir de négocier de bonne foi qui comprend la loyauté précontractuelle (articles 6 mais surtout 1375 du *Code civil du Québec*), suffit à qualifier, si les conditions sont réunies, de fautive la rupture de pourparlers. Le recours à l'abus de droit n'est ainsi pas nécessaire. Plus large, la bonne foi contient l'abus. En effet, « [l]a bonne foi a un champ d'application beaucoup plus étendu que l'abus de droit, qui n'en représente qu'un aspect. L'abus des droits peut se ramener à une sanction du principe général de la bonne foi »⁶³⁹. Ainsi, la précision introduite par « l'article 7 [relatif à l'abus de droit] n'apport[e] aucun avantage sur l'article 6 à la partie qui désirerait s'en prévaloir »⁶⁴⁰. En d'autres termes,

⁶³⁸M. A. GRÉGOIRE, préc., note 467, à la p. 269.

⁶³⁹B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 102.

⁶⁴⁰M. A. GRÉGOIRE, préc., note 467, à la p. 264.

« l'abus de droit de l'article 7 C.c.Q. n'est autre chose qu'une contravention aux exigences déjà énoncées à l'article 6 C.c.Q. »⁶⁴¹.

De plus, les critères d'application de l'abus de droit sont plus restrictifs que ceux de la bonne foi. Effectivement, l'article 7 du *Code civil du Québec* dispose qu'« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ». Ainsi, pour être appliqué, l'abus nécessite que le demandeur prouve l'adoption d'un comportement excessif et déraisonnable de la part de son ancien partenaire à la négociation. Or, cette exigence n'est pas obligatoire pour reconnaître la violation des exigences de la bonne foi lors de la rupture des pourparlers. Comme l'a souligné la professeure Grégoire, « [l]e fardeau de preuve est donc beaucoup plus rigoureux lorsque l'on tente de démontrer la commission d'un abus de droit »⁶⁴². À l'inverse, « [u]n manquement à ce devoir [de bonne foi] peut en soi constituer une faute à l'égard d'autrui, sans qu'il soit nécessaire de prouver un quelconque abus de droit »⁶⁴³.

Enfin, alors que la réalité du devoir de négocier de bonne foi n'est pas contestée, l'admission de la théorie de l'abus de droit en matière précontractuelle fait toujours l'objet d'un débat au sein de la doctrine. Ces divergences se concentrent autour de la question de savoir si l'on peut abuser d'un droit ou d'une liberté. Certains auteurs admettent l'application de la théorie de l'abus de droit dans le cadre des pourparlers. C'est le cas par exemple de la professeure Lefebvre pour qui « la philosophie de justice contractuelle que prône le Code civil cadre mal

⁶⁴¹*Id.* En droit français, la notion d'abus de droit « y est toujours dérivée d'une exigence générale de bonne foi dans l'exercice des droits » (Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 635, p. 61).

⁶⁴²M. A. GRÉGOIRE, préc., note 460, p. 9.

⁶⁴³M. A. GRÉGOIRE, préc., note 467, à la p. 268.

avec une interprétation restrictive de la théorie de l'abus de droit »⁶⁴⁴ si bien qu'« il est tout à fait concevable que l'on puisse abuser autant d'une liberté que d'un droit »⁶⁴⁵. Ainsi, rompre les pourparlers alors que le contexte ne s'y prêtait pas peut être considéré comme un abus du droit de contracter ou de ne pas contracter⁶⁴⁶.

Or, par définition, on ne peut abuser que d'un droit comme c'est le cas pour les troubles du voisinage par exemple à travers le droit de jouissance d'un appartement. Dans le cadre des pourparlers, il n'est pas question d'un droit mais d'une liberté, celle de contracter ou de ne pas contracter en mettant fin aux négociations. Il semblerait donc que l'abus de droit ne puisse être mobilisé. Cette thèse est d'ailleurs défendue par le professeur Stoffel-Munck pour qui « [r]ompre les discussions informelles n'est pas, à proprement parler, exercer une prérogative ; abandonner l'idée de contracter relève plutôt d'un usage négatif de la liberté contractuelle »⁶⁴⁷. En d'autres termes, « la qualification d'abus s'y comprend comme une simple faute dans l'usage d'une liberté, ce qui s'éloigne de l'idée d'un franchissement des limites d'un droit subjectif »⁶⁴⁸. Dans le même sens, Monsieur Périer estime que recourir à la théorie de l'abus de droit pour qualifier la rupture de pourparlers de fautive au lieu du concept général du devoir de négocier de bonne foi est un usage dans une direction illégitime, une non-conformité à l'abus de droit. Dans ces conditions, nous jugeons plus adéquat de ne recourir qu'à la notion de rupture fautive sans aller jusqu'à évoquer la rupture abusive.

⁶⁴⁴B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 107.

⁶⁴⁵*Id.*

⁶⁴⁶Sur la solution française, voir : Paul ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, coll. « Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence », Paris, A. Rousseau, 1911, p. 122.

⁶⁴⁷Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 627, p. 111 et 112.

⁶⁴⁸*Id.* L'auteur parle également d'un « faux-semblant » (*Id.*, p. 112). Voir également dans ce sens : Com. 22 avr. 1997, D. 1998.45, note Chauvel.

Nous venons de voir en quoi consistent les exigences de loyauté précontractuelle tant durant qu'à la fin des pourparlers. Celles-ci sont nombreuses. Nous allons désormais nous intéresser aux corollaires de la loyauté précontractuelle parmi lesquels le devoir précontractuel d'information et le devoir de confidentialité.

Section 2 : Les corollaires de la loyauté précontractuelle

La première section fut l'occasion de revenir sur le contenu de la loyauté précontractuelle. Le devoir de loyauté est directement issu du devoir de négociier de bonne foi. Ce devoir, dont le législateur ne précise jamais le contenu précis, présente également des corollaires : l'obligation précontractuelle d'information (§ 1) et le devoir de confidentialité (§ 2).

§ 1 : L'obligation précontractuelle d'information

Comme l'a souligné le professeur Karim, « la notion de bonne foi entraîne plusieurs obligations corollaires telles que l'obligation de renseignement »⁶⁴⁹. L'obligation précontractuelle d'information⁶⁵⁰ s'applique, comme son nom l'indique, durant les pourparlers. Nous pourrions la définir comme la nécessité pour les parties à la négociation d'un contrat de dévoiler à leur partenaire tous les faits ou toutes les informations nécessaires

⁶⁴⁹V. KARIM, préc., note 548, n° 202, p. 84.

⁶⁵⁰Doit-on parler d'*obligation* précontractuelle d'information ou de *devoir* précontractuel d'information ? Selon la professeure Fabre-Magnan, « [l]es auteurs associent notamment souvent le terme d'obligation avec celui d'information ou de renseignement, réservant le terme de devoir à l'expression "devoir de conseil" » (M. FABRE-MAGNAN, préc., note 594, p. 4). Néanmoins, « la distinction (...) n'est pas d'une très grande utilité et, surtout, n'est pas suffisamment précise » (*Id.*). Nous nous rangeons derrière ce positionnement et emploierons, dans cette étude l'obligation précontractuelle d'information et le devoir précontractuel d'information de manière synonymique. Par ailleurs, l'obligation précontractuelle d'information est selon nous synonyme de l'obligation précontractuelle de renseignements ou de renseignement en dépit du fait que « [s]elon certains auteurs, l'information aurait plutôt une origine légale et le renseignement une origine jurisprudentielle » (*Id.*, p. 7).

dont ils sont en possession afin que l'autre soit en mesure de choisir de s'engager en toute connaissance de cause⁶⁵¹. Plus précisément, il s'agira d'échanger sur les éléments qui peuvent avoir un caractère déterminant dans la prise de décision de conclure le contrat final. L'obligation précontractuelle d'information ne répond pas qu'à un aspect chronologique. Elle se définit également à travers un élément fonctionnel mis en valeur par les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet⁶⁵² puis par la professeure Fabre-Magnan⁶⁵³. Ainsi, l'obligation précontractuelle d'information a « pour but d'éclairer les contractants et de faire en sorte que leur consentement soit exempt de tout vice »⁶⁵⁴. Autrement posé, « [i]l s'agit d'une information précontractuelle dès lors que sa fourniture ou son défaut exerce une influence sur le consentement, dont il faudra apprécier le caractère déterminant »⁶⁵⁵ et « parce qu'elle se situe au cours de la période préliminaire à un consentement que son exécution va influencer »⁶⁵⁶.

Il est intéressant de noter que « *the different weight attached by each legal system to the arguments of good faith and freedom of contract plays a fundamental role in shaping judicial*

⁶⁵¹Michel de JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ.* 1945.1 ; X. THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 313 ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : Essai de tableau général après la réforme », *J.C.P.* 2016.706.

⁶⁵²J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 1514 et suiv., p. 1251 et suiv.

⁶⁵³M. FABRE-MAGNAN, préc., note 594.

⁶⁵⁴*Id.*, p. 229.

⁶⁵⁵J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 1530, p. 1267.

⁶⁵⁶*Id.*

attitudes to disclosure »⁶⁵⁷. L'obligation précontractuelle d'information occupe une place importante au sein des systèmes de droit au cœur de notre étude. Elle est reconnue comme étant « une application du devoir de bonne foi »⁶⁵⁸ d'où elle trouve sa source⁶⁵⁹. En effet, « [l]a bonne foi engendre une obligation d'information »⁶⁶⁰ dont le « développement s'est effectué parallèlement à celui de la reconnaissance d'une obligation de bonne foi dans la formation du contrat »⁶⁶¹. De ce fait, l'obligation précontractuelle d'information entretient « un lien extrêmement ténu avec le devoir de loyauté qui en constitue le fondement »⁶⁶².

Le *Code civil du Québec* ne prévoit pas de manière explicite et générale une obligation précontractuelle d'information. Comme le souligne le professeur Legrand, « *[t]he subject of precontractual information is not recognized as such in Québec* »⁶⁶³. Le législateur québécois ne la reconnaît que dans des domaines particuliers comme le domaine médical, la fabrication de produits, le cautionnement, la vente ou l'assurance⁶⁶⁴. Cet état du droit a posé problème. En

⁶⁵⁷Paula GILIKER, « Regulating Contracting Behaviour : The Duty to Disclose in English and French Law », (2005) 5 *European Review of Private Law* 621, 624.

⁶⁵⁸Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN et Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J. Lextenso, 2013, n° 502, p. 556.

⁶⁵⁹J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 304, p. 402 et suiv. ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.2, p. 124 et 125 ; B. LEFEBVRE, préc., note 5 ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554 ; *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, préc., note 470.

⁶⁶⁰S. TISSEYRE, préc., note 120, p. 97.

⁶⁶¹J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 1515, p. 1253.

⁶⁶²Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, préc., note 101.

⁶⁶³Pierre LEGRAND jr., « Information in Formation of Contracts : a Civilian Perspective », (1991) 19 *Can. Bus. L.J.* 318, 326.

⁶⁶⁴Par exemple, l'article 1786 dispose qu' : « [o]utre qu'il doit indiquer les nom et adresse du vendeur et du promettant acheteur, les ouvrages à réaliser, le prix de vente, la date de délivrance et les droits réels qui grèvent

effet, de nombreux pourparlers sont engagés pour conclure des contrats dans des domaines autres que les domaines précis pour lesquels le législateur a prévu une obligation d'informer son cocontractant potentiel. Il apparaît alors un décalage voire une injustice entre un cocontractant potentiel engagé dans des pourparlers pour la conclusion d'un contrat dont le domaine est encadré par le *Code* et un autre qui serait engagé à potentiellement conclure un contrat en dehors de ces champs précis.

Face à cette situation, la jurisprudence, en se fondant sur les travaux de la doctrine, est intervenue par l'intermédiaire de dispositions au contenu large du *Code civil du Bas Canada* tel que l'article 1024 relatif à l'équité. Comme le précise la professeure Grégoire, « ce devoir d'information découle directement des devoirs d'équité et de bonne foi que se doivent mutuellement les parties contractantes »⁶⁶⁵.

Le célèbre arrêt *Banque nationale du Canada c. Soucisse*⁶⁶⁶ de la Cour suprême du Canada est à ce sujet fondateur. Les faits de cette affaire sont les suivants : le 15 octobre 1963, le Dr. Groulx signe un billet dans lequel il reconnaît devoir payer la somme de 1 400 dollars à la Banque Canadienne Nationale (aujourd'hui Banque nationale du Canada). En 1959 puis en 1961, il signe deux lettres de cautionnement dans lesquelles il garantit à la banque le remboursement, de ce que Maurice Robitaille lui doit ou lui devra à l'avenir, jusqu'à

l'immeuble, le contrat préliminaire doit contenir les informations utiles relatives aux caractéristiques de l'immeuble et mentionner, si le prix est révisable, les modalités de la révision ». L'article 2102 prévoit que « [l']entrepreneur ou le prestataire de services est tenu, avant la conclusion du contrat, de fournir au client, dans la mesure où les circonstances le permettent, toute information utile relativement à la nature de la tâche qu'il s'engage à effectuer ainsi qu'aux biens et au temps nécessaires à cette fin ».

⁶⁶⁵M. A. GRÉGOIRE, préc., note 535, p. 175.

⁶⁶⁶*Banque nationale du Canada c. Soucisse*, préc., note 470.

concurrence d'une somme de 35 000 dollars et de ce que Maurice Robitaille Autos Inc. lui doit ou lui devra à l'avenir jusqu'à concurrence d'une somme de 75 000 dollars. Le Dr. Groulx décède le 20 octobre 1963. La banque réclame de Florence Soucisse-Groulx, l'épouse du défunt, et de ses filles, Thérèse Groulx-Valois et Françoise Groulx-Robitaille (décédée en cours de procédure reprise alors par son fils, Maurice Robitaille), le remboursement des avances qu'elle a faites d'un montant de 122 249,41 dollars. Cette somme comprend d'une part les dettes nées avant le décès du Dr. Groulx qui s'élèvent à 14 997,92 dollars et le billet de l'ordre de 1 400 dollars signé par le Dr. Groulx ainsi que les dettes garanties à la banque par Maurice Robitaille. La somme réclamée par la banque comprend d'autre part les dettes nées après le décès du Dr. Groulx, pour un montant de 107 271 dollars soit les avances faites sur billet par la banque à Maurice Robitaille Autos Inc.

Sous la plume du juge Archambault, la Cour supérieure condamne non sans une certaine réticence les trois défenderesses à payer le tiers de la réclamation. La Cour d'appel, dans une décision rédigée par le juge Owen à laquelle le juge Bélanger ajoute des motifs supplémentaires, infirme ce jugement et ne maintient l'action que pour les dettes contractées avant le décès du Dr. Groulx, soit 14 997,92 dollars. La banque forme un pourvoi devant la Cour suprême et réclame le remboursement des dettes nées après le décès du Dr. Groulx. La Cour suprême, par l'intermédiaire du Juge Beetz, rejette le pourvoi. Selon ce dernier, « la Banque a commis une faute vis-à-vis les héritières de la caution en ne leur révélant pas l'existence des lettres de cautionnement et leur caractère révocable avant de consentir de

nouvelles avances aux débiteurs principaux »⁶⁶⁷, et ce, malgré le fait que les héritières de la caution n'aient posé aucune question à la banque. En effet, la banque :

« a pris l'initiative de renseigner la succession sur les obligations de la caution vis-à-vis d'elle, elle s'est obligée à le faire complètement car des renseignements partiels sont des renseignements trompeurs. La *Banque* ne pouvait surtout pas se permettre de révéler ce qu'il était à son avantage de révéler et de taire ce qu'il était dans son intérêt de cacher »⁶⁶⁸.

En agissant de la sorte, la banque a empêché les héritières de révoquer le cautionnement, ce qu'elles auraient probablement fait si elles avaient été mises au courant de son existence. Dans ces conditions, la banque ne peut réclamer le remboursement des dettes nées après le décès du Dr. Groulx d'un montant de 107 271 dollars.

Dans l'affaire *Banque de Montréal c. Bail Ltée*⁶⁶⁹, la jurisprudence est allée plus loin en reconnaissant l'obligation d'information au stade précontractuel et contractuel. Il s'agit d'un apport important dans la mesure où il était déjà admis en droit québécois que l'obligation d'information s'appliquait à la phase d'exécution du contrat. En revanche, l'application d'une telle obligation à la phase de formation du contrat, dont les pourparlers précontractuels, était encore en discussion au sein de la communauté juridique. De plus, cette affaire a permis aux juges de préciser les critères d'application de l'obligation d'information. Avant de les énoncer, il est important de revenir sur les faits qui ont conduit au litige.

En mai 1977, Hydro-Québec procède à un appel d'offres pour la construction et l'aménagement d'un poste dans le nord-est du Québec. Plusieurs documents, dont un rapport

⁶⁶⁷*Id.*, p. 355 et 356.

⁶⁶⁸*Id.*, p. 357.

⁶⁶⁹*Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 659.

géotechnique préparé par une firme d'experts et remis à Hydro-Québec en 1974, sont mis à la disposition de tous les soumissionnaires. Fin juin, Hydro-Québec modifie les plans du chemin d'accès du poste puis confie les travaux de terrassement, d'excavation et de construction à un entrepreneur, Bail Ltée et Sotrim Ltée, entreprise conjointe, qui confie elle-même une partie des travaux à un sous-traitant, Laprise Construction Limitée. Ce dernier se plaint des mauvaises conditions du sol. Des experts envoyés par Hydro-Québec sur le chantier confirment les dires du sous-traitant. Face à cette situation, Hydro-Québec accepte fin août de modifier ses plans au moyen d'un avenant et de rehausser le niveau du poste. Laprise Construction Limitée continue d'éprouver des difficultés dans l'exécution des travaux et de nouvelles mesures correctives importantes sont adoptées parmi lesquelles l'utilisation de pointes filtrantes pour assécher le sol. Les travaux se terminent mais un désaccord subsiste entre les parties au sujet du coût de l'avenant.

Le 4 novembre 1980, Laprise Construction Limitée est mis en faillite. Suite à la réception en février 1983 d'une copie d'un des plans annexés au rapport géotechnique de 1977 envoyée par une source anonyme, la Banque de Montréal, cessionnaire des créances du sous-traitant et le sous-traitant intentent une action en responsabilité délictuelle contre Hydro-Québec. Ils prétendent que le plan reçu aurait permis au sous-traitant de se rendre compte d'une erreur sur l'endroit précis des travaux. En ne communiquant pas ce plan lors de l'appel d'offre de 1977, Hydro-Québec a manqué à son obligation de renseigner Laprise Construction Limitée. Le 14 juin 1985, le juge Martineau de la Cour supérieure accueille l'action du sous-traitant et de la banque et condamne le défendeur à verser plusieurs millions de dollars au demandeur pour compenser les déboires financiers du sous-traitant. Hydro-Québec a commis une faute dès la période précontractuelle en ne communiquant pas des plans qui leur auraient permis de prévoir

les difficultés d'exécution des travaux. Pour le juge Martineau, Hydro-Québec a agi de manière dolosive en n'informant pas l'entrepreneur et le sous-traitant qu'elle avait constaté que le concept décrit à l'appel d'offres était erroné. En effet, les travaux à effectuer étaient en réalité plus compliqués que ceux décrits dans l'appel d'offre initial. Hydro-Québec fait appel de la décision. Le juge Beaugard de la Cour d'appel infirme le jugement rendu en première instance. Selon la Cour d'appel, Hydro-Québec n'avait pas connaissance des erreurs possibles aux documents d'appel d'offres au moment de la conclusion des contrats. De plus, Hydro-Québec n'avait pas l'obligation de divulguer le rapport de 1977 à l'entrepreneur puisque les modifications prévues à l'avenant avaient déjà été ordonnées si bien que ce rapport n'apportait rien de nouveau. La banque et le sous-traitant forment un pourvoi à l'encontre de la décision rendue par la Cour d'appel.

La Cour suprême du Canada, sous la plume de l'honorable Charles D. Gonthier, accueille ce pourvoi au motif que la Cour d'appel n'a pas expliqué en quoi le juge de première instance s'était trompé lorsqu'il a évalué la preuve devant lui. Pour la Cour suprême, le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit ou dans l'appréciation de la preuve. Hydro-Québec a bien manqué à son devoir général d'agir raisonnablement tel que prévu à l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada* et qui implique une obligation précontractuelle ou contractuelle de renseignement. Dans le même temps, la Cour suprême considère qu'il existe en droit québécois une théorie globale de l'obligation de renseignement fondée sur l'obligation de bonne foi dans le domaine contractuel ». En effet,

« [a]lors qu'auparavant il était de mise de laisser le soin à chacun de se renseigner et de s'informer avant d'agir, le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement

dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'ensuivre »⁶⁷⁰.

Cependant, « il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires »⁶⁷¹. Le juge en déduit les éléments principaux de l'obligation de renseignement dans les contrats d'entreprise pour de grands chantiers applicables à d'autres types de contrats. Parmi ces éléments figure la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement, la nature déterminante de l'information en question et enfin l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner lui-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur. Dans le cas d'espèce, les critères sont respectés. Hydro-Québec devait donc informer l'entrepreneur et le sous-traitant de la difficulté réelle des travaux, et ce, dès l'appel d'offre.

Il est intéressant de noter que pour établir les critères d'application du devoir précontractuel d'information, la Cour s'est inspirée des travaux de la doctrine et notamment de l'article du professeur Legrand. Ce dernier a en effet présenté ses propres critères en soulignant que :

*« such an obligation ought to be imposed by the courts only when four criteria are met : 1. there exists an informational asymmetry, usually flowing from the status of the parties – one being a professional and the other a profane ; 2. there exists a legitimate dependence or reliance by the ignorant on the knowledgeable party, that is, usually, by the profane on the professional ; 3. the information concerns a fact relating to the object of the contract ; 4. that fact is known, or ought to be known, by the knowledgeable party – usually, the professional – to be material to his potential co-contractor's decision – usually the profane's – to enter into the contract at all or to do so on different terms »*⁶⁷².

⁶⁷⁰*Id.*, p. 587.

⁶⁷¹*Id.*, p. 587.

⁶⁷²P. LEGRAND jr., préc., note 663, 337 et 338.

Il paraît important de s'arrêter sur le critère relatif à l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner lui-même⁶⁷³. Ce critère implique que chaque cocontractant potentiel ait le devoir de se renseigner⁶⁷⁴ soit d'adopter un comportement proactif en cherchant à obtenir par lui-même et pour lui-même l'information qui lui permettra de consentir de manière éclairée à la conclusion du contrat final envisagé. La règle est le devoir de s'informer soi-même⁶⁷⁵. En effet, « l'obligation d'informer ne représente que l'exception »⁶⁷⁶. L'obligation d'information qui « a sa source dans un déséquilibre des connaissances entre contractants, généralement présumé à partir d'une inégalité des compétences, telle qu'on en rencontre typiquement dans les relations entre professionnels et consommateurs »⁶⁷⁷ est une application directe de l'adage romain *emptor debet esse curiosus*. Ce critère est important car il permet de déterminer la portée du devoir précontractuel de s'informer. En effet, le devoir précontractuel d'information

⁶⁷³On peut également trouver des fondements légaux à ce critère. L'article 1400 du *Code civil du Québec* dispose que « [l]'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement », mais que « [l]'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement ». L'article 1473 dispose que « [l]e fabricant, distributeur ou fournisseur d'un bien meuble n'est pas tenu de réparer le préjudice causé par le défaut de sécurité de ce bien s'il prouve que la victime connaissait ou était en mesure de connaître le défaut du bien, ou qu'elle pouvait prévoir le préjudice ».

⁶⁷⁴Nous préférons l'expression *devoir* de s'informer à celle d'*obligation* de s'informer dans la mesure où « un tel devoir n'est nullement constitutif d'un lien de droit entre les parties » (M. FABRE-MAGNAN, préc., note 594, p. 6) car « le devoir de s'informer n'existe – comme l'indique la forme pronominale – que vis-à-vis de soi-même ; vis-à-vis du cocontractant, ce devoir implique simplement que ce dernier n'est pas tenu d'une obligation d'information sur ce point » (*Id.*, p. 200).

⁶⁷⁵Philippe Le TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D. 1987.101, 102.

⁶⁷⁶*Id.*

⁶⁷⁷Patrice JOURDAIN, « Le devoir de "se" renseigner. Contribution à l'étude de l'obligation de l'obligation de renseignements », D. 1983.139 ; Voir aussi : Jacques MESTRE, « Des limites de l'obligation de renseignement », *RTD civ.* 1986.339.

du créancier cesse sur les points pour lesquels le partenaire, soit le débiteur, a le devoir de s'informer. Le devoir de se renseigner apparaît alors comme la limite au devoir d'informer son cocontractant potentiel. Ce devoir ne pèse sur le débiteur de l'information qu'à partir du moment où son partenaire n'est pas en mesure d'obtenir les informations nécessaires à l'émission d'un consentement éclairé⁶⁷⁸. Si le créancier du devoir d'information ne s'est pas suffisamment donné les moyens d'obtenir celle-ci, il ne pourra se tourner vers son partenaire de la négociation pour faire, *a posteriori*, annuler le contrat en tout ou partie.

C'est ce qui a été précisé notamment dans l'arrêt *Béland c. Thibeault*⁶⁷⁹ de la Cour d'appel qui revient sur le devoir de précaution que les parties aux pourparlers doivent respecter avant de contracter. Ainsi, elles doivent, en plus de se renseigner, ne pas hésiter à poser des questions quand un doute subsiste. Si ces démarches ne sont pas effectuées, les acteurs ne pourront se cacher derrière le manquement à l'obligation d'information.

Ainsi, « [m]ême lorsque les éléments constitutifs de l'obligation d'information sont réunis, c'est-à-dire que le contractant connaît une information pertinente et son importance pour son contractant, l'existence de cette obligation est en réalité subordonnée à l'ignorance légitime du cocontractant »⁶⁸⁰. Par exemple, si l'information est publique, il est possible d'obtenir l'information⁶⁸¹ si bien qu'on peut penser qu'un devoir d'informer ne prévaut pas durant les pourparlers. Si à l'inverse cette information n'est pas publique, il faudra informer le

⁶⁷⁸B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 172.

⁶⁷⁹*Béland c. Thibeault*, 1997 CanLII 6403 (QC C.Q.).

⁶⁸⁰M. FABRE-MAGNAN, préc., note 594, p. 201.

⁶⁸¹*Fiset c. Développement Québec métro Inc.*, J.E. 96-41 (C.A.).

cocontractant potentiel dans la mesure où l'obtention de cette information semble difficile à obtenir.

Cette dynamique s'ancre parfaitement dans les développements des théories de l'analyse économique du droit. C'est ce que reprend la professeure Giliker, pour qui, l'obligation de s'informer pour informer « *runs the risk of encouraging undue reliance on the professional. Why should I (...) undertake expensive searches or time-consuming checks if the courts are ready to force the other contracting party to provide such information and award me with damages or set aside the contract if he does not ?* »⁶⁸². À cette dernière d'ajouter, « *some level of disclosure is required, but that it must be limited* »⁶⁸³.

Le devoir de s'informer est interprété en fonction de la qualité des anciens partenaires. Ainsi, dans l'affaire *Banque nationale c. Courtemanche*⁶⁸⁴,

« le tribunal arriva à la conclusion que la caution qui était un homme d'affaires avisé, était en mesure de savoir à quoi elle s'engageait en signant un cautionnement et qu'il lui aurait été loisible et possible d'obtenir l'état complet et détaillé du dossier financier du débiteur si elle en avait fait la demande. Elle avait donc le devoir de s'informer »⁶⁸⁵.

La théorie globale de l'obligation d'information ne cesse de se développer⁶⁸⁶. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Fortier c. Gagné*⁶⁸⁷, le juge de la Cour supérieure a annulé un acte de

⁶⁸²P. GILIKER, préc., note 657, 633.

⁶⁸³*Id.*, 638.

⁶⁸⁴*Banque nationale c. Courtemanche*, J.E. 94-390 (C.S.).

⁶⁸⁵B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 173. Également : *Fiset c. Développement Québec métro Inc.*, préc., note 681.

⁶⁸⁶Depuis, la jurisprudence est constante. Voir notamment : *3090-6499 Québec Inc. c. Hartt*, [1995] R.D.I. 289 (C.Q.) ; *Verrelli c. Brave*, J.E. 94-297 (C.S.), [1994] R.D.I. 85 ; *Bolduc c. Decelles*, J.E. 96-598 (C.Q.) ; *Meunerie Philippe Dalphond & Fils Inc. c. Joliette (ville de)*, J.E. 97-450 (C.S.) ; *Proulx c. Bouliane*, J.E. 97-238

vente et condamné la partie défenderesse à des dommages-intérêts pour cause de consentement non éclairé à la suite de manœuvres dolosives. Aujourd'hui, les articles 1375 et 1399 du *Code civil du Québec*⁶⁸⁸ servent de fondements à l'obligation précontractuelle d'information. L'article 1399 dispose que « [l]e consentement doit être libre et éclairé. Il peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ». Comme l'indique la professeure Lefebvre, « [c]ertains auteurs sont d'avis que le 1^{er} al., lequel pose le principe du consentement libre et éclairé, est autonome du second »⁶⁸⁹ si bien que « [p]ar cette disposition, le législateur québécois démontre clairement qu'il entend reconnaître comme primordiale l'obligation de renseignement »⁶⁹⁰. Nous sommes du même avis. En effet, pour que le consentement soit éclairé, il faut que l'émetteur de ce dernier ait reçu toutes les informations nécessaires à sa prise de décision. En d'autres termes, le consentement doit être donné de manière éclairée.

L'imposition par le législateur ou les juges du respect d'une obligation précontractuelle d'information soulève quelques critiques. Certains auteurs français réclament un allègement de l'obligation d'information comme le professeur Le Tourneau⁶⁹¹. Il note que le domaine de l'obligation d'information « a tendu à s'élargir sans cesse »⁶⁹². Or, pour le professeur, cette obligation ne devrait s'imposer quand le destinataire de l'information connaît déjà cette

(C.S.) ; *Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée*, J.E. 97-145 (C.S.) ; *Varin c. Laprade*, REJB 98-05724 (C.Q.) ; *Caisse Populaire Desjardins St-Paul c. 2858-3870 Québec Inc.*, REJB 98-05991 (C.S.).

⁶⁸⁷*Fortier c. Gagné*, 1998 CanLII 11864 (QC C.S.), par. 103, 104, 108 et 109.

⁶⁸⁸V. KARIM, préc., note 548, 435 : « La jurisprudence et la doctrine reconnaissent l'obligation de renseigner et l'obligation de se renseigner comme des obligations corollaires de l'obligation de bonne foi ».

⁶⁸⁹B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 48.

⁶⁹⁰*Id.*

⁶⁹¹Ph. Le TOURNEAU, préc., note 675.

⁶⁹²*Id.*

information ou lorsque l'expéditeur de celle-ci ignore toute information qui pourrait être utile à son partenaire « puisqu'elle perd sa raison d'être »⁶⁹³. Ainsi,

« l'obligation d'informer se trouvera nécessairement limitée par le devoir de se renseigner incombant à son créancier. Car le principe est toujours le même : celui qui détient, ou doit chercher, une information, n'a l'obligation de la transmettre à celui qui l'ignore, et aurait cependant intérêt à la connaître, que si cette ignorance est non seulement réelle mais encore légitime »⁶⁹⁴.

Nous ne partageons pas cette tendance. Une telle obligation est selon nous pertinente. En effet, l'obligation d'informer le cocontractant potentiel permet de remédier, dans la mesure du possible, à l'inégalité des parties dans les relations contractuelles, « plus spécialement entre professionnels et profanes ou non avertis »⁶⁹⁵, et prévient les risques éventuels de déséquilibre dans les contrats. De plus, bien que l'obligation d'informer soit large, elle est tout de même relativisée, nous l'avons vu, par l'obligation pour chaque cocontractant potentiel de s'informer.

La question que l'on peut se poser à ce stade est celle de savoir si une évolution du droit actuel est nécessaire afin de codifier l'obligation précontractuelle d'information. Nous l'avons vu, le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas directement l'obligation précontractuelle d'information. Au-delà de la jurisprudence et notamment de l'arrêt *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, seule une interprétation large des articles 1375 et 1399 du *Code* permettrait de fonder l'obligation précontractuelle d'information. Certains pourraient se satisfaire de cet état du droit écrit en défendant le fait que l'article 1399, en disposant une obligation générale d'information,

⁶⁹³*Id.*

⁶⁹⁴*Id.*, 140.

⁶⁹⁵J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 1517, p. 1255.

suppose que celle-ci s'impose à la phase contractuelle *et* précontractuelle. En effet, « les obligations légales d'information ne sont pas exclusives, dans le domaine qu'elles règlementent »⁶⁹⁶. Selon les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet, « [p]lusieurs auteurs ont refusé de prendre en compte l'obligation précontractuelle de renseignement, confondue, selon eux, avec l'obligation contractuelle d'information, dans une même obligation »⁶⁹⁷. Nous ne sommes pas pleinement convaincus. On ne peut selon nous confondre l'obligation contractuelle d'information avec l'obligation précontractuelle d'information. Cette dernière est soumise à un régime juridique spécifique qui se distingue de celui de l'obligation contractuelle d'information. Nous le verrons par la suite⁶⁹⁸, la violation par un créancier de son obligation d'informer son partenaire durant les pourparlers conduit à la mise en cause de sa responsabilité extracontractuelle alors que le non-respect par un contractant de son obligation d'information durant l'exécution d'un contrat engendre la mise en cause de sa responsabilité contractuelle. Cette distinction est importante car plusieurs éléments, dont l'étendue du dommage réparable, ne seront pas les mêmes⁶⁹⁹. Elle mérite de ce fait que les deux types d'obligations ne soient pas confondus.

De plus, l'obligation précontractuelle d'information est fondamentale dans la mesure où elle garantit le bon fonctionnement et la pleine efficacité des négociations. Elle permet également de prévenir une mauvaise exécution du contrat ou des recours *a posteriori* visant à faire annuler un contrat pour lequel un consentement aurait été donné alors que toutes les

⁶⁹⁶M. FABRE-MAGNAN, préc., note 594, p. 229.

⁶⁹⁷J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 1257, p. 1273.

⁶⁹⁸*Infra*, p. 279 et suiv.

⁶⁹⁹*Infra*, p. 227-230.

informations pertinentes n'auraient pas été présentées lors des pourparlers⁷⁰⁰. Codifier l'obligation précontractuelle d'information permettrait de symboliser l'importance de celle-ci. Plus visible, elle serait probablement mieux mise en œuvre.

Enfin, notre positionnement correspond à ce qui existe dans d'autres droits. De nombreux systèmes juridiques ont modifié leur code civil afin de reconnaître de façon explicite l'obligation précontractuelle d'information. Il s'agit notamment du cas de la France, qui, après avoir longtemps présenté des traits similaires avec le droit québécois, a finalement codifié l'obligation précontractuelle d'information. En effet, dans les années 1960, « *contracts generally involved conflicting interests, it traditionally held each party to be the keeper of his own. This attitude extended to formation of the contract itself, where it put a premium on silence* »⁷⁰¹. Les mœurs françaises n'étaient pas en faveur de l'imposition d'une obligation précontractuelle d'information⁷⁰². À partir des années 1960, la doctrine et la jurisprudence ont considéré que l'obligation morale d'information devait devenir une obligation juridique⁷⁰³. La France a finalement codifié une obligation précontractuelle d'information de droit commun qui s'applique « à tous les domaines du droit et qui intéresse l'ensemble des contrats »⁷⁰⁴. En effet, depuis la réforme entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, l'article 1112-1 alinéa 1 dispose

⁷⁰⁰ *Supra*, p. 159-160.

⁷⁰¹ P. LEGRAND jr., « Pre-contractual Disclosure and Information : English and French Law Compared », (1986) 6 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* 322, 324.

⁷⁰² Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, coll. « Anthologie du droit », Paris, L.G.D.J. 1962, n° 93, p. 111.

⁷⁰³ P. LEGRAND jr., préc., note 701, 332.

⁷⁰⁴ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 1093, p. 851. Pour le professeur Fages, « [i]ncontestablement, la codification de l'obligation d'information est un aspect majeur de la réforme » (B. FAGES, préc., note 55, n° 97, p. 102).

que « [c]elle 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 ». Cette disposition est d'ordre public. Les alinéas suivants précisent le cadre de l'obligation. Ainsi, l'obligation d'information du créancier est restreinte aux seules informations que l'une des parties « connaît » et non « devrait connaître » comme il était prévu à l'article 1129 du projet de la Chancellerie de 2015. De plus, les conditions d'application développées par les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet puis par la professeure Fabre-Magnan sont reprises comme l'importance déterminante de l'information pour le consentement de l'autre partie, la connaissance de l'information par le créancier, l'ignorance légitime de l'information par l'autre partie et la confiance entre les cocontractants.

Les raisons d'une telle réforme sont clairement exposées dans le rapport accompagnant l'ordonnance et remis au Président de la République. On peut ainsi y lire qu' :

« [u]ne telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général »⁷⁰⁵.

La solution française est extrêmement intéressante. Elle devrait inspirer en partie le droit québécois. Néanmoins, peut-être serait-il judicieux de prévoir une disposition plus générale afin de laisser davantage de liberté d'interprétation aux juges et de pouvoir s'adapter à toute situation nouvelle non prévue au moment de la modification des dispositions du *Code civil du*

⁷⁰⁵Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, préc., note 101.

Québec. Nous proposons donc d'insérer, juste après l'article 1375 reformulé⁷⁰⁶, une nouvelle disposition relative à l'obligation précontractuelle d'information dont la formulation pourrait être la suivante :

« Chaque partie qui entreprend des négociations précontractuelles est tenue d'informer son partenaire lorsque ce dernier n'a pas la possibilité de se renseigner lui-même et que cette information est déterminante pour le consentement à donner au contrat final envisagé.

La responsabilité extracontractuelle de celui qui était tenu à cette obligation précontractuelle d'information mais ne l'a pas respectée peut être engagée. Si un contrat est conclu en dépit de ce manquement, la théorie des vices du consentement peut s'appliquer et le contrat peut être annulé ».

Nous venons de voir ce qu'implique l'obligation précontractuelle d'information. Nous avons insisté sur l'opportunité de sa codification. L'obligation précontractuelle d'information n'est toutefois pas le seul corollaire du devoir de négocier bonne foi. De la bonne foi disposée à l'article 1375, les juristes ont dégagé d'autres obligations à respecter durant les pourparlers comme l'obligation de confidentialité.

§ 2 : Le devoir de confidentialité

Lorsque deux personnes entrent en négociation en vue de conclure un contrat, plusieurs renseignements confidentiels peuvent être échangés et chaque partie se doit d'utiliser ces données dans le but de conclure le contrat et non simplement dans l'intention de s'approprier ces renseignements. En effet,

« [d]ans le cadre d'une négociation précontractuelle, les parties échangent inévitablement des informations entre elles. Afin d'intéresser l'autre partie à son projet, le négociateur va souvent divulguer des informations privées, des données

⁷⁰⁶*Supra*, p. 150-151.

sur l'entreprise, des secrets commerciaux, etc. Ces informations sont fournies lors de la négociation pour inciter l'autre partie à conclure un contrat »⁷⁰⁷.

Pour le professeur Le Tourneau, « [s]ouvent, dans les affaires les négociations impliquent, pour qu'elles soient sérieuses, que des informations confidentielles et des connaissances, voire des éléments d'un savoir-faire, soient échangés entre les parties »⁷⁰⁸. L'obligation de confidentialité est donc essentielle pour assurer une négociation franche entre les parties et ainsi favoriser une divulgation complète des renseignements pertinents et primordiaux pour la conclusion du contrat. Des pourparlers ne peuvent en effet être efficaces que si les individus en présence se sentent suffisamment en confiance.

L'obligation de confidentialité interdit à tout cocontractant potentiel de divulguer, d'utiliser ou d'exploiter les informations obtenues sous le joug du secret dans le cadre des négociations. Pour Monsieur Monzer, elle « tente de protéger le débiteur de l'obligation d'information contre l'utilisation ou la divulgation des informations révélées en cours de négociation »⁷⁰⁹. L'obligation de confidentialité est une obligation indépendante de l'issue de la négociation. De ce fait, elle s'impose non seulement durant les négociations mais aussi, à la suite de ces dernières, qu'elles échouent ou débouchent sur la conclusion du contrat final. En effet, « chaque partie doit utiliser ces données dans le but de conclure le contrat et non simplement dans l'intention de s'approprier ces renseignements »⁷¹⁰. Comme le résumant les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore : « la rupture même valable des négociations n'autorise pas

⁷⁰⁷B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 133.

⁷⁰⁸Philippe Le TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 11^e éd., coll. « Dalloz Action 2018/2019 », Paris, Dalloz, 2017, n° 3112.71, p. 1131.

⁷⁰⁹R. MONZER, préc., note 39, 536.

⁷¹⁰V. KARIM, préc., note 548, n° 265, p. 114.

pour autant la partie à utiliser au détriment de l'autre les informations confidentielles et autres renseignements privés dont elle a pu avoir connaissance lors de la phase précontractuelle »⁷¹¹.

Durant les négociations, plusieurs situations peuvent se présenter. Dans un premier cas, les parties en présence signent un contrat de négociation qui prévoit une clause de confidentialité ou un accord de confidentialité (*Non-Disclosure Agreement*)⁷¹². Il arrive en effet, comme pour une clause stipulant l'obligation de négocier ou de renégocier de bonne foi⁷¹³, que les parties aux pourparlers précontractuels, pour se rassurer davantage dans une phase par nature incertaine, concluent par exemple un contrat de négociation incluant une clause relative à l'obligation de garder pour soi les informations qui pourront être dévoilées. Comme l'indique Madame Lucas-Puget, « [l]es entreprises, pour peu qu'elles soient prévoyantes et juridiquement averties, font donc le choix de protéger leurs secrets par le contrat »⁷¹⁴ si bien que « les clauses de confidentialité, de secret ou de discrétion, sont très largement utilisées par les entreprises aux fins de protéger leurs informations sensibles »⁷¹⁵. L'intérêt est également de prévoir d'éventuelles sanctions en cas de violation de cette obligation.

⁷¹¹J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-69, p. 52 et 53.

⁷¹²Pour plus d'informations sur le sujet voir : Michel VIVANT, « Les clauses de secret », dans *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1990, p. 101.

⁷¹³*Supra*, p. 148-150.

⁷¹⁴A.-S. LUCAS-PUGET, préc., note 233, 50. Voir également : H. de VIGAN, « Accords de confidentialité », *Revue des contrats, concurrence consommation*, 2013.2.

⁷¹⁵A.-S. LUCAS-PUGET, préc., note 233, 50.

L'affaire *Singh c. Kohli*⁷¹⁶ illustre ce réflexe fréquent qu'ont les parties en négociation de conclure des clauses de confidentialité. L'arrêt précise en effet qu'un des échanges durant les pourparlers avait conduit à la disposition suivante :

« *You can be rest assured that any and all information we exchange will be totally confidential and bound by non-disclosure and non-circumvention norms (...) The two parties further agree to be bound by standard non-disclosure and non-circumvention norms* »⁷¹⁷.

Un tel cas de figure ne pose pas de problèmes. L'obligation de confidentialité est prévue dans un document contractuel si bien que si elle n'est pas respectée par une ou plusieurs parties, ce comportement sera sanctionné.

On retrouve le même dispositif dans l'affaire *Industries Dettson Inc. c. Courchesne*⁷¹⁸ où le juge conclut à une violation du devoir de bonne foi car les défendeurs ont utilisé des informations confidentielles et privilégiées. Dans cette affaire, des pourparlers ont été engagés en décembre 1993 entre André L'Espérance, président des Industries Dettson Inc. (désormais Multi-Ind 2000 Inc.), qui œuvrent dans le domaine du chauffage et Germain Courchesne, président et propriétaire à environ 80 % des Industries Aston Inc., une entreprise spécialisée dans le domaine de la ventilation depuis 1952, au sujet de l'achat des Industries Aston Inc. par les Industries Dettson Inc. Dans le cadre de ces pourparlers, Monsieur Courchesne signe le 5 décembre 1993 une entente dans laquelle il s'engage à la confidentialité totale des discussions entreprises avec André L'Espérance. Après des discussions longues et difficiles, Monsieur Courchesne avise Monsieur L'Espérance le 12 mai 1994 qu'il n'y aura pas de suite aux

⁷¹⁶*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

⁷¹⁷*Id.*, par. 11.

⁷¹⁸*Industries Dettson Inc. c. Courchesne*, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.).

pourparlers. Le 3 juin 1994, il vend son entreprise à Venmar. Monsieur L'Espérance, au nom des Industries Dettson Inc. formule à l'encontre des Industries Aston Inc. et de ses actionnaires, une action en responsabilité contractuelle ainsi qu'une action subsidiaire de nature extracontractuelle. Il réclame la somme de 4 499 655 de dollars au titre de dommages et intérêts.

La Cour supérieure, sous la plume de l'honorable Richard Mongeau, accueille en partie l'action du demandeur et condamne notamment Germain Courchesne à lui payer la somme de 2 100 000 et 320 061,41 de dollars au titre des dommages subis. Le juge considère en effet que le défendeur, sous l'influence principalement de son comptable, Monsieur Verrier, ne s'est pas conduit de bonne foi durant les pourparlers en violant notamment l'obligation de confidentialité à laquelle il était soumis. Monsieur Courchesne a effectivement, lors d'une rencontre le 20 avril 1994, dévoilé à Monsieur Verrier la tenue de négociations avec Monsieur L'Espérance dans le but de vendre son entreprise. Il a aussi précisé certains éléments clés des tractations parmi lesquels le prix d'achat proposé par le président des Industries Dettson Inc. Ces informations financières privilégiées et confidentielles ont permis à Monsieur Verrier qui représentait les intérêts de Venmar, une entreprise concurrente des Industries Dettson Inc. et désireuse depuis longtemps d'acquérir les Industries Courchesne Inc., de formuler l'offre que Venmar a déposée le 19 avril 1994 auprès de Germain Courchesne.

Une autre situation liée à l'obligation de confidentialité dans les pourparlers peut également se présenter qui ne pose pas non plus de difficultés. Il s'agit de la situation pour laquelle les parties consentent à l'utilisation d'informations confidentielles dévoilées durant les négociations ou bien celle pour laquelle une partie autorise l'autre à utiliser ces informations

une fois la question posée. Comme le précisent les professeurs Pineau et Gaudet, « [l]a bonne foi exige que celui qui obtient ainsi de telles informations ne puisse les divulguer à des tiers, ni les utiliser lui-même à son profit, *sauf dans la mesure convenue entre les parties* »⁷¹⁹. Cela a été confirmé dans l'affaire *Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*⁷²⁰ lorsque les juges ont précisé qu'« une partie ne peut, sans commettre un abus de confiance, s'emparer d'informations ou d'études confidentielles fournies par l'autre partie pendant les négociations et en faire son propre profit *si elle n'a pas obtenu l'accord préalable de l'autre* »⁷²¹.

En revanche, l'obligation de confidentialité pose problème lorsqu'aucune clause de confidentialité n'a été conclue. Dans un tel cas de figure qu'a-t-on le droit de faire ? En d'autres termes, existe-t-il une obligation légale de confidentialité ?

Le *Code civil du Québec* rappelle l'obligation de confidentialité dans certains domaines du droit⁷²². Ainsi, l'article 2088 dispose que « [l]e salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail ».

En revanche, la question reste ouverte concernant l'application de l'obligation de confidentialité dans les pourparlers précontractuels. Le *Code civil du Québec* ne prévoit pas explicitement l'obligation de confidentialité durant les négociations contractuelles. Pour la

⁷¹⁹J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n^o 17.4, p. 42. Nous insistons.

⁷²⁰*Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc.*, préc., note 494.

⁷²¹*Id.*, par. 29.

⁷²²*C.c.Q.*, art. 323, 1314, 1366, 1472, 1612 et 2146.

professeure Lefebvre, « [i]l n'est pas surprenant qu'il en soit ainsi, car le législateur n'a édicté aucune règle visant spécifiquement la période antérieure à une offre »⁷²³.

Pour autant, nous considérons que l'obligation de confidentialité existe au stade précontractuel, et ce, en raison de l'existence du devoir de négocier de bonne foi. Les parties à la négociation doivent respecter l'obligation de confidentialité même en l'absence d'une clause le stipulant. En effet, en tant que corollaire du devoir de négocier de bonne foi, l'obligation de confidentialité prévaut même en l'absence de support contractuel. Ce positionnement est partagé par la professeure Lefebvre selon qui :

« ce n'est pas parce qu'aucun texte n'édicte expressément une obligation de confidentialité qu'il faille répondre qu'elle n'existe pas. Les obligations ne sont pas toutes expressément stipulées au Code et peuvent découler des principes généraux du droit. Au nombre de ces principes se retrouve celui de la bonne foi, qui existe bel et bien dans notre droit au stade précontractuel »⁷²⁴.

De la même manière, les professeurs Pineau et Gaudet considèrent que « [l]a bonne foi exige que celui qui obtient ainsi de telles informations ne puisse les divulguer à des tiers, ni les utiliser lui-même à son profit »⁷²⁵. Pour Monsieur Monzer, l'obligation de confidentialité « se fonde, dans les régimes romano-germaniques, sur la théorie de la bonne foi qui impose au sachant de ne pas divulguer ou utiliser les informations confidentielles qui lui sont communiquées si finalement le contrat n'a pas été signé »⁷²⁶.

⁷²³B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 134.

⁷²⁴*Id.*

⁷²⁵J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 17.4, p. 42.

⁷²⁶R. MONZER, préc., note 39, 537.

Néanmoins, pour certains auteurs, l'obligation de confidentialité ne s'applique qu'en présence d'une clause de confidentialité. Ainsi, un auteur a estimé qu'« [e]n matière précontractuelle, la liberté reste donc le principe, et l'exigence de loyauté n'impose par exemple, faute de clause contraire stipulée dans un contrat de négociation, ni la confidentialité, ni l'exclusivité pour les pourparlers »⁷²⁷. Nous ne partageons pas cet avis bien trop axé sur le principe de la liberté contractuelle au détriment de la bonne foi, d'autant plus que la jurisprudence protège l'obligation de confidentialité dans les pourparlers.

Dans l'affaire *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*⁷²⁸, le juge dispose que celui qui entame des négociations ou les maintient pour obtenir et se servir d'informations privilégiées et confidentielles contrevient aux exigences de la bonne foi. Dans cet arrêt, une partie reproche à l'autre de s'être approprié un projet d'aménagement immobilier de son cru qu'elle lui a révélé lors de pourparlers d'association. L'appelante a manqué aux exigences de la bonne foi en passant sous silence son intention de refuser toute forme d'association et d'exploiter seule le projet. La faute de l'appelante s'apparente à un abus de confiance. Le juge écrit en effet qu' :

« [à] défaut d'engagement pré-contractuel explicite, l'obligation de négocier de bonne foi comporte au moins deux exigences communes au droit civil et au *common law* : interdiction de s'approprier une information confidentielle communiquée dans le cadre des négociations et obligation de rompre les pourparlers dès qu'ils apparaissent voués à l'échec. La violation de la première s'appelle abus de confiance ou concurrence déloyale »⁷²⁹.

⁷²⁷D. MAZEAUD, préc., note 389, à la p. 627.

⁷²⁸*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541 ; *Nouveautés Camac Inc. c. Promotions atlantiques Inc.*, préc., note 563 ; *Wrebbit Inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3219 (C.S.). Pour un exemple en *common law* voir : *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 155.

⁷²⁹*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541, par. 20.

De même, dans l'arrêt *Journey Freight International Inc. c. 9228-8299 Québec Inc.*⁷³⁰, le défendeur fait preuve de mauvaise foi en utilisant de l'information confidentielle qui lui a permis de mieux se positionner sur le marché.

Si l'obligation de confidentialité durant les pourparlers peut être déduite des dispositions et de l'esprit du *Code civil du Québec* et paraît dorénavant admise en droit québécois, la question se pose de la possibilité de son évolution à la lumière du droit français. Comme pour le devoir précontractuel d'information, nous pourrions nous interroger sur l'opportunité d'une codification de cette règle essentielle à des pourparlers réussis. Pour ce faire, un recours au droit français, tel que réformé depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, est intéressant.

Avant la réforme, on pouvait affirmer que « la confidentialité des informations divulguées à l'occasion de la négociation d'un contrat n'est pas, il est vrai, protégée directement par le droit »⁷³¹. Depuis, le législateur est venu consacrer les développements de la jurisprudence⁷³² en reconnaissant explicitement l'obligation précontractuelle de confidentialité ou ce que les juges français ont parfois désigné sous le vocable d'obligation « de réserve et de discrétion »⁷³³. L'obligation de confidentialité est désormais de nature légale.

⁷³⁰*Journey Freight International Inc. c. 9228-8299 Québec Inc.*, 2014 QCCQ 3296.

⁷³¹Nbp 66 dans J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 711, p. 514.

⁷³²Com. 11 oct. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 237 ; Com. 3 oct. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 208, D. 1980.55, note Schmidt-Szalewski, *RTD com.* 1979.250, obs. Chavanne et Azéma ; Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983.53, note Lucas ; Paris, 14 févr. 1997, J.C.P. 1998.II.0000, note Fages.

⁷³³Paris, 1^{er} févr. 1989, *Juris-Data n° 1989-02-0420*.

Selon le rapport remis au président de la République on peut lire qu'« il est apparu important, dans le cadre d'un droit commun des contrats rénovés, de poser une obligation de confidentialité pesant sur les parties négociatrices »⁷³⁴. Ainsi, le nouvel article 1112-2 dispose que « [c]elui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

La formule a changé depuis le projet d'ordonnance du 25 février 2015 suite à de nombreuses critiques. L'article 1112 disposait que « [c]elui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité extracontractuelle ». Certains estimaient que la formule était trop générale. En effet, une telle formulation semblait sous-entendre qu'indépendamment de tout préjudice causé, le seul fait d'utiliser une information confidentielle sans autorisation devait être sanctionné. Pour un commentateur, « [l]a généralité des termes de l'article 1112 est fâcheuse car il ne distingue pas selon que les parties sont ou non convenues d'une clause. (...) La question n'en résulte pas moins de la formulation du texte »⁷³⁵.

Le nouveau texte fait l'objet d'une réception favorable au sein de la doctrine. Par exemple, Madame Lucas-Puget considère que « [l]e texte est le résultat d'une heureuse modification »⁷³⁶ car sa rédaction actuelle résout les difficultés posées par la généralité du texte précédent.

⁷³⁴Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>>.

⁷³⁵A.-S. LUCAS-PUGET, préc., note 233, 50.

⁷³⁶*Id.*

Nous ne nions pas l'intérêt symbolique et pédagogique de l'insertion dans le *Code civil* d'une telle disposition. Néanmoins, il ne nous semble pas nécessaire de nous en inspirer pour modifier le *Code civil du Québec*. Tout d'abord, le législateur français ne définit pas ce qu'il entend par « information confidentielle ». Il s'agit d'une lacune importante qui ne va pas encourager les cocontractants potentiels à ne plus régler par la voie contractuelle la question de la confidentialité des informations délivrées durant les négociations et ainsi sécuriser les pourparlers. À ce sujet, les professeurs Mousseron, Raynard et Seube soulignent qu' « il faut conseiller aux parties de se faire le relais de la volonté du législateur en définissant les "informations confidentielles" »⁷³⁷.

Dans le contexte de « contrats d'affaires », il est probablement plus efficace de laisser les parties s'organiser elles-mêmes et définir comme elles le veulent l'obligation de confidentialité et son régime. Comme le précisent M^{es} Roy et Landry-Maltais, « [l]e moyen le plus sécuritaire de s'assurer que tous les aspects de la relation entre les parties relativement à l'échange, au transfert et à l'utilisation d'informations confidentielles soient couverts est de faire intervenir, entre les parties, une convention de confidentialité »⁷³⁸.

Ainsi, à la différence de la loi, les parties pourront définir précisément la durée d'application de l'obligation de confidentialité une fois les négociations rompues ou encore les circonstances sous lesquelles l'information sensible dévoilée pourra être révélée. Bien entendu, ce dernier argument ne tient que dans l'hypothèse où la loi serait impérative. Dans le

⁷³⁷J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5^e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, préc., note 68, n° 37, p. 27.

⁷³⁸A. ROY et S. LANDRY-MALTAIS, préc., note 245, à la p. 326.

cadre d'une loi supplétive, les parties resteraient libres de formuler une clause de confidentialité en y incluant tous les éléments qu'elles jugeraient nécessaires.

De plus, en cas de reformulation de l'article 1375 du *Code civil* que nous appelons de nos vœux, il apparaît inutile ou redondant de préciser que les cocontractants potentiels doivent également respecter l'obligation de confidentialité dans la mesure où, en tant que corollaire, celle-ci est directement contenue dans l'exigence d'agir de bonne foi durant les pourparlers.

Enfin, si l'on recourt à un raisonnement par analogie, malgré une réforme en droit du travail qui a donné à l'obligation de confidentialité une nature légale, on continue de retrouver dans la plupart des contrats de travail des clauses de confidentialité d'origine contractuelle.

Nous venons de nous intéresser aux deux principaux corollaires du devoir de négocier de bonne foi : l'obligation précontractuelle d'information et l'obligation de confidentialité. Ils sont essentiels à des pourparlers réussis. Le *Code civil du Québec* ne les reconnaît pas explicitement. Néanmoins, on ne peut nier leur existence et leur réalité en droit positif québécois. Nous ne considérons pas que l'absence de reconnaissance explicite de l'obligation de confidentialité dans les pourparlers soit problématique dans le contexte des contrats d'affaires. En effet, il apparaît, lorsque l'on s'intéresse à la pratique des pourparlers, que les parties s'organisent contractuellement afin de se protéger suffisamment. Une modification du *Code* qui aurait pour objectif de codifier l'obligation de confidentialité ne serait, dans de telles conditions, pas essentielle. En revanche, nous avons développé plusieurs arguments en faveur d'une réforme de la lettre du *Code* afin de disposer de façon explicite l'obligation précontractuelle d'information. Selon nous, l'obligation précontractuelle d'information gagnerait à être davantage mise en valeur dans la loi générale du contrat.

Le présent chapitre nous a permis de préciser le contenu du devoir de négociier de bonne foi. En tant que concept élastique, le devoir de négociier de bonne foi se décompose en de nombreuses règles et corolaires parmi lesquels figure l'obligation d'agir loyalement de l'initiative des pourparlers jusqu'à leur rupture, l'obligation précontractuelle d'information ou encore l'obligation de confidentialité. Comme le souligne Madame Dufour, « [a]u cours des dernières années, les juristes, au Québec comme ailleurs, se sont fondés sur le devoir de bonne foi pour créer de (trop) nombreuses obligations d'application généralisée, telles les obligations de loyauté, de renseignement »⁷³⁹. L'objectif de toutes ces règles découvertes est d'obliger les parties à respecter la confiance qu'elles font naître par leur comportement chez leur partenaire. La question reste le fait de savoir si les juges et la doctrine sont allés trop loin dans l'interprétation à donner au devoir de négociier de bonne foi, et, plus largement, à la notion de bonne foi, en imposant aux parties à la négociation le respect de normes de comportement trop strictes qui viendraient scléroser le bon déroulement des pourparlers. Nous avons par exemple démontré en quoi, selon nous, il était inefficace dans le cadre de la négociation de contrats d'affaires, d'exiger des parties qu'elles respectent le devoir de coopération ou de collaboration.

Le remède à d'éventuels débordements et à la multiplication à l'excès des déclinaisons du devoir de négociier de bonne foi reviendrait, pour le législateur, à modifier l'actuelle lettre du *Code civil du Québec* en définissant précisément le contenu et donc la portée de ce devoir. À cet égard, le professeur Jourdain considère que « [l]es nécessités de la technique juridique imposent de lui donner un contenu plus précis. Car ce n'est que la médiation de concepts

⁷³⁹Marie-Hélène DUFOUR, « Droit des contrats de construction et bonne foi : l'obligation de coopération des parties à un contrat d'entreprise de construction », (2016) 49 *R.J.T.U.M.* 56, 59.

mieux définis que la bonne foi pourra produire son effet moralisateur des relations précontractuelles »⁷⁴⁰. Le droit français semble en partie avoir suivi cette incitative en codifiant l'obligation précontractuelle d'information et de confidentialité.

Nous ne partageons pas ce point de vue. Nous considérons effectivement que le législateur québécois ne devrait pas détailler le contenu précis du devoir de négocier de bonne foi, à l'exception, nous en avons démontré les raisons⁷⁴¹, de l'obligation précontractuelle d'information. Notre conclusion s'inscrit ainsi dans la pensée de Portalis selon qui « [l]'office des lois est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁷⁴², reprise par Madame Jaluzot pour qui la raison d'être de la loi « est sa souplesse, elle ne peut recevoir de contenu qu'*a posteriori*, après qu'une décision ait été rendue. Ce n'est que dans des cas concrets que l'on peut connaître les limites de la règle, celles-ci ne peuvent être fixées à l'avance »⁷⁴³. Ainsi, codifier le contenu précis du devoir de négocier de bonne foi en définissant ses diverses applications représenterait une « [e]ntreprise vouée à l'échec (...) aussi vaine que celle de vouloir dénombrer les astres »⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰P. JOURDAIN, préc., note 505, p. 122.

⁷⁴¹*Supra*, p. 191-208.

⁷⁴²*Discours préliminaire devant le Conseil d'Etat*, dans *Naissance du Code civil* cité dans Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, coll. « Droit, éthique, société », Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 267.

⁷⁴³B. JALUZOT, préc., note 452, p. 372.

⁷⁴⁴Mariève LACROIX, *L'illicéité : essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 69.

Conclusion du titre

Notre titre consacré à la bonne foi dans les pourparlers nous a permis d'insister sur l'évolution constante qu'a connu le concept en droit québécois jusqu'à occuper aujourd'hui une place essentielle particulièrement dans les négociations précontractuelles. En effet, chaque cocontractant potentiel est soumis, même dans le cadre de la négociation d'un contrat d'affaires, au respect du devoir de négocier de bonne foi. La violation d'un tel devoir s'est longtemps opérée par le recours à des théories connexes telles que les vices du consentement ou l'abus de droit. Depuis la promulgation de la bonne foi dans le *Code civil du Québec*, ces théories ne sont plus nécessairement mobilisées. Cet état du droit est satisfaisant dans la mesure où la bonne foi participe, entre autres, à l'instauration d'un climat de confiance parmi les cocontractants potentiels, nécessaire au bon déroulement des pourparlers.

Nous avons néanmoins souligné l'importance de reformuler l'article 1375 du *Code* afin de dépasser les controverses sans doute aujourd'hui dépassées mais qui permettrait tout de même d'insister sur la nécessité de se comporter durant tout le processus précontractuel suivant les exigences de la bonne foi. Nous souhaiterions également que le législateur inscrive dans la lettre du *Code civil* l'obligation précontractuelle d'information qui est un corollaire du devoir de négocier de bonne foi et à laquelle chaque partenaire à la négociation est soumis. En revanche, il est selon nous peu pertinent de préciser le contenu précis du devoir de négocier de bonne foi au risque de scléroser éventuellement la phase précontractuelle en développant à l'extrême les nombreuses applications de ce même devoir.

Conclusion de la partie

La première partie nous a permis de revenir sur deux principes essentiels aux pourparlers précontractuels : la liberté contractuelle et la bonne foi. Nous avons mis en avant le fait que ces concepts sont larges. Ils servent de fondement à de nombreuses autres règles juridiques que les parties doivent respecter durant et à la suite des négociations.

Malgré ce que l'on pourrait *a priori* penser, la liberté contractuelle et la bonne foi ne sont pas des principes irréductibles. Bien qu'ils n'aient pas eu la même importance au sein du droit québécois au même moment, ils sont aujourd'hui fréquemment appliqués. On a pu tout de même observer un affaiblissement de la notion de liberté contractuelle à la faveur du devoir de négocier de bonne foi.

On peut se demander si on est allé trop loin dans l'interprétation et les applications de l'obligation de bonne foi dans les pourparlers. Certains pourraient considérer que l'on encadre trop cette phase par nature peu encadrée et que cela pourrait remettre en cause la liberté contractuelle, autre principe clé des négociations contractuelles. Nous ne le pensons pas. Nous pensons que le respect de la bonne foi dans les pourparlers permet une plus grande stabilité et prévisibilité contractuelles.

Il est cependant important de préserver un équilibre entre bonne foi et liberté contractuelle dans les pourparlers. Cet équilibre dépend de la politique juridique des systèmes juridiques. Ainsi, « [o]n aperçoit alors combien cette conciliation est dépendante des options politiques et des systèmes de pensée économiques »⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵M. COIPEL, préc., note 212, 490.

La liberté contractuelle et la bonne foi, loin d'être antagonistes, font des pourparlers précontractuels une phase très particulière de la formation du contrat. Les pourparlers sont une phase durant laquelle se confrontent, tout en s'entremêlant, ces deux principes et que les acteurs en présence vont devoir respecter pour ne pas remettre en cause leur responsabilité civile.

Cela nous amène directement à notre deuxième partie qui porte sur la sanction des principes applicables à la négociation précontractuelle. Cette tâche de la sanction revient aux juges. On voit ainsi qu'ils jouent un rôle essentiel et l'on comprend que dans le domaine des pourparlers de nombreuses règles sont d'origine prétorienne. Afin de sanctionner un comportement ne respectant pas la liberté contractuelle ou le devoir de négocier de bonne foi, il va tout d'abord falloir que les juges statuent sur la nature de la responsabilité du partenaire mis en cause. Cette responsabilité, nous le verrons, est principalement une responsabilité extracontractuelle mais elle peut sous certaines conditions être contractuelle. Les juges détermineront également si l'action donne lieu à réparation. Celle-ci se fait généralement sous forme de dommages et intérêts mais pourrait dans certains cas donner lieu à une réparation en nature.

Partie 2 : La sanction des principes applicables à la négociation précontractuelle

La première partie de notre étude nous a permis de démontrer que les pourparlers sont une réalité juridique. Ils sont en effet une phase dans la formation du contrat définitif durant laquelle les parties en présence doivent respecter des règles juridiques issues de la liberté contractuelle et de la bonne foi.

Le non-respect de l'une d'entre elles par un cocontractant potentiel peut être sanctionné à travers les mécanismes de la responsabilité civile et de la réparation. Cette hypothèse est d'ailleurs très fréquente puisque l'on observe au Québec, en France et en Allemagne une « prolifération du contentieux précontractuel »⁷⁴⁶.

Notre objectif est désormais de prolonger notre étude en nous intéressant à la question de la responsabilité qui découle des pourparlers et à celle de la réparation d'un préjudice précontractuel tout en faisant ressortir les différences ou les similitudes avec le droit français et allemand⁷⁴⁷. Cela nous permettra de proposer d'éventuels changements en droit positif québécois.

⁷⁴⁶L. NAU, préc., note 97, à la p. 118.

⁷⁴⁷Notre propos portera principalement sur la sanction d'un comportement fautif au moment précis de la rupture des pourparlers. Bien qu'un comportement préjudiciable puisse être perpétré avant la rupture des pourparlers, la question ne nourrit pas autant de contentieux ce qui en rend l'étude difficile. De plus, la sanction des règles relatives au comportement durant les pourparlers comme le devoir précontractuel d'information, intervient souvent *a posteriori* soit à partir du moment où le contrat a été conclu. Or, comme nous l'avions indiqué dans les propos introductifs, notre étude s'intéresse aux pourparlers qui n'ont pas conduit à la conclusion du contrat définitif.

Il convient donc d'aborder dans un premier temps la nature de la responsabilité découlant des relations précontractuelles (Titre 1), avant de nous concentrer sur les modalités de la réparation d'un préjudice précontractuel (Titre 2).

Titre 1 : La nature de la responsabilité découlant des pourparlers

Bien que le principe du recours à la responsabilité pour sanctionner une faute commise dans les pourparlers soit acquis, le législateur québécois ne lui reconnaît pas de nature spécifique et indépendante⁷⁴⁸. De fait, la responsabilité découlant des pourparlers sera, en fonction du contexte de la négociation, de nature contractuelle ou extracontractuelle.

C'est pourquoi nous préférons parler de la nature de « la responsabilité découlant des pourparlers » plutôt que de la « responsabilité précontractuelle » comme nous l'avons parfois lu⁷⁴⁹. De plus, la « responsabilité précontractuelle », employée de manière générique en tant que concept et sans aucune précision s'y rattachant, renvoie à l'idée que la responsabilité engagée à la suite d'un contentieux précontractuel est toujours extracontractuelle. En effet, ce qui est « précontractuel » est par nature extracontractuel. Or, comme nous allons le voir, dans certains cas, la responsabilité découlant des pourparlers peut être contractuelle.

La question de la nature de la responsabilité découlant des pourparlers est une question classique tout en étant fondamentale⁷⁵⁰ puisque depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'article 1458 alinéa 2 interdit l'option entre la responsabilité contractuelle et la

⁷⁴⁸Le législateur reconnaît par exemple un régime spécifique de responsabilité en matière d'accident de véhicules ou de produits défectueux mais pas dans le cadre d'un contentieux précontractuel.

⁷⁴⁹Par exemple, la professeure Schmidt a parlé de « l'apparition et l'extension du régime contractuel de la responsabilité précontractuelle » (Joanna SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », (1990) 42 (2) *R.I.D.C.* 545, 566).

⁷⁵⁰Voir dans le même sens au sujet du droit français : « [L]e choix entre régimes contractuel et délictuel de responsabilité ne s'épuise pas dans le recours symbolique au visa de l'article 1382 ou de l'article 1147 du code civil. Il emporte de nombreuses conséquences » (P. MOUSSERON, préc., note 162, 247).

responsabilité extracontractuelle⁷⁵¹. Dans ces conditions, les justiciables qui souhaitent formuler une action en responsabilité à l'encontre de leur ancien partenaire à la négociation doivent choisir le fondement contractuel ou extracontractuel de celle-ci qui ne pourra pas être modifié en cours de procès⁷⁵². Il est donc essentiel pour le cocontractant déçu de bien réfléchir à sa stratégie avant de saisir la justice⁷⁵³.

De plus, le régime juridique applicable à chacun de ces ordres de responsabilité est sensiblement différent⁷⁵⁴. Par exemple, l'étendue de la réparation du préjudice ne sera pas la

⁷⁵¹Le droit allemand ne connaît pas le principe de l'option. Le *BGB* consacre quelques règles communes aux obligations contractuelles et extracontractuelles « ce qui permet à la victime d'opter pour l'action la plus favorable à sa prétention » (Winfried-Thomas SCHNEIDER, « La codification d'institutions prétorienne », (2002) 54 (4) *R.I.D.C.* 959, 967). Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le droit d'option avait été admis par la Cour suprême dans l'arrêt *Wabasso c. The National Drying Machine*, [1981] 1 R.C.S. 578.

⁷⁵²Récemment, la jurisprudence française a considéré qu'une demande de dommages-intérêts pour rupture fautive des pourparleurs ne pouvait être formulée pour la première fois face à la Cour d'appel. Le demandeur doit intenter un nouveau procès s'il souhaite pouvoir en bénéficier (Paris, 20 mars 2014, *Juris-Data n° 12-02256* ; Paris, 20 déc. 2013, *Juris-Data n° 12-10070*, *RTD civ.* 2014.358, obs. Barbier). Le projet de réforme en matière de responsabilité, présenté le 13 mars 2017 par le Garde des Sceaux, Ministre de la justice, prévoit d'interdire l'option à l'article 1233 qui dispose qu'« [e]n cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle ».

⁷⁵³Le refus de l'option de régime n'empêche néanmoins pas un justiciable de formuler des conclusions subsidiaires lorsqu'il doute de l'application du régime de la responsabilité contractuelle à son cas d'espèce. Il s'agit d'une hypothèse particulièrement fréquente dans les affaires relatives aux pourparleurs précontractuels. Voir récemment dans : *Singh c. Kohli*, préc., note 85.

⁷⁵⁴Les professeurs Pineau et Gaudet soulignent qu'« il y a dualité quant à leur régime juridique (J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 444, p. 759). Voir également : Georges DURRY, *La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Montréal, Université McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986 ; Nathalie VÉZINA, « Dualité de régimes et interdiction d'opter », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 30, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles ; Geneviève VINEY, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité

même. En effet, en vertu de l'article 1613 du *Code civil du Québec*, on ne peut, dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité contractuelle, réparer que le préjudice prévisible. Le préjudice imprévisible soit celui que les parties n'ont pas prévu ni pu prévoir au moment de la conclusion du contrat ne peut être réparé que si le demandeur prouve que le défendeur a commis une faute lourde ou intentionnelle. Dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle, le défendeur doit réparer le préjudice qu'il soit prévisible ou non. L'étendue de la réparation est donc plus large dans un contexte extracontractuel que contractuel⁷⁵⁵.

contractuelle et responsabilité délictuelle (art. 1458, deuxième alinéa du *Code civil du Québec*) », (1994) 39 *R.D. McGill* 813. *Contra* : les professeurs Gardner et Moore revendiquent notamment l'unicité de la faute contractuelle et extracontractuelle. Selon eux, « la notion même de responsabilité contractuelle cause problème et (...) elle doit être réexaminée » (Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente » (2007) 48 (4) *C. de D.* 543, 545). En effet, il est à noter que les différences entre ces régimes ont été réduites depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. On peut notamment penser au délai de prescription qui d'après l'article 2925 du *Code* est désormais de trois ans qu'il s'agisse d'une affaire qui engage la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle d'un individu. Pour le droit français voir notamment : E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, t. 568, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2016.

⁷⁵⁵Autres différences substantielles entre les deux régimes de responsabilité : la solidarité est le principe dans le régime de la responsabilité extracontractuelle quand le préjudice a été causé par plusieurs personnes (1526 *C.c.Q.*) alors qu'il n'existe pas de présomption de solidarité dans le régime de la responsabilité contractuelle (1525 al. 1 et 2 *C.c.Q.*), l'obligation de mise en demeure du débiteur contractuel par le créancier alors que ce n'est pas le cas en matière extracontractuelle, les fondements de la mise en cause de la responsabilité qui ne sont pas les mêmes (la faute contractuelle est analysée en fonction du contenu du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle alors que dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle, la faute est appréciée en fonction d'une analyse plus générale et abstraite qui fait appel au critère de la personne normalement prudente et avisée), l'intensité de l'obligation est différente en fonction des régimes étudiés (obligation de moyen dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle alors que l'intensité de l'obligation dans le cadre contractuel dépend du contenu du contrat, les règles relatives à la responsabilité du fait d'autrui différent en fonction du contexte contractuel ou extracontractuel du cas d'espèce), de même que la question de la compétence territoriale ou d'attribution des tribunaux.

L'établissement de la stratégie judiciaire fondée sur ce choix peut être difficile. En effet, dans certains cas, le passage de la période précontractuelle à la période contractuelle n'est pas évident à déterminer et « constitue parfois un exercice délicat »⁷⁵⁶. C'est pourquoi, il apparaît important de nous intéresser dans un premier temps à la question de l'application du régime contractuel de responsabilité dans le cadre d'un contentieux précontractuel (Chapitre 1) puis à celle de la responsabilité de nature extracontractuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La responsabilité contractuelle : un régime d'exception

L'écueil dans lequel il est facile de tomber est d'écarter, en cas de contentieux précontractuel, l'application de la responsabilité de nature contractuelle au motif qu'elle n'intervient que lorsqu'un contrat est né⁷⁵⁷. En effet, certains pourraient exclure ce régime en considérant que tout ce qui se passe durant les pourparlers n'est, par définition, que de nature extracontractuelle⁷⁵⁸. Cette approche du problème n'est pas satisfaisante en raison de son caractère trop schématique. La question de la responsabilité découlant des pourparlers peut être analysée sous l'angle de la responsabilité contractuelle dans la mesure où un lien contractuel peut naître alors même que les pourparlers se poursuivent.

⁷⁵⁶J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 758, p. 900.

⁷⁵⁷La professeure Nau parle d'un « véritable réflexe conditionné » suivant lequel « qui dit responsabilité précontractuelle pense illico responsabilité délictuelle » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 119). Pour le professeur Le Tourneau, « *A priori*, la qualification de l'action née de la rupture des négociations ne devrait pas susciter d'hésitations. Le bon sens souffle qu'il s'agit forcément de la responsabilité délictuelle, puisque la faute, si elle existe, est nécessairement extra-contractuelle, le contrat n'ayant pas été conclu, par hypothèse » (Ph. Le TOURNEAU, préc., note 32, 480).

⁷⁵⁸Dans le même sens, la professeure Nau souligne qu'il est « [d]ifficile pour un juriste français coulé dans ce moule d'admettre sans sourciller qu'il puisse en être autrement » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 119).

La professeure Guillemard le résume très bien :

« la partie lésée par une rupture injustifiée des négociations aura à démontrer qu'une obligation de nature contractuelle a été enfreinte. Pour qu'elle ait une chance de réussir, il faut que les parties elles-mêmes se soient situées indubitablement sur un terrain contractuel, que l'autorité saisie accepte la qualification contractuelle expresse ou implicite de la relation et que la loi applicable au contrat considère que le comportement du partenaire est fautif »⁷⁵⁹.

Il nous semble dans ce cadre important d'évoquer les conditions d'application de la responsabilité contractuelle (Section 1) puis de réfléchir à l'opportunité d'une généralisation de l'application de ce régime suivant le modèle allemand (Section 2).

Section 1 : Les conditions d'application de la responsabilité contractuelle pour un contentieux précontractuel

L'enjeu pour le demandeur qui souhaite initier une action en responsabilité contractuelle dans le cadre d'un contentieux précontractuel est de prouver qu'« un rapport obligationnel entre des parties existe déjà »⁷⁶⁰ et qu'il n'a pas été exécuté⁷⁶¹. En effet, « [l]orsque l'accord préliminaire revêt la nature d'un véritable contrat, sa violation constitue une faute qui engage la responsabilité contractuelle de son auteur »⁷⁶². Le deuxième critère de la mise en cause de la responsabilité contractuelle d'un ancien partenaire aux pourparlers relatif à l'inexécution dommageable d'un engagement valable ne pose quant à lui pas de grandes difficultés (§ 2). En

⁷⁵⁹S. GUILLEMARD, préc., note 48, 54.

⁷⁶⁰Serge GAUDET et Jean PINEAU, « La responsabilité légale : face cachée de la responsabilité extracontractuelle » dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 751, à la p. 761.

⁷⁶¹Ces conditions sont exposées à l'alinéa premier de l'article 1458 du *Code civil du Québec* qui dispose que « [t]oute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés ».

⁷⁶²B. DE CONINCK, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », dans Marcel FONTAINE (dir.), préc., note 227, à la p. 47.

revanche, le fardeau de la preuve est beaucoup plus délicat lorsqu'il s'agit de démontrer la naissance d'un engagement valable entre les parties durant les pourparlers surtout lorsque ce dernier est implicite (§ 1).

§ 1 : La découverte par le juge d'un engagement contractuel valable

Les pourparlers sont souvent l'occasion pour les parties en présence d'échanger des documents ou des écrits dont la nature est parfois contractuelle. Comme l'indiquent Messieurs Péloquin et Assié, « [l]a portée juridique de ces documents préparatoires est souvent incertaine »⁷⁶³. En effet, il existe une grande confusion quant au fait de savoir si les parties se sont engagées contractuellement durant les pourparlers ou si elles n'ont fait que manifester une intention de contracter. Parfois, un ancien partenaire à la négociation peut même estimer que le contrat envisagé est né alors que les pourparlers ont été rompus par l'autre. Plus les pourparlers s'étalent dans le temps, plus ces situations se vérifient. Dans ces conditions, il est nécessaire de revenir à la définition du contrat pour comprendre les conditions dans lesquelles l'on peut qualifier de contractuelle une situation intervenue entre les parties durant la négociation.

Le *Code civil du Québec* définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation »⁷⁶⁴.

L'article 1385 alinéa 2 précise que :

« [l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme

⁷⁶³L. PÉLOQUIN et Ch. K. ASSIÉ, préc., note 229, 176.

⁷⁶⁴Article 1378 C.c.Q.

particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle ».

Cet article relativise le principe du formalisme et renforce celui du consensualisme puisqu'un contrat ne naît plus seulement parce qu'il respecte une forme particulière mais parce qu'il est le produit de la rencontre des volontés des parties prenantes⁷⁶⁵. Sans cette rencontre des volontés, le contrat n'a pas de force obligatoire et une action en responsabilité contractuelle ne pourrait être envisagée⁷⁶⁶. Comme le souligne la professeure Guillemard, « l'accord, la concordance des volontés est le déclencheur de la situation juridique ou, au moins, marque un changement d'étape dans la situation entre les interlocuteurs »⁷⁶⁷.

Un contrat peut naître de manière explicite ou implicite. Un contrat naît explicitement lorsque les parties prenantes ont manifesté expressément leur volonté d'être liées par le contrat à travers notamment la rédaction et la signature de l'*instrumentum* ou lorsque les parties l'ont exprimé verbalement sans aucune ambiguïté. Si ce n'est pas le cas, un contrat peut tout de même naître mais de manière implicite ou tacite. En effet, comme l'a défini la professeure Schmidt, « [l]e 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 »⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵En effet, « la primauté de l'intention, c'est-à-dire le seul échange de consentement est plus importante que l'expression formelle » (9096-9031 *Québec Inc. c. Champagne*, préc., 255, par. 83).

⁷⁶⁶Le professeur Mettarlin considère que ce critère de la rencontre des volontés ou de l'intention des parties utilisé pour déterminer la frontière entre le domaine extracontractuel et contractuel est « *extremely unsatisfactory* » (Daniel N. METTARLIN, « Contractual and Delictual Responsibility in Quebec the Rediscovery of Contract », (1961-1962) 8 *McGill L.J.* 38, 45). Il préfère la découverte d'un « *principle for a rational approach to a determination of contractual content* » comme « *the social position of the parties or nature of the contract* » (*Id.*, 56).

⁷⁶⁷S. GUILLEMARD, préc., note 24, 161.

⁷⁶⁸J. SCHMIDT, préc., note 749, 556.

La naissance implicite d'un contrat ne remet pas en cause sa validité mais alourdit considérablement la charge de la preuve qui pèse sur le demandeur qui souhaite formuler une action en responsabilité contractuelle à l'encontre de son ancien partenaire à la négociation. Elle complique également le travail d'interprétation et de décision de l'autorité saisie d'une action en responsabilité contractuelle qu'il s'agisse d'un arbitre ou d'un juge. Comme l'a dit la professeure Guillemard :

« la trace de l'intention n'est pas toujours claire. En effet, elle est parfois exprimée très expressément mais d'autres fois, elle n'est qu'implicite. Cela rend alors l'analyse difficile, en laissant une large place à l'interprétation où la mentalité juridique de l'observateur peut jouer un rôle important »⁷⁶⁹.

Alors que dans le cas d'un contrat explicite le juge n'aura qu'à constater l'existence du contrat et des obligations qu'il met à la charge des parties, il devra rechercher l'éventuelle rencontre des volontés entre les parties en présence et les interpréter pour déterminer si un contrat implicite est né de leur relation.

Pour déterminer la nature contractuelle des écrits échangés en cours des pourparlers, « une certaine méthodologie s'impose »⁷⁷⁰. Le juge s'intéresse au contenu précis de ces écrits à travers une « lecture compréhensive de l'acte lui-même »⁷⁷¹. Il s'intéresse également au contexte général de la négociation. Dans sa démarche de qualification juridique, le juge recherche s'il y a eu rencontre de la volonté respective des cocontractants potentiels d'être contractuellement liés. Nous sommes à même de penser que les juges vont de plus en plus souvent être amenés à statuer sur la valeur juridique des écrits ou documents échangés durant

⁷⁶⁹S. GUILLEMARD, préc., note 24, 176.

⁷⁷⁰D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 1592, p. 878.

⁷⁷¹*Id.*

les négociations. En effet, un auteur a constaté « un renforcement de la contractualisation des pourparlers »⁷⁷². De même, la professeure Schmidt a pu observer « la multiplication de tels accords couvrant la période précontractuelle, qui se trouve ainsi soumis au régime de la responsabilité contractuelle »⁷⁷³.

Parmi tous les documents précontractuels que les juges sont amenés à interpréter, les lettres d'intention posent le plus de difficulté tant elles sont à la frontière entre le domaine contractuel ou non contractuel. La professeure Fabre-Magnan parle de « formules intermédiaires et floues »⁷⁷⁴.

Afin de statuer sur la valeur contraignante des lettres d'intention définies par le *Dictionnaire de droit privé* comme un « [é]crit par lequel une personne manifeste un intérêt à former, modifier ou résoudre un contrat »⁷⁷⁵, le juge s'intéresse aux circonstances d'espèce comme les termes utilisés dans ces documents⁷⁷⁶. Cette démarche transparaît bien dans l'affaire *Goulet c. Carrière*⁷⁷⁷. Il s'agit de déterminer la qualité juridique ainsi que la valeur éventuellement contraignante d'une lettre datée du 1^{er} juillet 2008. Plus précisément, la question se pose de savoir si ce document est une lettre d'intention. Pour le juge, le document semble tout d'abord s'apparenter à une lettre d'intention car « [a]u premier paragraphe de la lettre, les défendeurs

⁷⁷²J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2.

⁷⁷³J. SCHMIDT, préc., note 749, 555. Nous avons préalablement expliqué les nombreux facteurs qui permettent d'expliquer un tel phénomène : *Supra*, p. 61-63.

⁷⁷⁴M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 243, p. 273.

⁷⁷⁵CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Lettre d'intention », p. 202.

⁷⁷⁶J. A. ALBERTINI, « Les mots qui vous engagent... », D. 2004.230. Comme le précise le professeur Fages, « [p]lus l'auteur de la lettre aura précisé et détaillé l'objet de son intention, plus le document aura sur lui un effet contraignant » (B. FAGES, préc., note 55, n° 49, p. 61).

⁷⁷⁷*Goulet c. Carrière*, 2014 CanLII 5801 (QC C.S.).

écrivent "il nous fait plaisir de confirmer notre *intérêt* à vous soumettre une offre formelle pour l'acquisition des actions de [Kébec]" »⁷⁷⁸. Néanmoins, d'autres éléments semblent nuancer une telle approche. Le dernier paragraphe du document qualifie la lettre d' « offre » qui serait « assujettie à certaines conditions »⁷⁷⁹. On le voit à travers cet exemple, les parties sont souvent maladroites dans leur manière de rédiger et de dénommer les documents précontractuels échangés durant les pourparlers. Certains auteurs parlent d'« intitulés variables et inconsistants »⁷⁸⁰ si bien que « [l]es accords précontractuels sont certainement l'un des domaines les plus délicats du droit des contrats »⁷⁸¹.

C'est pourquoi, les juges doivent pousser plus loin l'analyse. Comme le souligne l'honorable Stephen W. Hamilton dans cette affaire, « [l]e Tribunal ne peut se limiter à examiner les mots employés, mais doit tenir compte de l'ensemble des circonstances pour déterminer la nature de la relation juridique entre les parties »⁷⁸² comme le comportement des parties ou la chronologie des pourparlers. Ainsi, plus les pourparlers auront duré, plus les juges auront tendance à considérer que les documents échangés durant les pourparlers ont une valeur contraignante. Enfin, les juges recherchent la volonté des parties. Comme l'a précisé la

⁷⁷⁸*Id.*, par. 35. Nous soulignons.

⁷⁷⁹*Id.*, par. 37.

⁷⁸⁰D. HOUTCIEFF, préc., note 427, 21.

⁷⁸¹Nicolas ROUILLER, « Rupture des négociations. Liberté et devoirs précontractuels. Droit suisse, droit français et travaux d'harmonisation européenne et internationale », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, coll. « Institut de Droit des Affaires. Centre de Droit Économique », Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 39, à la p. 53.

⁷⁸²*Goulet c. Carrière*, préc., note 777, par 38.

professeure Fabre-Magnan, il faut « soupeser les intentions des parties pour apprécier dans quelle mesure elles se sentaient liées par leur accord »⁷⁸³.

En conséquence, certaines lettres d'intention auront une valeur contraignante et seront considérées comme de véritables engagements contractuels alors que d'autres ne seront qualifiées que de « simples documents de secrétariat »⁷⁸⁴. Dans l'affaire *9096-9031 Québec Inc. c. Champagne*⁷⁸⁵, le juge n'a pas reconnu la valeur contractuelle de la lettre d'intention. En effet, la violation par Monsieur Champagne de la lettre d'intention qu'il avait signée avec Monsieur Chénier, ne permet pas l'annulation de la vente des deux concessions passée entre l'administrateur de Nid'Or et les Huits Prospecteurs, une autre compagnie qui œuvre dans le domaine minier. Effectivement, le 23 janvier 2003, l'honorable Jean-Jacques Croteau, juge à la Cour supérieure, considère que « la lettre d'intention était un avant-contrat qui n'équivalait pas à vente et que la demanderesse ne pouvait pas demander l'annulation de la vente des concessions »⁷⁸⁶. La lettre d'intention au cœur du litige n'était pas suffisamment rédigée en des termes définitifs et engageants. Au contraire, elle contenait des conditions suspensives à la vente comme la clause 5.7 stipulant que « pour procéder, la Transaction devra recevoir le consentement de la TSX Venture Exchange »⁷⁸⁷.

⁷⁸³M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 243, p. 273.

⁷⁸⁴J. SCHMIDT-SZALEWSKY, préc., note 260, 49 ; F. LABARTHE, préc., note 179.

⁷⁸⁵*9096-9031 Québec Inc. c. Champagne*, préc., 255.

⁷⁸⁶*Id.*, par. 86.

⁷⁸⁷*Id.*, par 17.

En revanche, dans la récente affaire *Bergeron c. Di Palma*⁷⁸⁸, le juge a considéré que la lettre d'intention obligeait les parties⁷⁸⁹. Les faits sont les suivants : en juin 2014, Luc Bergeron et Santolo Di Palma entrent en pourparlers au sujet de la vente de l'entreprise de ce dernier, Ital Forge Ornamental. À cette fin, plusieurs documents sont échangés dont une lettre d'intention datée du 10 octobre 2014. Luc Bergeron entame des démarches afin de satisfaire les conditions de la lettre d'intention. Notamment, il procède à diverses démarches de financement qui avancent bien et à une vérification diligente de la société de Monsieur Di Palma. Néanmoins, le 16 décembre 2014, les procureurs de Santolo Di Palma avisent Monsieur Bergeron que les pourparlers sont rompus. Surpris, Luc Bergeron, demandeur, saisit la Cour du Québec au motif que Santolo Di Palma, défendeur, a, sans motif sérieux, refusé de donner suite à la lettre d'intention en rompant les pourparlers. L'honorable Sylvie Lachapelle, juge à la Cour du Québec, statue en faveur de Luc Bergeron et considère que Santolo Di Palma n'a pas respecté les engagements qu'il avait pris en signant la lettre d'intention du 10 octobre 2014. En particulier, ce dernier s'était engagé à constituer une nouvelle société ce qu'il n'a jamais fait alors que son interlocuteur, Monsieur Bergeron a quant à lui entamé de nombreuses démarches afin d'exécuter correctement la lettre d'intention. La juge en conclut que le comportement du défendeur est excessif, déraisonnable et imprévisible ce qui lui permet d'engager la responsabilité contractuelle de Monsieur Di Palma pour inexécution de la lettre d'intention.

⁷⁸⁸*Bergeron c. Di Palma*, 2017 CanLII 7722 (QC C.Q.). Pour un exemple en droit français voir notamment l'arrêt de la chambre commerciale du 6 novembre 2016 dans lequel le juge considère que la lettre d'intention n'a pas de valeur contractuelle (Com. 6 nov. 2016, D. 2012.3014, note Dondero, *Juris-Data*, n° 11-26582) et l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 avril 2014 dans lequel la lettre d'intention est qualifiée d'engagement ferme et obligatoire relatif à la création d'une filiale commune (Versailles, 8 avr. 2014, *BRDA* 10/14, n° 10).

⁷⁸⁹*Bergeron c. Di Palma*, préc., note 788.

Au-delà du fait de savoir si les documents précontractuels ont une valeur contraignante, il apparaît quelques fois difficile pour le juge de qualifier précisément la nature de ces documents. À nos yeux, la confusion relative à la dénomination des documents échangés au cours des pourparlers est fréquente.

Ainsi, dans l'affaire *Jolicoeur c. Rainville*⁷⁹⁰, M. Rainville saisit la Cour supérieure en fondant sa réclamation sur l'existence d'un contrat dont l'inexécution était génératrice de dommages-intérêts. Le 30 janvier 1996, l'honorable Guy Arsenault accueille son action en dommages-intérêts et condamne M. Jolicoeur à lui verser 423 500 dollars avec intérêts et dépens. Selon le juge de première instance en effet, le document est un contrat complet que M. Jolicoeur n'a pas exécuté. Ce dernier fait appel de la décision. L'honorable Louise Otis accueille l'appel car elle considère que l'accord n'a pas atteint sa pérennité contractuelle au motif qu'« une partie importante de son contenu obligationnel restait encore à convenir »⁷⁹¹. Selon la juge, le document constitue une entente précontractuelle s'apparentant à ce que les auteurs nomment, avec nuances, accord de principe, avant-contrat, lettre d'intention ou contrat préparatoire si bien que le régime contractuel de responsabilité ne peut s'appliquer. Or, comme nous l'avons vu dans notre premier titre relatif à la liberté contractuelle dans les pourparlers⁷⁹², ces types d'accords de pourparlers ne sont pas synonymes. Il aurait fallu que la juge définisse plus précisément la nature du document, qu'elle précise si l'entente précontractuelle était un accord de principe, un avant-contrat, une lettre d'intention ou un contrat préparatoire. Cette situation n'est pas satisfaisante dans la mesure où, de la qualification précise des accords

⁷⁹⁰ *Jolicoeur c. Rainville*, préc., note 311.

⁷⁹¹ *Id.*, par. 49.

⁷⁹² *Supra*, p. 61 et suiv.

précontractuels, dépendent des obligations spécifiques. En les assimilant ainsi, la juge crée selon nous certaines confusions. Comme le résume à juste titre le professeur Beignier, « [l]e problème est qu'à cette clarté doctrinale ne correspond nullement la précision de la pratique ni même toujours de la jurisprudence »⁷⁹³.

De même, dans l'affaire *Emballages Box Pack Inc. c. Emballages DG Inc.*⁷⁹⁴, le juge considère que les parties ont conclu un avant-contrat d'association. Il aurait été plus judicieux de préciser la nature de cet avant-contrat. S'agit-il d'une promesse de contrat d'association ou d'un pacte de préférence portant sur la conclusion éventuelle d'un contrat d'association ? En effet, suivant la réponse à cette question un régime juridique différent sera appliqué. Selon nous, l'avant-contrat en question est une promesse de contrat d'association car la décision du défendeur de conclure le contrat final est prise. Il manque simplement des éléments afin que l'entente soit complète, opposable et convertie en contrat d'association. Dans le cadre d'un pacte de préférence, le débiteur du pacte n'a pas encore choisi de conclure un contrat. S'il décide de le faire, il devra en priorité proposer de faire affaire avec le créancier ou le bénéficiaire du pacte⁷⁹⁵.

Nous l'avons vu, le premier critère à respecter afin qu'une action en responsabilité contractuelle aboutisse est de prouver l'existence d'un contrat ou la naissance d'un lien contractuel valide explicite ou implicite. Mais ce critère n'est pas le seul. Comme l'a précisé le professeur Mousseron, « [l]a seule présence d'un accord de négociation ne saurait, cependant,

⁷⁹³B. BEIGNIER, préc., note 67, 466.

⁷⁹⁴*Emballages Box Pack Inc. c. Emballages DG Inc.*, préc., note 317.

⁷⁹⁵Cette confusion se retrouve en droit français : « La Cour de cassation elle-même ne fait pas toujours clairement la différence » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 719, p. 521).

justifier l'application généralisée d'un régime de responsabilité contractuelle ; encore faut-il identifier une obligation prévue dans cet accord et établir son inexécution dommageable »⁷⁹⁶. Le demandeur doit donc apporter la preuve de l'inexécution par le cocontractant potentiel d'une obligation contractuelle née entre eux durant les pourparlers.

§ 2 : L'inexécution dommageable par le cocontractant potentiel de l'engagement contractuel valable

En vertu du principe de la force obligatoire du contrat, l'inexécution par le cocontractant d'une obligation valable née durant les pourparlers est la deuxième condition que tout demandeur doit réussir à prouver afin que le juge applique le régime contractuel de responsabilité. Pour être plus précis, nous devrions parler d'une inexécution fautive dans la mesure où, parfois, l'inexécution est justifiée par des raisons légitimes telles que la force majeure définie par les professeurs Lluelles et Moore comme « un événement irrésistible et imprévisible »⁷⁹⁷ auquel ils ajoutent un élément d'extériorité.

La preuve de cette défaillance contractuelle nécessite « la comparaison entre le comportement effectif du débiteur et le contenu de son obligation »⁷⁹⁸. En effet, chaque contrat prévoit des obligations spécifiques à la charge des parties concernées. Le juge saisi d'une action en responsabilité contractuelle doit vérifier le type d'obligations assumées. Ces obligations diffèrent suivant la nature du contrat. C'est pourquoi nous avons choisi de préciser en quoi consiste l'inexécution de quelques liens contractuels pouvant naître dans les pourparlers. Nous

⁷⁹⁶P. MOUSSERON, préc., note 162, 249.

⁷⁹⁷D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 2732, p. 1659.

⁷⁹⁸J. SCHMIDT, préc., note 749, 559.

nous intéresserons ainsi à la question de l'inexécution d'un contrat de négociation (A), d'une promesse de contrat (B), d'un pacte de préférence (C) puis du contrat final (D).

A) L'inexécution d'un contrat de négociation ou d'un contrat préliminaire envisageant la négociation du contrat définitif

L'inexécution d'un contrat qui prévoit les modalités de négociation susceptible d'engager la responsabilité contractuelle d'un ancien partenaire à la négociation ne consiste pas en la rupture des négociations. En effet, à la différence de la promesse de contrat, le contrat de négociation ne crée pas à la charge des parties l'obligation de conclure le contrat final. En revanche, lorsque les parties concluent un contrat de négociation, elles s'engagent de fait, à négocier de bonne foi. L'inexécution de cette obligation de négocier de bonne foi constitue une « faute » contractuelle.

De plus, comme il s'agit d'un contrat à part entière, les parties sont obligées de respecter les clauses du contrat de négociation. Représentera une inexécution le fait de ne pas respecter ces clauses relatives à l'organisation de la négociation. Nous ne nous intéresserons qu'à quelques exemples d'inexécution d'un contrat de négociation en commençant par la violation d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat organisant les modalités de la négociation. D'emblée, on peut affirmer que le non-respect d'une telle clause justifie l'application de la responsabilité contractuelle de l'individu qui y était soumis.

Nous n'avons pas trouvé d'illustrations directes de ce principe dans la jurisprudence québécoise. En revanche, l'affaire *Dostie c. Sabourin*⁷⁹⁹ est intéressante si l'on recourt à un

⁷⁹⁹*Dostie c. Sabourin*, préc., note 299.

raisonnement par analogie. Dans cette affaire, Sabourin achète à Dostie des actions dans une entreprise de débosselage. Ce contrat de vente prévoit une clause de non-concurrence. Dostie signe par la suite une offre d'achat pour l'acquisition d'un immeuble bénéficiant de droits acquis pour l'exploitation d'un commerce de débosselage. Sabourin reproche à Dostie d'avoir violé la clause de non-concurrence en agissant de la sorte. Les juges de la Cour d'appel accueillent sa demande et reconnaissent que le comportement de Dostie justifie la mise en cause de sa responsabilité contractuelle pour violation d'une clause de non-concurrence dans le contrat de vente. On peut considérer que le dispositif aurait été le même si la clause de non-concurrence avait été contenue non pas dans un contrat de vente mais dans un contrat de négociation.

Une autre affaire est intéressante même si elle ne constitue pas une illustration où la responsabilité serait retenue⁸⁰⁰. Les faits qui ont conduit à cette affaire sont les suivants : un protocole d'entente est signé entre 4379047 Canada Inc., demandeur, et Papagiannis, défendeur. Il détermine un calendrier de négociation avec une date butoir pour la conclusion du contrat final ainsi qu'une clause de non-concurrence décrivant un rayon à l'intérieur duquel les parties ne doivent pas chercher de partenaires potentiels. Le défendeur, rompt les pourparlers après l'expiration de la date déterminée dans le protocole d'entente pour la signature d'un accord final et contracte avec un tiers, la chaîne de restaurants Lafleur, une entreprise qui se situe à l'intérieur du rayon visé par la clause de non-concurrence. 4379047 Canada Inc. fonde une action en responsabilité contractuelle à l'encontre de son ancien partenaire à la négociation pour violation de la clause de non-concurrence contenue dans le

⁸⁰⁰ 4379047 Canada Inc. c. Papagiannis, 2017 CanLII 576 (QC C.A.).

protocole d'entente. Le juge Mayer de la Cour supérieure rejette son action. 4379047 Canada Inc. demande la permission d'appeler. Cette demande est rejetée par l'honorable Manon Savard qui reprend le dispositif du juge Mayer. Selon les juges, l'action en responsabilité contractuelle n'est pas fondée car l'intimé n'a pas commis de faute dans la rupture des pourparlers ni lorsqu'il a fait affaire avec la chaîne de restaurants Lafleur. Effectivement, le protocole d'entente et donc la clause de non-concurrence contenue dans celui-ci étaient caducs après l'expiration de la date déterminée pour conclure un accord final. Dans ces conditions, Papagiannis était en droit de contracter avec un concurrent. Cette affaire est intéressante pour notre étude car l'on peut penser que si la date déterminée dans le protocole d'entente pour la conclusion de l'accord n'était pas arrivée à expiration au moment de conclure avec un concurrent, la responsabilité contractuelle de Papagiannis aurait été reconnue par les juges pour violation de la clause de non-concurrence⁸⁰¹.

La responsabilité contractuelle s'applique également lorsque les parties ont conventionnellement prévu une obligation de négocier de bonne foi mais que cette dernière n'est pas respectée par l'une d'entre elles. Dans l'affaire *Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*⁸⁰², les parties prévoient une clause de renégociation de bonne foi. En effet, l'article 8 du protocole dispose que « tout événement non prévu aux présentes qui pourrait porter atteinte, directement ou indirectement, à l'objet et aux considérations de la présente convention

⁸⁰¹Pour la France, voir : Versailles, 10 sept. 2009, *Juris-Data n° 08-04982*. La Cour d'appel retient que le défendeur avait le droit de mener des pourparlers parallèles car ces derniers ont été entamés après l'expiration de la clause d'exclusivité conclue avec le premier partenaire potentiel. Dans cette affaire en effet, les pourparlers s'étaient poursuivis alors qu'une clause d'exclusivité entre eux avait expirée.

⁸⁰²*Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*, préc., note 444. Voir aussi en ligne : <<http://langlois.ca/negociation-et-redaction-de-contrats-commerciaux-au-quebec-lobligation-precontractuelle-dagir-et-de-negocier-de-bonne-foi/>>.

obligera les parties à renégocier de bonne foi les termes d'une nouvelle entente »⁸⁰³. La demanderesse soutient que l'obligation de renégocier de bonne foi contenue dans le protocole n'a pas été respectée. C'est sur la base de celle-ci que le juge condamnera les défendeurs.

La responsabilité contractuelle d'un individu peut aussi être reconnue s'il n'a pas respecté les obligations issues de la promesse de contrat.

B) L'inexécution d'une promesse de contrat

Nous l'avons indiqué⁸⁰⁴, la promesse de contrat, qu'elle soit unilatérale ou bilatérale, est un contrat préparatoire à travers lequel le promettant (et le bénéficiaire de la promesse dans le cadre d'une promesse bilatérale), s'engage à conclure un contrat final dont les conditions sont déterminées si le destinataire de la promesse accepte de contracter en levant l'option dans un délai raisonnable. Bien que la promesse concerne dans la majeure partie des cas la conclusion d'un contrat de vente immobilière, celle-ci n'est pas exclusive. On peut imaginer qu'une partie s'oblige par une promesse à conclure avec le bénéficiaire un contrat de location, un contrat d'embauche ou bien un contrat de fusion d'entreprises.

La violation d'une promesse de contrat résulte généralement du refus du promettant de conclure le contrat final avec le bénéficiaire de la promesse lorsque ce dernier a accepté de contracter en levant l'option durant un délai raisonnable ou durant le délai imparti pour ce faire si celui-ci est précisé dans l'avant-contrat. Dans certains cas, il arrive que le promettant rompe la promesse qui le liait au bénéficiaire de l'avant-contrat pour conclure avec un tiers qui connaissait éventuellement l'existence de la promesse. Comme le soulignent les professeurs

⁸⁰³*Péladeau c. Placements Péladeau Inc.*, préc., note 444, par. 14.

⁸⁰⁴*Supra* p. 71-72.

Lluelles et Moore, « dans un cas comme dans l'autre, le promettant commettrait une résiliation unilatérale de contrat, en principe prohibée (art. 1439), engageant de la sorte sa responsabilité civile contractuelle »⁸⁰⁵. De plus, la responsabilité contractuelle du bénéficiaire peut être retenue si ce dernier, après avoir levé l'option, refuse de conclure le contrat final.

Les illustrations en droit québécois sont nombreuses. Nous n'en présenterons que deux. Dans l'affaire *Érablière G.F. Marois inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*⁸⁰⁶, le bénéficiaire et le promettant s'engagent à respecter certaines obligations. En effet, le bénéficiaire de la promesse de vente s'engage à payer 348 578 dollars à la Fédération des producteurs acéricoles du Québec pour régler les dettes du propriétaire et le promettant, le propriétaire de l'érablière, s'engage à vendre son érablière au bénéficiaire de la promesse de contrat. Il s'agit donc d'une promesse synallagmatique de vente signée le 22 septembre 2011. Or, le propriétaire de l'érablière se rétracte et refuse de conclure le contrat de vente aux conditions prévues par la promesse du 22 septembre 2011. Saisie, l'honorable Lise Bergeron de la Cour supérieure reconnaît l'application du régime contractuel de responsabilité pour violation de la promesse de contrat. Le propriétaire fait appel de la décision. La Cour d'appel rejette son action au motif que l'appelant n'a pas démontré l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans les conclusions de la juge de première instance.

L'affaire *Raschella c. 3633713 Canada Inc.*⁸⁰⁷ est légèrement différente dans la mesure où, dans ce cas d'espèce, le promettant a rompu fautivement sa promesse de vente afin de

⁸⁰⁵D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 450, p. 218.

⁸⁰⁶*Érablière G.F. Marois Inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2016 CanLII 87 (QC C.A.).

⁸⁰⁷*Raschella c. 3633713 Canada Inc.*, 2003 CanLII 25950 (QC C.A.). Voir également : *Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'expansion économique d'Argenteuil*, [1986] R.J.Q. 2295 (C.A.).

conclure le contrat final envisagé avec un tiers. Les faits de cette affaire sont les suivants : Monsieur Brodeur souhaite vendre son immeuble divisé en quatre unités chacune incluant un local utilisé à des fins commerciales situé au rez-de-chaussée et un logement au 2^e étage pour la somme de 600 000 dollars. Il demande qu'une partie du prix soit payée « sous la table ». Monsieur Raschella, qui investit dans l'achat d'immeubles commerciaux depuis plusieurs années, souhaite acquérir un immeuble dans le quartier où se situe l'immeuble de Monsieur Brodeur. Les deux entrent en pourparlers. Le 11 juin 1999, Monsieur Raschella présente à Brodeur une promesse d'achat visant l'immeuble. Le 23 juin 1999, Brodeur présente une contre-proposition dans laquelle il promet de vendre l'immeuble, sous réserve de certaines conditions. Cette contre-proposition prévoit spécifiquement que les clauses contenues dans la promesse de contrat initiale de Monsieur Raschella restent inchangées. M^c Dagustino, mandaté par Monsieur Raschella, rédige une nouvelle proposition à la contre-proposition de Monsieur Brodeur du 23 juin 1999. Celle-ci prévoit que Monsieur Raschella accepte la contre-proposition de Monsieur Brodeur sous réserve d'une clause de premier refus concernant le solde de prix de vente. Après plusieurs tentatives pour rencontrer Monsieur Brodeur au sujet de la signature de cette nouvelle proposition, Monsieur Raschella apprend vers le 10 septembre, qu'il a vendu l'immeuble à 3633713 Canada Inc., une société dont Monsieur Metrick est le président et unique actionnaire. Pour justifier son comportement, Monsieur Brodeur indique qu'il était sans nouvelle de Monsieur Raschella (ce que ce dernier réfute), et qu'en raison de ses problèmes de santé, il ne pouvait plus attendre avant de vendre son immeuble. Or, d'après Monsieur Raschella, cette vente est conclue en violation d'une promesse de contracter intervenue préalablement entre lui et M. Brodeur ce qui est contesté par Monsieur Brodeur. Dans ces conditions, Monsieur Raschella saisit la justice.

La juge de la Cour supérieure, l'honorable Sylviane Borenstein, considère que la nouvelle proposition de Monsieur Raschella rédigée par M^e Dagustino est un simple brouillon dans la mesure où Monsieur Raschella n'a jamais pu la transmettre à Monsieur Brodeur. En revanche, elle qualifie la contre-proposition de Monsieur Brodeur en date du 23 juin 1999 de nouvelle promesse unilatérale de vente. De ce fait, il avait l'obligation durant le délai prévu ou un délai raisonnable, de ne pas vendre ni d'offrir l'immeuble à un tiers. Or, Monsieur Brodeur vend son immeuble à la société tierce malgré la promesse de contrat en vigueur et le fait que le délai raisonnable pour lever l'option laissé à Monsieur Raschella courait toujours. Dans ces conditions, Monsieur Brodeur engage sa responsabilité contractuelle. Dans le même temps, le juge reconnaît la mauvaise foi de la société tiers et de son unique actionnaire et condamne Monsieur Brodeur, la société 3633713 Canada Inc. et Allan Metrick à compenser le dommage subi par Monsieur Raschella. Néanmoins, en vertu du premier alinéa de l'article 1397 du *Code civil du Québec*, le contrat de vente conclu fautivement entre Monsieur Brodeur et la société 3633713 Canada Inc. est opposable à Monsieur Raschella.

Les illustrations sont également nombreuses en droit français, comme l'arrêt rendu le 11 juin 2013 par la chambre commerciale de la Cour de cassation⁸⁰⁸. Le 3 avril 2008, M. X, actionnaire majoritaire de la société par actions simplifiées Modèles et stratégies, s'est engagé, par l'intermédiaire d'une promesse de vente, à vendre à Mme Y et à M. Z une partie de ses actions. Malgré la levée de l'option par les bénéficiaires de la promesse de vente, M. X refuse de vendre ses actions. Mme Y et M. Z saisissent les juges de première instance. Le 14 février

⁸⁰⁸Com. 11 juin 2013, n° 12-22296, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027551422&fastReqId=1501591739&fastPos=1>.

2012, la Cour d'appel de Paris accueille la demande des bénéficiaires de la promesse de vente. La promesse de vente d'actions est réputée formée et valide. M. X avait l'obligation de conclure le contrat de vente depuis la levée d'option par Mme Y et M. Z. M. X forme un pourvoi en cassation. Le 11 juin 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Paris au motif que les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites ou pour les causes que la loi autorise ce qui n'est pas le cas dans cette affaire.

La responsabilité contractuelle d'un individu sera également engagée en cas d'inexécution d'un pacte de préférence.

C) L'inexécution d'un pacte de préférence

À l'inverse d'une promesse de contrat, le promettant n'a pas l'obligation de contracter avec le bénéficiaire du pacte de préférence. En revanche, s'il décide de contracter, il devra impérativement proposer au bénéficiaire du pacte de contracter avec lui. Par exemple, dans le cadre d'un pacte de préférence relatif à la vente immobilière, le promettant, s'il décide de vendre son bien, devra le proposer en priorité au bénéficiaire du pacte de préférence afin d'éviter d'engager sa responsabilité contractuelle. Toutefois, le promettant n'engage pas sa responsabilité parce qu'il refuse de vendre. Comme l'ont souligné les professeurs Mousseron, Raynard et Seube, « [l]e débiteur de préférence ne s'engage donc pas à contracter, mais seulement à préférer son cocontractant s'il décide de contracter »⁸⁰⁹.

⁸⁰⁹J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 5^e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, préc., note 68, n° 39, p. 28.

Le débiteur du pacte de préférence peut aussi engager sa responsabilité contractuelle s'il conclut le contrat envisagé dans le pacte avec un tiers sans avoir préalablement proposé l'affaire au bénéficiaire du pacte. Également, la responsabilité contractuelle du promettant peut être engagée si ce dernier modifie par une action le contenu du pacte. C'est par exemple le cas lorsqu'il loue à un tiers une partie ou la totalité du bien qui fait l'objet du pacte de préférence.

Le contentieux en la matière est également important. Ainsi, dans l'affaire *Ferme Gross et Fils Inc. c. Fafard*⁸¹⁰, le locataire d'une terre agricole formule à l'encontre du propriétaire de cette terre une action en réparation pour violation d'un pacte de préférence. En effet, le propriétaire s'est engagé à accorder à son locataire la préférence de se porter acquéreur au même prix et aux mêmes conditions de la terre qu'il loue s'il décidait de vendre. En dépit de ce pacte, le propriétaire, s'étant cru libéré de son obligation envers le locataire à partir du 10 novembre 2007 dans la mesure où il avait terminé sa récolte pour l'année en cours, a vendu sa terre à un tiers. Le 29 mars 2011, le juge Trudel de la Cour supérieure condamne le propriétaire à réparer le préjudice subi par le locataire du fait de l'inexécution de son obligation au terme du pacte de préférence. Toutefois, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1397 du *Code civil du Québec*, le contrat conclu avec le tiers reste opposable au bénéficiaire du pacte.

La jurisprudence française en la matière est également très fournie. L'arrêt du 6 juin 2012 de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation est particulièrement intéressant⁸¹¹. Le 5 mars 2003, la société Immopark signe un pacte de préférence avec la société Horizane santé au sujet

⁸¹⁰*Ferme Gross et Fils Inc. c. Fafard*, 2011 CanLII 1406 (QC C.S.).

⁸¹¹Civ. 3^{ème}, 6 juin 2012, n° 11-30142, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025996145&fastReqId=1856763007&fastPos=1>.

de la vente d'un immeuble. Néanmoins, le 23 mars 2005, la société Immopark vend l'immeuble à un tiers, la société Vichy. La société Horizane santé assigne devant les juges de première instance la société Immopark et la société Vichy en annulation de la vente conclue en violation du pacte de préférence consenti le 5 mars 2003. Le 7 janvier 2011, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence condamne la défenderesse à verser des dommages-intérêts à la société Horizane santé suite à la mise en cause de sa responsabilité contractuelle pour non-respect du pacte de préférence. La société Immopark se pourvoit alors en cassation. Le 6 juin 2012, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi de la société Immopark au motif que cette dernière a manqué à son obligation contractuelle de proposer en priorité à la société Horizane santé la vente de l'immeuble finalement concédée à la société Vichy et la condamne à réparer le préjudice subi par la société Horizane santé en raison de ce comportement fautif. Néanmoins, la Cour de cassation n'annule pas la vente de l'immeuble à la société Vichy. Le contrat de vente reste opposable à la société Horizane santé⁸¹².

Enfin, le comportement fautif peut résider dans l'inexécution du contrat final.

D) L'inexécution du contrat final

L'inexécution du contrat final dans le cadre des pourparlers est une hypothèse plutôt rare. Elle est constatée par le juge lorsqu'un ancien partenaire à la négociation rompt les pourparlers alors que le contrat définitif est né et a commencé à être exécuté ou bien que la négociation se poursuit pour s'accorder sur des éléments secondaires de la transaction. Elle intervient surtout

⁸¹²Nous le verrons dans le titre suivant, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le droit français permet l'annulation du contrat conclu fautivement avec un tiers et la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers si le demandeur réussit à prouver que le tiers était au courant de l'existence du pacte de préférence et de son intention de s'en prévaloir.

lorsque les parties ont, durant les pourparlers, fixé les points qui ont fait l'objet d'un accord entre eux à travers la technique de la punctuation. Si ces points portent sur des éléments essentiels du contrat final et qu'ils ne sont pas respectés, l'inexécution sera fautive.

Cette hypothèse a notamment été envisagée par le professeur Mousseron qui a expliqué qu'« [u]n autre moyen de justifier l'application de la responsabilité contractuelle consiste à considérer que le contrat a été conclu avant l'achèvement de la négociation »⁸¹³. De plus, Monsieur Fraimout, a précisé qu'il fallait « se départir d'une représentation par trop schématique d'un processus de négociation nécessairement achevé lors de la conclusion du contrat »⁸¹⁴. Enfin, la professeure Giliker a indiqué qu'il « *would not be unusual for one party to commence work or production of goods prior to formal execution of the contract, be it for reasons of convenience, to meet strict deadlines or to demonstrate commitment to the transaction* »⁸¹⁵.

Nous l'avons vu, la nature contractuelle de la responsabilité peut s'appliquer lorsque certaines conditions sont respectées et notamment lorsqu'un partenaire à la négociation n'a pas respecté les obligations qui ont été prévues conventionnellement durant les pourparlers. Ces obligations peuvent notamment provenir d'un contrat de négociation, d'un avant-contrat ou bien du contrat final lui-même.

Cette situation pour laquelle les parties peuvent engager la responsabilité contractuelle de leur ancien partenaire à la négociation reste pourtant exceptionnelle en raison principalement de la

⁸¹³P. MOUSSERON, préc., note 162, 249.

⁸¹⁴J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2.

⁸¹⁵Paula GILIKER, « A Role For Tort In Pre-Contractual Negotiations? An Examination Of English, French, And Canadian Law », (2003) 52 *International and Comparative Law Quarterly* 968, 970.

difficulté qu'ont les demandeurs à prouver la naissance d'un engagement contractuel valable durant les pourparlers. En effet, bien souvent, cet engagement naît implicitement. La question que l'on peut se poser est celle de savoir pourquoi un demandeur voudrait initier une action en responsabilité contractuelle dans le cas où les pourparlers ne seraient pas formalisés explicitement. Selon nous, l'opportunité proviendrait des effets d'une action en responsabilité contractuelle. Le régime contractuel de responsabilité offre des conditions de réparation du préjudice lié à l'inexécution d'un contrat plus favorables que le régime extracontractuel, en prévoyant notamment, la réparation en nature. Les efforts investis dans des pourparlers rompus fautivement peuvent ne pas être vains pour la victime de cette rupture qui pourra obtenir une réparation en nature dont l'exécution forcée du contrat et pas seulement l'octroi de dommages-intérêts⁸¹⁶.

Dans ces conditions, nous avons décidé de nous intéresser à la généralisation éventuelle de la responsabilité contractuelle pour un contentieux précontractuel tel que cela a été fait en Allemagne.

Section 2 : De la généralisation de la responsabilité contractuelle suivant le modèle allemand ?

On peut noter la « nette divergence quant à la qualification de cette responsabilité »⁸¹⁷ qui existe entre le droit québécois ou français d'une part, et le droit allemand d'autre part. Cette différence d'approche au regard de la responsabilité découlant des pourparlers réside dans le fait qu'au sein de l'ordre juridique allemand, la nature de la responsabilité sera, peu importe le

⁸¹⁶*Infra*, p. 320-340.

⁸¹⁷L. NAU, préc., note 97, à la p. 118.

contexte de la négociation⁸¹⁸, contractuelle⁸¹⁹. Le professeur Mousseron parle à ce sujet de « contractualisation, totale, de la négociation »⁸²⁰.

On peut réfléchir quant à la pertinence de cette approche du droit de la responsabilité découlant des pourparlers pour le droit québécois. Pour ce faire, nous commencerons par présenter le modèle allemand (§ 1) avant de le confronter au droit positif québécois (§ 2).

§ 1 : La présentation du modèle allemand

Afin de présenter le modèle allemand qui reconnaît la nature exclusivement contractuelle de la responsabilité découlant des pourparlers, nous remonterons tout d'abord à ses origines (A), puis nous nous concentrerons sur son application contemporaine (B).

⁸¹⁸Comme le souligne le professeur Le Tourneau, « il en va de la sorte en dehors même de la violation d'un contrat préparatoire » (Ph. Le TOURNEAU, préc., note 32, 481).

⁸¹⁹Pour être plus précis, nous devrions parler de responsabilité de nature quasi contractuelle. C'est ce que souligne le professeur Witz dans Cl. WITZ, préc., note 144, p. 120. En effet, la nature de la responsabilité ne peut être considérée comme contractuelle au sens classique du terme car elle concerne la violation d'obligations « *vertragsähnlich* », littéralement « semblables à celles du contrat » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 118) différenciables des obligations du contrat lui-même. Certains considèrent néanmoins que la responsabilité découlant des pourparlers n'est, en droit allemand, ni contractuelle ou quasi contractuelle, ni extracontractuelle. Elle est selon eux spécifique. Il s'agit de la responsabilité précontractuelle ou *in contrahendo*. Ainsi, pour les auteurs Markesinis, Unberath et Johnston, « *[i]t is a concept sui generis, floating freely between contract and tort, sometimes acquiring the characteristics of one and sometimes of the other classic category of obligations* » (B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 92). Le professeur Canaris de l'Université de Munich parle du « *third way* » ou du « *dritte Spur* » en la matière (*Id.*). De même, Monsieur Schneider souligne que « le droit allemand reconnaît depuis longtemps l'existence d'une *responsabilité précontractuelle* » (W.-T. SCHNEIDER, préc., note 751, 967, nous soulignons). Néanmoins, « la *culpa* qui se présente ici est exactement de la même espèce que celle que nous rencontrons seulement dans les rapports contractuels » (R. von JHERING, préc., note 147, p. 25), et la violation sera sanctionnée selon une responsabilité dont « les effets sont calqués sur ceux du modèle contractuel » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 118) d'où la légitimité de ce raccourci.

⁸²⁰P. MOUSSERON, préc., note 162, 248.

A) Les origines de la responsabilité *in contrahendo* allemande

L'application généralisée de la nature contractuelle de la responsabilité découlant des pourparlers trouve son fondement dans la théorie de la *culpa in contrahendo*⁸²¹ développée par Rudolf von Jhering (1) sur laquelle la jurisprudence s'est fondée et dont elle a élargi la portée (2).

1) La théorie de la *culpa in contrahendo* de Jhering

Dans sa célèbre théorie de la *culpa in contrahendo*, le juriste Rudolf von Jhering⁸²² propose d'apporter une solution juridique à une lacune du droit allemand de l'époque soit « la question de savoir si la partie qui a commis l'erreur [entraînant la nullité du contrat finalement conclu] ne répond point envers l'autre du dommage causé par sa faute »⁸²³. En effet, les remèdes proposés jusque-là parmi lesquels l'*actio doli*, l'*actio legis Aquiliae*, ou l'action contractuelle n'étaient pas efficaces face à cette problématique juridique.

Comme l'explique Jhering, l'*actio doli* nécessite, pour être appliquée, que l'erreur ait été commise non pas en raison d'une faute mais d'un dol. Or, dans le cas qui le préoccupe, aucun

⁸²¹Pour plus d'informations sur la *culpa in contrahendo* dans la doctrine allemande voir notamment : Ballerstedt, « Zur Haftung für c.i.c. Geschäftsabschluß durch Stellvertreter » *AcP* 151 1950 51 ; von Bar, « Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag ? » *JuS* 1982, 637 ; Friedl, « Haftung ... Abbruch von Vertragsverhandlungen im deutschen und anglo-australischen Recht, *ZVglR Wiss* 97 (1997) 161 ; D Kaiser, « Schadensersatz aus c.i.c. bei Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Verträge », *JZ* 1997, 448 ; Kessler and Fine, « *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract : A comparative Study* » (1964), 77 *Harvard LR* 401.

⁸²²R. von JHERING, préc., note 147.

⁸²³*Id.*, p. 1.

dol n'a été commis. L'erreur trouve son origine dans le comportement fautif du vendeur⁸²⁴. L'*actio legis Aquiliae* n'est pas non plus opportune. Cette action fondée sur un dommage causé par une faute extracontractuelle revêt pour l'auteur un « caractère hasardeux » dans la mesure où son application au cas d'espèce reviendrait à opérer une extension exagérée de la théorie car les conditions de mise en œuvre ne sont pas réunies. Enfin, l'action contractuelle n'est pas non plus intéressante puisque, par définition, un contrat frappé de nullité en raison de l'erreur est réputé caduc. Ainsi, en l'absence de contrat, l'action contractuelle ne s'applique pas⁸²⁵.

Pour Jhering, combler cette « lacune sensible »⁸²⁶ du droit allemand est « une nécessité imposée par les exigences de la justice »⁸²⁷. Pour ce faire, il va s'inspirer du droit romain et plus précisément du *Digeste* même s'il admet que cette inspiration s'opère de manière dissimulée et par voie de déduction⁸²⁸.

La théorie de la *culpa in contrahendo* affirme que les parties, à partir du moment où elles entrent en pourparlers avec un cocontractant potentiel, ou, selon les mots de l'auteur, dans un

⁸²⁴Jhering précise effectivement qu'« une *actio doli* non fondée sur le *dolus*, mais simplement sur la *culpa*, n'a plus de cette action que le nom » (R. von JHERING, préc., note 147, p. 6). De plus, « [d]ans les rapports extracontractuels, nul ne peut demander à autrui garantie pour la certitude et la vérité de ses déclarations et de ses affirmations ; la loi ne protège que contre le *dolus*, non contre la *culpa* » (*Id.*, p. 39).

⁸²⁵Pour Jhering, « le contrat n'est point venu à perfection, que partant l'action contractuelle n'est point possible » (*Id.*, p. 6).

⁸²⁶*Id.*, p. 4 et 6

⁸²⁷*Id.*, p. 25

⁸²⁸Jhering précise que « le droit romain lui-même avait admis l'obligation de payer des dommages-intérêts dans deux cas : à l'occasion de la vente d'une *res extra commercium*, et à l'occasion de la vente d'une hérédité non existante » (*Id.*, p. 9).

« rapport contractuel projeté »⁸²⁹ ou encore des « rapports contractuels en voie de formation »⁸³⁰, concluent instantanément et de manière implicite un contrat. Ce contrat est tacite⁸³¹ car il n'est pas signé par les partenaires. Il naît de l'engagement des parties à négocier pour conclure un contrat final. La relation qu'elles tissent entre elles n'est donc plus une simple relation extracontractuelle. Le contrat tacite ne se confond toutefois pas avec le contrat final envisagé par les parties. Ce dernier ne sera en effet peut-être jamais conclu si les pourparlers venaient à être avortés.

En vertu de ce contrat tacite, les parties s'engagent à respecter certaines obligations et notamment à faire preuve de diligence à l'égard de l'une et de l'autre durant la période de formation du contrat. Jhering parle de l'obligation « de prester la *diligentia in contrahendo* »⁸³².

Si l'une des parties ne respecte pas cette obligation de diligence issue du contrat tacite né entre elles, elle commet une *culpa*. Cette faute est contractuelle car elle consiste en la violation de l'obligation de diligence issue du contrat tacite. Ainsi, une action contractuelle en dommages et intérêts est possible⁸³³ si, et seulement si, l'inexécution de l'obligation de diligence peut être imputée au cocontractant⁸³⁴.

⁸²⁹*Id.*, p. 8.

⁸³⁰*Id.*, p. 47.

⁸³¹Une partie de la doctrine québécoise parle davantage « d'avant-contrat tacite ». C'est le cas des professeurs Lefebvre, Baudouin, Jobin et Vézina. Pour la professeure Lefebvre, « Ihéring énonça que la faute était de nature contractuelle, ayant comme fondement un avant-contrat tacite intervenu entre les parties lors des négociations » (B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 148). En droit français, le professeur Fages parle plutôt de « convention implicite » (B. FAGES, préc., note 55, n° 52, p. 64).

⁸³²R. von JHERING, préc., note 147, p. 40.

⁸³³*Id.*, p. 47 et 48.

À travers la théorie de la *culpa in contrahendo*, Jhering trouve un remède à une lacune du droit allemand. Les victimes de nullité du contrat peuvent obtenir réparation du préjudice subi. Cette théorie, malgré certaines critiques, a connu un grand succès. Comme cela fut souligné, « *a good number of academics (...) have supported it* »⁸³⁵. Son succès fut tel qu'elle a été développée par la doctrine et la jurisprudence pour l'appliquer à des cas analogues tels que les pourparlers précontractuels⁸³⁶.

2) *L'interprétation large de la culpa in contrahendo par la jurisprudence*⁸³⁷

Initialement, cette théorie ne concernait pas spécifiquement la question précontractuelle. Comme le souligne le professeur Pédamon, « les situations qui entrent actuellement dans le champ d'application de la théorie de la *culpa in contrahendo* n'ont pas été à proprement parler envisagées par R. von Jhering »⁸³⁸.

⁸³⁴*Id.*, p. 48. *Contra* : Pour la professeure Nau, la responsabilité d'un ancien partenaire à la négociation peut être soulevée « sans même d'ailleurs qu'il y ait nécessairement faute de ce dernier » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 125).

⁸³⁵B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 101. Von Bar, *JuS* 1982, 639 ; Von Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, chapter 9, par. 9 à 122.

⁸³⁶Jhering a lui-même indiqué la possible généralisation de la théorie soit « la possibilité d'une extension de notre action à des cas analogues » (R. von JHERING, préc., note 147, p. 27). Il n'a pas évoqué les pourparlers mais d'autres cas analogues.

⁸³⁷Éva Lein et Bart Volders ont parlé de « la fuite de la *culpa in contrahendo* » (Éva LEIN et Bart VOLDERS, « Liberté, loyauté et convergence. La responsabilité précontractuelle en droit comparé », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, coll. « Institut de Droit des Affaires. Centre de Droit Économique », Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 17, à la p. 23).

⁸³⁸M. PÉDAMON, préc., note 232, nbp 25, n° 43, p. 33. De même pour Éva Lein et Bart Volders, « [d]ans sa fameuse œuvre (...) il ne songe pas encore à un régime général de la *culpa in contrahendo* au sens actuel, notamment en droit allemand » (É. LEIN et B. VOLDERS, préc., note 837, à la p. 19).

En effet, Jhering a, nous l'avons vu, élaboré sa théorie afin de combler une lacune en droit allemand relative à la réparation d'un préjudice subi à la suite de la nullité d'un contrat et plus spécifiquement la nullité d'un contrat de vente. La responsabilité accompagnant la nullité des contrats n'est pas celle qui découle des pourparlers. Dans le premier cas, le contrat définitif est conclu. On souhaite faire reconnaître la responsabilité du partenaire en raison de la faute qu'il a commise durant les pourparlers et qui a conduit à la nullité *a posteriori* du contrat conclu. Dans le deuxième cas, les pourparlers n'ont pas permis d'aboutir à la conclusion d'un contrat. On souhaite faire reconnaître la responsabilité de l'ancien partenaire pour faute durant les pourparlers ou au moment de rompre les pourparlers. Les problèmes sont distincts et Jhering n'a pas abordé la deuxième hypothèse. En revanche, ce qu'il a découvert et défendu pour régler le premier cas de figure a permis à la jurisprudence de régler le deuxième problème.

La jurisprudence s'est ainsi inspirée et a affiné la théorie de Jhering pour la rattacher à la question spécifique des pourparlers précontractuels⁸³⁹. Dans le cadre spécifique des pourparlers, la théorie de la *culpa in contrahendo* a pour principale conséquence en cas de contentieux soulevé généralement à la suite d'une rupture des pourparlers, d'obliger le demandeur à démontrer que l'auteur de cette rupture n'a pas respecté son obligation contractuelle de diligence. L'auteur de la rupture devra pour sa part prouver qu'il a agi en respectant la *diligentia in contrahendo* à laquelle il était tenu du fait de la convention tacite. Si

⁸³⁹L'Allemagne ne connaît pas la même méfiance historique que la France à l'égard du juge. Le fait que les juges interviennent et participent au développement du droit n'est ni remis en cause ni rare. Comme l'indiquent les professeurs Fromont et Rieg « l'évolution du droit allemand dépend plus souvent du développement de la jurisprudence que de celui de la législation » (Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand : République Fédérale*, t. 1, coll. « Les systèmes de droit contemporains », Paris, Cujas, 1977, p. 48). Voir également le professeur Cabrillac pour qui le droit allemand « ne partage pas sa méfiance [du droit français] vis-à-vis du juge » (R. CABRILLAC, préc., note 87, n° 18, p. 20).

l'auteur de la rupture des pourparlers échoue, sa responsabilité contractuelle sera engagée en vertu de l'inexécution par celui-ci de son obligation de diligence prévue par le contrat tacite. En d'autres termes, toute relation préalable à la conclusion du contrat final crée entre les parties un lien de confiance qui leur impose des obligations contractuelles réciproques de prudence et de sécurité. En cas de non-respect de ces dernières, la responsabilité de nature contractuelle peut être engagée.

Cette application de la théorie de la *culpa in contrahendo* par la jurisprudence s'illustre parfaitement dans un arrêt de la Cour supérieure, la *BGH*, relatif à la rupture des négociations⁸⁴⁰. Dans cette affaire, des pourparlers avaient été entamés afin de conclure un contrat de licence d'exploitation d'une usine. Malgré l'état très avancé des négociations et en dépit de la promesse relative à la conclusion prochaine du contrat projeté par l'un des intervenants, les pourparlers sont rompus. Le partenaire déçu saisit la Cour de première instance qui le déboute de sa demande. Il se tourne alors vers la *BGH*, qui admet le caractère fautif de la rupture des pourparlers au motif que celle-ci est intervenue sans motif légitime⁸⁴¹ contrevenant ainsi aux exigences de diligence issues du contrat tacite formé par l'entrée des parties en négociation. La Cour précise que par ses agissements, le défendeur a créé des attentes légitimes auprès du demandeur que le contrat de licence serait conclu comme l'atteste

⁸⁴⁰BGH *NJW*, 12 juin 1975, vol. 39, p. 1774, cas n° 29. Dans le même sens voir : la *BGH* a admis que les pourparlers pouvaient créer un rapport d'obligations quasi-contractuel sanctionné, en cas de non-respect, par le mécanisme de la responsabilité dite *in contrahendo* (BGHZ, 6, 333).

⁸⁴¹Les juges emploient l'expression « *grundlosem Abbruch der Vertragsverhandlungen* ». Plus précisément, les juges indiquent que si le défendeur se retire des négociations à ce stade, il ne peut le faire sans compenser le plaignant pour les dépenses effectuées dans l'espoir que le contrat sera conclu (« *Wenn die Beklagte sich nunmehr zurückzog, so habe sie das nicht tun können, ohne der Klägerin die im Vertrauen auf die Zusage gemachten Aufwendungen zu ersetzen* »).

l'échange d'une lettre du 15 août 1968. De plus, des démarches ont été entreprises par le demandeur et des dépenses ont été effectuées.

Ainsi, bien que Jhering ait posé les bases du régime précontractuel allemand tel qu'il existe aujourd'hui, le régime actuel a beaucoup évolué grâce à la jurisprudence avant d'être codifié par le législateur en 2002.

B) La codification de la théorie dans le *BGB*

La théorie de la *culpa in contrahendo* a intéressé de manière croissante le législateur allemand. Dans un premier temps, elle n'a été admise que de « manière fragmentaire »⁸⁴² (1) avant d'être généralisée avec la réforme du *BGB* entrée en vigueur en 2002 (2).

1) La codification fragmentaire de la *culpa in contrahendo*

Bien avant la publication des travaux de Jhering, le Code prussien, le *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794, traitait déjà la question de la *culpa in contrahendo*. Toutefois, il ne le faisait que de manière ponctuelle. Ainsi, la phrase 5 du paragraphe 284 de l'article 79 imposait à toute personne de réparer le préjudice causé par son erreur durant la conclusion d'un contrat. Le paragraphe 33 alinéa 1 phrase 5 disposait quant à lui que « [c]elui qui, après s'être dûment informé, a néanmoins été induit à conclure un contrat avec un incapable, peut demander d'être indemnisé sur les biens de ce dernier ». Enfin et surtout, la phrase 5 du paragraphe 284 alinéa premier prévoyait que « ce qui est disposé pour le degré de faute dont on répond dans l'exécution du contrat est également applicable au cas où l'un des contractants,

⁸⁴²W.-T. SCHNEIDER, préc., note 751, 967.

dans la conclusion du contrat, a négligé les devoirs qui lui incombent »⁸⁴³. Pour Jhering, « on ne peut guère imaginer une reconnaissance plus claire de ma *culpa in contrahendo* »⁸⁴⁴.

Par la suite, le *BGB* de 1900 disposait à plusieurs reprises qu'en cas de nullité du contrat pour erreur, le cocontractant dont la volonté a été viciée devait être indemnisé par son partenaire fautif des frais engagés⁸⁴⁵ mais sans jamais reconnaître de manière générale et explicite la théorie de la *culpa in contrahendo*. Il faudra pour ce faire attendre l'entrée en vigueur en 2002 de la loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001.

2) La codification générale de la culpa in contrahendo avec la réforme

Depuis la réforme du *BGB* entrée en vigueur en 2002, le législateur allemand a inscrit dans la lettre du code une disposition de portée générale relative à la responsabilité encourue en cas de faute commise avant la conclusion d'un contrat, dont les pourparlers, suivant la théorie de la *culpa in contrahendo*. Comme le souligne Monsieur Schneider, « [l]a réforme intègre les acquis jurisprudentiels de la responsabilité précontractuelle »⁸⁴⁶.

Cette codification fait la synthèse entre la théorie de Jhering et les solutions de la jurisprudence. Ainsi, le paragraphe 311 alinéa 2, dispose en substance qu'un rapport contractuel générateur d'obligations accessoires peut naître même avant la conclusion du

⁸⁴³É. LEIN et B. VOLDERS, préc., note 837, à la p. 20. Voir également : I. 5 § 36 ; II. 2 § 135 ; I. 5 § 53 ; I. 5. § 105 ; I. 4. § 79.

⁸⁴⁴R. von JHERING, préc., note 147, p. 46. Pour Roubier, le Code Prussien n'a pas, par ce texte, voulu rattacher au contrat la responsabilité que peuvent encourir les parties au cours de sa formation (P. ROUBIER, préc., note 646). *Contra* : Cohérier, selon qui « la critique de Monsieur Roubier n'apparaît pas fondée » (A. COHÉRIER, préc., note 14, n° 38, p. 87).

⁸⁴⁵Voir également § 122, § 307 et § 309 du code.

⁸⁴⁶W.-T. SCHNEIDER, préc., note 751, 967.

contrat. Plus précisément, le paragraphe explique que ce rapport naît de l'engagement de pourparlers (*Aufnahme von Verhandlungen*), de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat par laquelle une des parties accorde à l'autre la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ou les lui confie (*Anbahnung eines Vertrags*) ou bien de rapports d'affaires similaires (*ähnliche geschäftliche Kontakte*). Dans ces cas, si la faute est prouvée, la responsabilité d'une partie ne sera pas extracontractuelle mais contractuelle.

Ce paragraphe, fondamental pour notre étude, s'inspire sans aucun doute de la théorie développée par Jhering. En effet, l'engagement de pourparlers entre des parties désireuses de conclure un contrat final fait naître entre elles un rapport d'obligations. L'expression de « rapport contractuel générateur d'obligations » utilisée par le législateur allemand reprend directement l'idée du « contrat tacite » employée par Jhering⁸⁴⁷. Le professeur Pédamon a parlé d' « un lien juridique particulier (*rechtliche Sonderverbindung*) »⁸⁴⁸ ou d' « un rapport précontractuel d'obligation (*vorvertragliches Schuldverhältnis*) »⁸⁴⁹, pendant que le professeur Witz a préféré évoquer « un rapport de confiance particulier »⁸⁵⁰. Ce rapport particulier qui naît entre les parties avant la conclusion du contrat final, les oblige à respecter certaines obligations.

Parmi ces obligations générées par le rapport d'obligation figurent des obligations accessoires de protection ou de comportement dégagées sur la base du paragraphe 241 alinéa 2 telles que

⁸⁴⁷R. von JHERING, préc., note 147, p. 25.

⁸⁴⁸M. PÉDAMON, préc., note 232, n° 43, p. 34.

⁸⁴⁹*Id.*

⁸⁵⁰Cl. WITZ, préc., note 144, p. 120.

la diligence évoquée par Jhering, la bonne foi ou encore la loyauté⁸⁵¹. Ainsi, en cas de non-respect de ces obligations, et ce, bien que le contrat définitif n'ait pas été conclu, la responsabilité encourue sera non pas extracontractuelle mais contractuelle.

Par ailleurs, bien que les hypothèses de la naissance d'un rapport contractuel d'obligations avant la conclusion d'un contrat soient nombreuses, seule celle relative à l'engagement des pourparlers va nous intéresser. Par définition, les mesures préparatoires à la conclusion d'un contrat ainsi que les autres rapports d'affaires similaires ne concernent pas directement les pourparlers et tombent donc en dehors de notre objet d'étude.

En effet, la jurisprudence a interprété largement cette première notion en l'appliquant à un client potentiel qui, souhaitant se renseigner en vue d'acheter un produit, entre dans un magasin. S'il tombe, la responsabilité *in contrahendo* du responsable du magasin peut être engagée puisqu'il n'aurait pas respecté son obligation de diligence et de sécurité vis-à-vis de son client malheureux⁸⁵².

⁸⁵¹Pour plus d'informations sur les obligations auxquelles les parties sont assujetties voir : *Supra*, p. 163 et suiv.

⁸⁵²Reichsgericht *RGZ* 78, 239 n° 25 ou BGH *NJW* 1962, 31 ; BGHZ 66, 51 n° 26 : la fille d'une cliente d'un magasin tombe sur une feuille de salade dans le magasin. La *Bundesgerichtshof* a confirmé qu'elle pouvait poursuivre le propriétaire du magasin sur le fondement de la *culpa in contrahendo*. En effet, la mère de l'enfant victime d'une chute est entrée dans le magasin afin d'acheter éventuellement des produits. Elle est de ce fait entrée dans une relation en vue de contracter l'obligeant, ainsi que le propriétaire du magasin, à respecter certaines obligations en vertu du rapport d'obligation, et ce, bien que la relation ne soit pas encore une relation contractuelle au sens où les parties n'ont pas conclu de contrat final (l'achat de produits) mais sont tout de même dans un rapport d'obligations contractuelles en vertu de la convention tacite naissant avant même la conclusion d'un contrat final. La fille de la cliente potentielle ne serait pas tombée si le propriétaire du magasin avait respecté son obligation de diligence et de sécurité. Il y a donc bien eu une *culpa in contrahendo*.

Les « rapports d'affaires similaires » consistent pour leur part en des « contacts commerciaux qui sont si loin de la pré-conclusion d'un contrat, qu'on ne peut encore parler d'une prise de contact »⁸⁵³. La distribution de plaquettes publicitaires vantant les vertus d'un produit à des personnes dans la rue fait naître un rapport d'obligations en ce qu'elle peut être qualifiée de « rapports d'affaires similaires ».

La responsabilité d'un individu qui découle du rapport contractuel d'obligations qui peut naître de l'engagement des pourparlers a été mise en cause de trois manières différentes. La première intervient lorsqu'un ancien partenaire à la négociation a conclu un contrat peu avantageux avec son cocontractant potentiel ou bien avec un tiers. Si ce contrat peu avantageux a été conclu à la suite d'une faute commise par le cocontractant, la responsabilité sur le fondement du paragraphe 311 alinéa 2 peut être engagée.

La deuxième hypothèse concerne la nullité fautive du contrat finalement conclu. Là encore, le paragraphe 311 alinéa 2 peut servir de fondement à une action en responsabilité. Nous ne développerons pas davantage ces deux premières hypothèses dans la mesure où elles concernent des situations où un contrat envisagé a finalement été conclu. Or, nous avons indiqué en introduction que nous ne nous intéresserions pas aux cas pour lesquels le contrat final qui a justifié la tenue de pourparlers a été conclu⁸⁵⁴.

Nous nous concentrerons en revanche sur la troisième hypothèse. Celle-ci concerne les cas où un ancien partenaire à la négociation a subi un dommage au moment des pourparlers ou lors

⁸⁵³Voir en ligne : <<http://blogs.u-paris10.fr/content/la-culpa-contrahendo-commentaire-du-%c2%a7-311-alin%c3%a9a-2-bgb-par-ren%c3%a9-martin-de-lagarde>>.

⁸⁵⁴*Supra*, p. 18.

de la rupture des pourparlers. Dès lors que l'on se trouve en pourparlers avec un cocontractant potentiel, la responsabilité d'un ancien partenaire à la négociation peut être engagée sur le fondement de la *culpa in contrahendo* s'il a commis une faute dommageable durant les pourparlers ou au moment de rompre les pourparlers. Par exemple, la faute commise au moment des pourparlers consiste, comme en droit québécois et français⁸⁵⁵, en la violation de son obligation d'information (*Verletzung einer Aufklärungspflicht*).

La responsabilité *in contrahendo* d'un individu peut également être reconnue s'il a rompu les pourparlers de manière fautive (*unbergründeter Abbruch von Vertragsverhandlungen*). Pour ce faire, il faudra, malgré ce que certains ont pu prétendre⁸⁵⁶, réussir à prouver la faute. Sans cette preuve, la responsabilité précontractuelle de l'auteur de la rupture ne pourra être engagée. C'est le cas lorsqu'une des parties a fait naître dans l'esprit de l'autre la confiance (*Vertrauensprinzip*) dans la conclusion du contrat ou qu'elle a rompu sans raison valable (*ohne triftigen Grund*)⁸⁵⁷. Dans ce cas, « *the plaintiff claims that he is worse off because a contract was not concluded* »⁸⁵⁸.

Après avoir présenté le droit allemand en matière de responsabilité découlant des pourparlers, nous allons nous intéresser à l'opportunité de s'en inspirer afin de faire évoluer le droit québécois. Faut-il généraliser l'application de la responsabilité de nature contractuelle en l'appliquant même en dehors des cas où il y a eu violation d'un engagement contractuel ?

⁸⁵⁵ *Supra*, p. 191-208. La violation de l'obligation de confidentialité tombe également dans ce champ.

⁸⁵⁶ Pour la professeure Nau, « sans même d'ailleurs qu'il y ait nécessairement faute de ce dernier » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 125).

⁸⁵⁷ BGH *NJW*, 1975, 1774 n° 29 ; *NJW-RR* 1989, 627.

⁸⁵⁸ B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 97.

§ 2 : Un modèle allemand non convaincant

Le modèle allemand ne nous convainc pas pour trois raisons principales. Tout d'abord, les droits allemand et québécois reposent sur un système de responsabilité différent (A). De plus, nous le trouvons trop strict (B). Enfin, nous ne croyons pas en la théorie du « contrat tacite » ou au « rapport précontractuel d'obligation »⁸⁵⁹ (C).

A) Une solution inadaptée au système québécois de la responsabilité

Une transplantation du modèle allemand en droit québécois ne nous semble pas opportune dans la mesure où chacun de ces deux ordres juridiques repose sur un système de la responsabilité différent. Le régime actuel de la responsabilité précontractuelle est de nature contractuelle en Allemagne car le régime délictuel de responsabilité (*Deliktsrecht*) ne permettait pas une indemnisation aussi optimale d'un préjudice précontractuel qu'au Québec en raison de l'absence d'une clause générale de responsabilité extracontractuelle⁸⁶⁰ et des critères d'application difficiles de ce régime⁸⁶¹.

⁸⁵⁹M. PÉDAMON, préc., note 232, n° 43, p. 34.

⁸⁶⁰Le *BGB* est caractérisé par « *its precision and rigour of thought* » (K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, préc., note 116, p. 144) ainsi que sa « *completeness* » (*Id.*, p. 145). Cette dynamique se retrouve dans la manière dont la théorie de la responsabilité civile est construite. Celle-ci répond en effet à une vision casuistique, proche de celle du droit romain car (« [n]étaient connus du droit romain que des délits spéciaux, qui visaient des atteintes spécifiques aux personnes » (Nicolas BALAT, « Les malentendus historiques en droit des obligations », dans Nicolas LAURENT-BONNE, Nicolas POSE et Victor SIMON (dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, coll. « Histoire du droit & des institutions », Paris, Mare & Martin, p. 253, à la p. 267) en ne consacrant pas de régime général de la responsabilité. Voir dans ce sens : Christian LARROUMET, « L'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle en droit français à la lumière des expériences étrangères », (1981-1982) 27 *McGill L.J.* 839, 847. En effet, les rédacteurs du Code civil allemand, au début du XX^e siècle, l'ont « explicitement repoussé » (G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute. Une question posée à propos de l'harmonisation des droits

Le *Deliktrecht* est en effet bien plus réduit que le système de la responsabilité extracontractuelle québécois et même français. Seuls trois paragraphes du *BGB* en prévoient le régime. Il s'agit des paragraphes 823 alinéa 1, 823 alinéa 2 et 826. Le paragraphe 823 alinéa premier dispose que « quiconque porte illicitement atteinte, intentionnellement ou par imprudence, à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, au droit de propriété ou à tout autre droit d'autrui est tenu envers autrui de réparer le préjudice qui en résulte ». Ce paragraphe ne permet pas de mettre en cause la responsabilité d'un ancien partenaire à la négociation car dans le cadre des pourparlers, rares sont les atteintes aux droits cités comme le droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé ou encore à la propriété. Comme l'a précisé Monsieur Schneider, « [l]e § 823 alinéa 1 *BGB* ne permet la réparation d'un dommage causé hors relation contractuelle qu'en cas d'atteinte à certains droits absolus, limitativement énumérés, tels que la propriété ou l'intégrité physique »⁸⁶². On pourrait penser que l'atteinte à la liberté pourrait davantage servir de fondement à une action en responsabilité découlant des pourparlers. Mais un tel argument doit être rejeté puisqu'il ne s'agit pas précisément de la liberté précontractuelle. Le législateur allemand parle de la liberté en tant que concept absolu et n'a pas eu l'intention, nous le croyons, d'y inclure le principe relatif de la liberté précontractuelle. Même l'expression « tout autre droit », pourtant large, ne permet pas, à nos yeux, de fonder une action en responsabilité extracontractuelle dans le contexte d'un contentieux précontractuel. Comme l'explique la professeure Nau, « l'expression "tout

civils européens », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 555, à la p. 557) et « ont volontairement renoncé à consacrer une clause générale comparable aux articles 1382 et 1383 du Code civil » (Cl. WITZ, préc., note 144, p. 121).

⁸⁶¹L. NAU, préc., note 97, à la p. 124.

⁸⁶²W.-T. SCHNEIDER, préc., note 751, 967.

autre droit" désigne un droit à caractère absolu comme ceux expressément cités par le texte »⁸⁶³.

L'article 823 alinéa 2 dispose en substance qu'une personne est obligée de réparer un préjudice qu'elle a causé à un individu en violant une loi tendant à la protection d'autrui. On ne voit pas, à la lecture de cet alinéa, en quoi il pourrait servir de fondement à une action en responsabilité découlant des pourparlers. Ainsi, « la réparation d'un dommage purement pécuniaire n'est accordée que lorsqu'il résulte de la violation d'une norme destinée à protéger les intérêts d'autrui (§ 823 alinéa 2) »⁸⁶⁴.

Enfin, le paragraphe 826 dispose que « quiconque cause intentionnellement un dommage à autrui de façon contraire aux bonnes mœurs est tenu de réparer le dommage en résultant ». L'adoption d'un comportement précontractuel susceptible de contrevenir aux bonnes mœurs est anecdotique. Les « *gute Sitten* » couvrent en effet un domaine peu entaché par la question précontractuelle comme celui de l'éthique, ou du respect des exigences morales qui sont indispensables pour une coexistence réglée ou à la protection des valeurs principales de la communauté. De plus, afin d'appliquer le paragraphe 826, il est nécessaire que l'individu ait agi intentionnellement. Cette exigence est stricte et ne permet pas de condamner un ancien partenaire à la négociation qui aurait agi sans intention de nuire alors que ce cas de figure est courant dans le cadre des pourparlers. Le régime quasi-contractuel permet à l'inverse de

⁸⁶³L. NAU, préc., note 97, à la p. 124.

⁸⁶⁴W.-T. SCHNEIDER, préc., note 751, 967.

reconnaître la responsabilité précontractuelle d'un individu sous de « *much less onerous conditions* »⁸⁶⁵.

On le voit, le régime délictuel en droit allemand exposé par l'intermédiaire des trois paragraphes, ne permet pas de sanctionner un comportement fautif durant les pourparlers. Dans ce cadre, le recours au régime de la responsabilité de nature contractuelle nous paraît pertinent. Comme l'indique un auteur, « les règles de la *culpa in contrahendo* ont d'autant plus d'importance en droit allemand que celles régissant la responsabilité délictuelle sont restrictives »⁸⁶⁶.

Pour autant, nous ne voyons pas en quoi il en serait de même pour le droit québécois. En effet, comme nous l'avons vu, le droit québécois ne connaît pas les mêmes difficultés que le droit allemand en matière de responsabilité pour faute. À la différence du droit allemand mais comme en droit français, on accorde en droit québécois « une large place aux concepts généraux, souples, fluides, plastiques au contenu variable, destinés à se moduler aux circonstances mouvantes de la vie sociale »⁸⁶⁷. Le régime extracontractuel de responsabilité disposé notamment à l'article 1457 du *Code civil du Québec* contient une clause générale de responsabilité qui permet à un partenaire déçu de rechercher la responsabilité de son cocontractant potentiel fautif et d'obtenir la réparation de son préjudice.

Ainsi, nous reprenons pour le compte du droit québécois une réflexion de la professeure Viney au sujet du droit français : « [c]e principe général de responsabilité pour faute me paraît en tout

⁸⁶⁵B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 99.

⁸⁶⁶Cl. WITZ, préc., note 144, p. 121.

⁸⁶⁷M. LACROIX, préc., note 744, p. 70.

cas trop profondément ancré dans la tradition juridique, et même dans la culture française pour qu'il soit réaliste d'espérer le déraciner »⁸⁶⁸.

La différence entre les systèmes de responsabilité en Allemagne et au Québec n'est pas la seule raison qui nous amène à penser que le droit allemand ne devrait pas servir de source d'inspiration pour modifier le droit québécois. Le fait d'appliquer, peu importe le contexte de la négociation, le régime de la responsabilité de nature contractuelle pour un contentieux précontractuel n'est également pas convaincant dans la mesure où cette dynamique est selon nous bien trop stricte.

B) Une solution trop stricte pour préserver l'essence des pourparlers

La solution allemande qui consiste à appliquer, peu importe le contexte de la négociation, le régime de la responsabilité contractuelle pour un contentieux découlant des pourparlers, est à nos yeux stricte et conduit à mettre en péril l'essence des pourparlers : la liberté précontractuelle.

En effet, reconnaître la nature contractuelle de la responsabilité découlant des pourparlers revient à en appliquer son régime. Or, le régime de la responsabilité de nature contractuelle nous semble plus strict que celui de la responsabilité de nature extracontractuelle dans la mesure où il confère des avantages certains à tout demandeur.

Tout d'abord, en vertu du paragraphe 280 alinéa premier, le demandeur qui initie une action en responsabilité contractuelle n'a pas à prouver la faute du défendeur. Le paragraphe prévoit effectivement que c'est à l'auteur présumé de la faute de prouver qu'il n'a pas commis de

⁸⁶⁸G. VINEY, préc., note 860, à la p. 568.

faute. La faute est donc présumée. Appliquée au cadre spécifique des pourparlers, cette règle dispose qu'un ancien partenaire à la négociation qui estimerait être victime d'un comportement fautif de la part de l'auteur de la rupture des pourparlers n'aurait pas à assumer le fardeau de la preuve qui reviendra au défendeur qui devra prouver le caractère non fautif de sa décision de rompre les négociations⁸⁶⁹.

Cette condition est stricte. Comme l'a souligné Monsieur Ducharme,

« la présomption de faute alourdit la situation du débiteur dans le contrat, le rend passible de dommages-intérêts toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution de l'obligation provient d'une cause qui ne peut lui être imputée encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »⁸⁷⁰.

Or, dans le cadre d'une action en responsabilité de nature extracontractuelle, cette règle de la présomption de la faute n'existe pas. Comme nous l'avions précisé dans notre titre relatif à la bonne foi dans les pourparlers⁸⁷¹, la bonne foi se présume⁸⁷². En d'autres termes, il reviendra

⁸⁶⁹Cette philosophie juridique allemande que nous considérons comme étant assez stricte se retrouve en filigrane de la lettre du *BGB*. Ainsi, par exemple, on ne peut, suivant le droit allemand, révoquer une offre dès lors qu'elle a été formulée. Si l'offrant révoque son offre, il contrevient aux attentes légitimes qu'il a créées auprès du destinataire de l'offre ce qui est interdit au sein de l'ordre juridique québécois. De fait, le droit allemand attache plus de valeur à la déclaration de volonté qu'en droit québécois ou français. En droit québécois et français en effet, le retrait d'une offre formulée n'est pas automatiquement puni. Il reviendra au juge d'en décider suivant le cas d'espèce. Un autre exemple nous est présenté par Madame Jaluzot qui souligne que « [l]e droit allemand a aussi tendance à concevoir de manière très vaste le contrat et à réduire d'autant la phase précontractuelle, il rejette la condition de formalité écrite pour leur formation et admet relativement facilement la formation de contrat là où d'autres systèmes considéreraient l'absence d'accord sur certains éléments essentiels rédhibitoire » (B. JALUZOT, préc., note 452, p. 360).

⁸⁷⁰Léo DUCHARME, « La limitation contractuelle de la responsabilité civile : ses principes et son champ d'application », (1957) 3 (1) *C. de D.* 39, 42.

⁸⁷¹*Supra*, p. 126 et suiv.

⁸⁷²L'article 2805 dispose que : « La bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver ».

au demandeur d'apporter la preuve du comportement fautif du défendeur. Les chances de réussite d'une action en responsabilité découlant des pourparlers sur une base extracontractuelle sont donc plus faibles que dans le cadre d'une action en responsabilité de nature contractuelle.

Nous préférons cette approche qui est plus souple et qui respecte davantage l'essence des pourparlers. Car, comme l'a souligné la Cour d'appel de Pau dans un célèbre dispositif : « on ne saurait, sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale admettre à la légère qu'un commerçant puisse être responsable pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent »⁸⁷³. Cette approche est partagée par de nombreux juristes comme le professeur Malaurie qui a indiqué que « [l]e contrôle judiciaire de la morale contractuelle (...) doit demeurer mesuré, à peine de ruiner la sécurité des contrats, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et de constituer un "truc" pour gagner des procès »⁸⁷⁴.

Un dernier argument milite selon nous contre la généralisation en droit québécois de l'application de la responsabilité de nature contractuelle pour un contentieux précontractuel. Cet argument provient de notre rejet du concept au cœur du modèle allemand de la responsabilité précontractuelle : « le contrat tacite » ou « le rapport précontractuel d'obligation ».

⁸⁷³Pau, 14 janv. 1969, préc., note 322.

⁸⁷⁴Com. 10 mai 1994, D. 1996.520, note Malaurie.

C) Le rejet du concept de « contrat tacite »

Nous l'avons vu, le concept de « contrat tacite » est au cœur de la théorie de la *culpa in contrahendo* telle que développée par Jhering, et a été repris par le législateur à travers l'expression de « rapport précontractuel d'obligation ». La présence de ce rapport particulier dès l'entrée des parties en pourparlers justifie l'application de la responsabilité de nature contractuelle en cas de litige précontractuel. En effet, les parties s'engagent en vertu de ce contrat tacite à respecter certaines obligations comme la diligence, la bonne foi, la prudence et la sécurité sous peine de voir leur responsabilité contractuelle engagée. Ce concept a plu tant au sein de la doctrine française⁸⁷⁵ que québécoise. Nous nous concentrerons sur la réception de ce concept au Québec.

Le professeur Karim est non seulement un fervent défenseur de la généralisation de l'application de la responsabilité contractuelle dans le cadre d'un contentieux précontractuel

⁸⁷⁵En France, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, plusieurs auteurs ont été séduits par la théorie de Jhering. Ce fut le cas notamment de Monsieur Demolombe (*Cours de code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général*, t. 1, vol. 24, Paris, Durand, 1868, n° 64 et 65) ou de Gabriel Baudry-Lacantinerie et Louis Barde, pour qui « toute négociation contractuelle, génère, *ipso facto* et *volens nolens*, un avant-contrat *tacite* » (*Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1 « Des Obligations », Paris, L. Larose, 1897, n° 68 et 362). Voir également dans une moindre mesure le professeur Huet qui suggère de rattacher au contrat les fautes qui sont commises dans la phase préparatoire, et qui constituent une inexécution virtuelle, dès lors que le contrat a, par la suite, été effectivement conclu. Pour lui, le contrat est « apte à prendre en charge le passé » (Jérôme HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse de doctorat, Paris 2, 1978, n° 239) et la professeure Fabre-Magnan qui « estime que la "responsabilité contractuelle" s'applique dès que le manquement à l'obligation d'information a une incidence sur l'exécution du contrat, et pas seulement sur le consentement » (M. FABRE-MAGNAN, préc., note 594, n° 281, p. 453) ; Rennes, 9 juill. 1975, D. 1976.417 ; Com. 25 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 276, n° 78-13.532 qui considère que la violation du devoir précontractuel de conseil est une faute contractuelle.

telle que réalisée en droit allemand, mais il en trouve également un fondement légal en droit québécois à travers l'article 1375 du *Code civil du Québec*. Ainsi, d'après le professeur, « [l]'expression voulant que "la bonne foi doit gouverner la conduite des parties [...] au moment de la naissance de l'obligation" remet en question l'enseignement doctrinal et jurisprudentiel traditionnel en la matière »⁸⁷⁶ si bien que « la nouvelle disposition établit clairement le concept de la *culpa in contrahendo* donnant ainsi une base contractuelle, et non délictuelle, à l'obligation de négocier de bonne foi »⁸⁷⁷.

Pour appuyer sa thèse, le professeur Karim développe l'idée d'un « avant-contrat »⁸⁷⁸ implicite ou d'un « pacte précontractuel »⁸⁷⁹, « selon les modalités duquel les parties s'engagent à se comporter loyalement et à collaborer à la recherche d'un accord possible »⁸⁸⁰. Plus précisément, il souligne deux volets d'obligations qui trouvent leur fondement dans ce pacte précontractuel ou cet avant-contrat. Le premier volet est positif. Il impose que « chaque partie est tenue de fournir l'information nécessaire à l'autre partie pour prendre une décision éclairée relativement à la conclusion du contrat »⁸⁸¹. Le deuxième volet est quant à lui négatif. Il suppose que « chacune des parties doit s'abstenir de donner à l'autre de fausses impressions ou de faux espoirs qui ne pourront se concrétiser relativement à la conclusion du contrat »⁸⁸².

⁸⁷⁶V. KARIM, préc., note 548, 459.

⁸⁷⁷*Id.* Voir aussi : V. KARIM, préc., note 548, n° 281, p. 121.

⁸⁷⁸V. KARIM, préc., note 548, 459.

⁸⁷⁹*Id.*, 460.

⁸⁸⁰*Id.*, 459.

⁸⁸¹*Id.*

⁸⁸²*Id.*

Ainsi, lorsque l'une des parties à la négociation ne respecte pas l'un de ces volets issus du pacte précontractuel, la partie lésée pourra tenter une action en responsabilité de nature non pas extracontractuelle mais contractuelle. D'après le professeur en effet, « [l]a partie ainsi lésée est alors en droit de lui réclamer des dommages-intérêts selon les règles du régime de la responsabilité contractuelle »⁸⁸³.

Les propos du professeur Karim penchent pour une pleine et entière transplantation, en droit québécois, de la théorie de la *culpa in contrahendo* qui consiste à élargir par rapport à ce qui existe déjà en droit positif québécois, les cas où l'on applique la responsabilité de nature contractuelle à un contentieux précontractuel. Ainsi, même en l'absence de pourparlers formalisés, la responsabilité en cas de faute commise durant la négociation ou lors de sa rupture, sera contractuelle. C'est ce qui ressort des propos suivants : « [l]es échanges faits entre les parties avant la rupture de négociations, que ce soit des *actes* ou des *faits* juridiques, constituent le fondement de la responsabilité de la partie qui a causé la rupture des négociations »⁸⁸⁴.

Nous nous sommes intéressés à la formulation de l'article 1375 du *Code* lorsque nous étudions la question de la bonne foi dans les pourparlers⁸⁸⁵. Nous en avons déduit que cet article servait de fondement légal au devoir de négocier de bonne foi. En revanche, nous ne croyons pas en l'approche, d'ailleurs minoritaire⁸⁸⁶, du professeur Karim suivant laquelle cet article, et plus

⁸⁸³ *Id.*

⁸⁸⁴ *Id.*, 459 et 460.

⁸⁸⁵ *Supra*, p. 140 et suiv.

⁸⁸⁶ Pour les principaux auteurs de la doctrine, en l'absence de pourparlers formalisés, la faute d'un ancien partenaire à la négociation sera sanctionnée par le mécanisme de la responsabilité de nature extracontractuelle car le droit québécois n'a pas admis la théorie allemande de la *culpa in contrahendo* : J.-L. BAUDOIN, P.-G.

précisément l'expression « naissance de l'obligation », est également le fondement à l'application, au Québec, de la théorie de la *culpa in contrahendo*.

Tout d'abord, si l'on accepte le fait que l'article 1375 est le fondement au devoir de négociier de bonne foi, cette obligation est alors légale et non pas contractuelle. L'article se trouve dans un chapitre portant sur les obligations en général et non dans une partie consacrée aux contrats. De plus, la formulation de l'article 1375 réfère à la « naissance de l'obligation » mais ne dit rien relativement à la « naissance du contrat ». Ainsi, cette obligation peut être légale, ce qui enlève la nature uniquement contractuelle de cet article.

Par ailleurs, comme nous l'avons indiqué⁸⁸⁷, la formalisation des pourparlers à travers notamment des avant-contrats est de plus en plus fréquente. Dans ces conditions, nous ne considérons pas utile de recourir au concept de « contrat tacite » suivant les termes de Jhering ou bien d' « avant-contrat » ou de « pacte précontractuel » d'après le professeur Karim pour en déduire l'obligation de négociier de bonne foi alors que les parties peuvent le faire de manière non pas implicite mais explicite. Nous trouvons en effet ces concepts sur lesquels repose l'application généralisée de la responsabilité contractuelle en cas de contentieux précontractuel fictifs. Ils représentent des constructions théoriques en décalage avec la réalité des faits. Ils conduisent aussi à des conséquences néfastes pour l'équilibre précontractuel en niant de manière trop forte le rôle et la fonction de la liberté précontractuelle dans les pourparlers. Il n'existe pas en pratique de pacte précontractuel. Qui plus est, lui faire engendrer des

JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 136, p. 226 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.4, p. 126 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 17.4, p. 41 ; B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 149.

⁸⁸⁷*Supra*, p. 61 et suiv.

obligations de comportement aussi strictes dès le début des négociations est bien trop rigide. Il nous paraît plus pertinent d'en augmenter l'intensité à mesure que les pourparlers durent et s'intensifient.

Le concept de contrat tacite a été largement critiqué. Comme le résumant les professeurs Jobin et Vézina, « la thèse d'un avant-contrat tacite, ayant pour objet les négociations et comportant en somme les mêmes devoirs, ne semble pas présenter d'avantages »⁸⁸⁸. De même, selon Roubier, « [l]a véritable erreur réside dans le caractère trop absolu de ces règles. Il n'y a pas de convention véritable, mais seulement une situation particulière créée par l'entrée en négociations que l'on ne peut présenter sous la forme d'un contrat »⁸⁸⁹. Pour Monsieur Périer, « [p]uisqu'il n'y a pas de contrat, il semble illogique de parler de responsabilité contractuelle »⁸⁹⁰ si bien que le professeur Le Tourneau en critique l'« [e]xcès de fictivité »⁸⁹¹ et qu'un autre auteur en parle comme d'un « artifice excessif »⁸⁹².

Une telle construction serait acceptable si elle permettait de combler une lacune du droit comme ce fut le cas en Allemagne. Or, en droit québécois, cette lacune n'existe pas en vertu de la portée du régime de responsabilité extracontractuelle qui peut s'appliquer dans le cadre d'un contentieux précontractuel permettant ainsi de compenser le préjudice subi par un ancien partenaire à la négociation. Comme nous l'avons vu, le droit allemand et le droit québécois ne

⁸⁸⁸J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 136, p. 226.

⁸⁸⁹P. ROUBIER, préc., note 646, p. 72.

⁸⁹⁰Jean-Claude PÉRIER, *Responsabilité pour non-formation ou nullité du contrat*, thèse de doctorat, Montpellier, 1947, p. 66.

⁸⁹¹Ph. Le TOURNEAU, préc., note 32, 481.

⁸⁹²P. MOUSSERON, préc., note 162, 248.

partagent pas le même système de responsabilité. De plus, la position allemande en matière de responsabilité découlant des pourparlers est selon nous trop stricte. Enfin, la thèse de l'avant-contrat tacite ne nous paraît pas convaincante. Il semble dans ces conditions difficile d'adopter la solution allemande en droit québécois afin d'étendre l'application de la responsabilité de nature contractuelle pour un contentieux précontractuel. L'application d'un tel régime devrait être réservée à des cas spécifiques soit lorsque les pourparlers sont formalisés et que l'engagement contractuel valable a été inexécuté par l'ancien partenaire à la négociation tout en causant un préjudice à son ancien partenaire. Ainsi, la responsabilité contractuelle est un régime parfois applicable en cas de litige précontractuel mais la responsabilité extracontractuelle en représente le régime de droit commun.

Chapitre 2 : La responsabilité extracontractuelle : le régime de droit commun

Lorsqu'aucun engagement contractuel n'a été pris entre les cocontractants potentiels, une action en responsabilité de nature contractuelle ne peut, par définition, être formulée. Un ancien partenaire déçu ne se trouve pour autant pas dépourvu de toute action en justice. Il pourra formuler une action en responsabilité de nature extracontractuelle s'il estime que le cocontractant potentiel avec qui il a mené des négociations n'a pas respecté certains des devoirs auxquels il était soumis en vertu de la loi.

Ce principe fait l'objet d'un consensus au sein de la jurisprudence et de la doctrine⁸⁹³.

Récemment, l'honorable Marie-France Bich, juge à la Cour d'appel, a précisé dans l'affaire

⁸⁹³Pour les opinions de la doctrine, le professeur Legrand a été le premier, en droit québécois, à argumenter en ce sens (P. LEGRAND jr., préc., note 663, 318). Voir également, la professeure Lefebvre : « [l]a doctrine majoritaire, qui prône une responsabilité de nature extracontractuelle » (B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 149).

*Singh c. Kohli*⁸⁹⁴ que « *where parties are not bound by (...) a contract, extracontractual liability is favoured by most* »⁸⁹⁵. Dans cette affaire, Monsieur Kohli, un entrepreneur, et Subhash Khanna qui représente la société Trio Properties Ltd. ont formulé une action en responsabilité contractuelle à l'encontre de Monsieur Singh, fondateur et président de la compagnie Kripa Energy Inc. pour rupture abusive des pourparlers. Selon les demandeurs, Monsieur Singh a rompu les négociations alors qu'un *Memorandum of Understanding* liait les parties. La juge de la Cour d'appel rejette un tel positionnement au motif qu'aucun contrat valide n'est intervenu. Selon les faits, les parties ont seulement montré une intention de poursuivre les pourparlers afin de conclure éventuellement un contrat final. Dans ce cas, la

Plus généralement : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 136, p. 226 : « on notera d'abord que la responsabilité sera d'ordre extracontractuel » ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.4, p. 126 : « Même si la question fait toujours l'objet de discussion c'est par une action en dommages découlant de la responsabilité extracontractuelle que doit être sanctionnée l'obligation de négocier de bonne foi » ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 17.4, p. 41. *Contra* : V. KARIM, préc., note 548, 459 ; V. KARIM, préc., note 548, n° 281-283, p. 121-123. La situation est similaire en droit français : « la doctrine adopte majoritairement cette vue, presque unanimement » (Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, n° 196-1, p. 546 et 547). Le professeur Mousseron parle d'une affirmation laborieuse mais depuis inaltérée (P. MOUSSERON, préc., note 162, 247). Pour la professeure Nau, « [l]a nature délictuelle de la faute précontractuelle ne fait guère discussion en droit français » (L. NAU, préc., note 97, à la p. 121). Voir également Périer, pour qui « [l]a théorie classique en matière de responsabilité précontractuelle est incontestablement la théorie délictuelle » (J.-C. PÉRIER, préc., note 890, p. 66). Pour la professeure Labarthe, « la doctrine française est, aujourd'hui, unanime quant à la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle » (F. LABARTHE, préc., note 179, n° 205, p. 130) ou Monsieur Fraimout selon qui « la doctrine française a toujours été résolument hostile à tout traitement contractuel de la phase préparatoire du contrat » (J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 3), et même certains auteurs de la doctrine allemande dont Daubner-Liebr, Schulze et Heinrichs.

⁸⁹⁴*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

⁸⁹⁵*Id.*, par. 67.

juge estime que seule une action en responsabilité extracontractuelle peut être engagée. Néanmoins, elle la rejette au nom du principe de la liberté contractuelle.

La responsabilité extracontractuelle est le régime de droit commun car elle est la plus souvent reconnue par les juges peu enclins à admettre la naissance explicite ou implicite d'un lien contractuel durant les pourparlers. Le professeur Tancelin le fait justement remarquer en expliquant que « [l]es pourparlers sont ... hors du champ contractuel et il est bien qu'il en soit ainsi, dans l'immense majorité des cas. Certes, il y a de cas exceptionnels »⁸⁹⁶.

Dans ce chapitre, nous allons nous intéresser à la manière dont on peut réclamer la mise en cause de la responsabilité de nature extracontractuelle d'un ancien partenaire à la négociation. Nous réfléchissons également, grâce au recours au droit français récemment réformé en la matière, à la question du renforcement de l'autorité du principe suivant lequel la responsabilité extracontractuelle est le régime de droit commun en cas de contentieux précontractuel.

Pour ce faire, nous étudierons dans un premier temps, la faute précontractuelle qui représente la condition essentielle d'application de la responsabilité extracontractuelle dans le cadre d'un litige précontractuel (Section 1), avant de nous concentrer sur la question de la consécration légale expresse du régime extracontractuel de responsabilité, en tant que droit commun en la matière (Section 2).

⁸⁹⁶M. TANCELIN, préc., note 23, n° 142, p. 118.

Section 1 : La faute au cœur des conditions d'application de la responsabilité extracontractuelle pour un contentieux précontractuel

Afin d'engager la responsabilité de nature extracontractuelle d'un individu, tout justiciable doit démontrer l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice⁸⁹⁷. Les critères de la responsabilité extracontractuelle sont des notions difficiles à appréhender tout en étant pourtant essentielles. Cette difficulté s'intensifie lorsqu'ils sont mobilisés dans le cadre des pourparlers précontractuels. Les propos qui suivent portent essentiellement sur le critère de la faute car elle est au cœur de la responsabilité extracontractuelle, sa « clef de voûte »⁸⁹⁸ ou son « impératif catégorique »⁸⁹⁹. De plus, la faute étant « particulièrement fuyante en matière de pourparlers »⁹⁰⁰, il nous paraît fondamental de concentrer le propos sur son étude⁹⁰¹. Enfin, nous écartons de la présente étude la question du lien de causalité et du préjudice précontractuel car nous y reviendrons lorsqu'il s'agira d'aborder la question de la prévisibilité du dommage lorsque nous traiterons la question de la réparation du préjudice précontractuel.

La professeure Schmidt a parfaitement souligné qu'« [i]l n'existe pas de définition spécifique de la faute précontractuelle ; celle-ci doit être incluse dans la définition générale de la faute

⁸⁹⁷Les critères sont disposés à l'article 1457 *C.c.Q.* Ils sont similaires en droit français. L'article 1240 dispose que « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

⁸⁹⁸Mariève LACROIX, « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : *continuum* de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 *C.c.Q.* », (2012) 46 *R.J.T.* 25, 29.

⁸⁹⁹J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-161, p. 160.

⁹⁰⁰M. MEKKI, préc., note 321, 21.

⁹⁰¹*Infra*, p. 352 et suiv., pour une étude approfondie sur la question du préjudice précontractuel et du lien de causalité entre la faute précontractuelle et le préjudice précontractuel.

délictuelle »⁹⁰². Dans ces conditions, nous nous sommes intéressés à la définition de la faute extracontractuelle offerte par la professeure Vézina. Selon cette dernière, « [l]a faute suppose la combinaison de deux éléments, soit le fait d'être doué de raison et le manquement à une norme de comportement »⁹⁰³. La professeure Lacroix parle davantage d'illicéité lorsqu'elle précise que de manière traditionnelle, l'« alliance de l'illicite et de l'imputable constitue la faute civile »⁹⁰⁴. C'est pourquoi, nous nous intéresserons à chacune des composantes qui constituent la faute civile précontractuelle en commençant par la question de la capacité de discernement (§ 1), puis celle de la dérogation à une norme de comportement (§ 2).

⁹⁰²J. SCHMIDT, préc., note 749, 551.

⁹⁰³Nathalie VÉZINA, « La faute : exercice jurilinguistique autour d'une notion classique du droit civil », dans B. MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil – Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 133, à la p. 148. Cette conception de la faute civile n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Comme l'indique le *Dictionnaire de droit privé*, « [l]a place de l'imputabilité dans l'analyse de la responsabilité ne fait pas l'unanimité » (CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Imputabilité », p. 176). En effet, pour une partie de la doctrine, la capacité de discernement ou l'imputabilité ne doit pas être distinguée de la notion de faute. Elle constitue la faute. Néanmoins, cette conception ne se retrouve pas dans la formulation de l'article 1457 qui dispose que « [t]oute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Elle est, lorsqu'elle est *douée de raison* et qu'elle *manque à ce devoir*, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel » (nous soulignons). De plus, l'ouvrage de référence en matière de responsabilité civile publié par les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, distingue l'imputabilité de la faute en lui consacrant un titre à part (J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-105 à 1-160, p. 91 à 158). Plus précisément, les professeurs soulignent que : « [l]'article 1457 C.c. pose (...) comme condition première de la responsabilité extracontractuelle, la faculté de discernement, condition que le législateur québécois entend séparer de la faute » (*Id.*, n° 1-106, p. 92). La polémique se retrouve également en France : « [i]l se pourrait en effet que l' "imputabilité" se situe en dehors de la faute et ne puisse être, dans les cas où elle est encore exigée (...), qu'une condition de la responsabilité au même titre que la faute ou le lien de causalité » (G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, préc., note 658, n° 444-1, p. 448).

⁹⁰⁴M. LACROIX, préc., note 898, 29. Voir également : M. LACROIX, préc., note 744.

§ 1 : La faculté de discernement

La faculté de discernement est la première condition de reconnaissance de la faute précontractuelle. Subjective, elle est souvent abordée sous le terme d'imputabilité, lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'auteur de l'acte dommageable est doué de raison au moment où il a potentiellement manqué à une norme de comportement.

La faculté de discernement doit être évoquée car elle participe à la détermination de la faute précontractuelle, et de manière générale, à la formulation d'une action en responsabilité sous l'angle du régime extracontractuel, mais elle ne fera pas l'objet d'une étude approfondie puisque, appliquée au contexte précontractuel, elle n'est pas problématique et relève davantage de la théorie ou de l'anecdote que de la pratique.

L'alinéa 2 de l'article 1457 du *Code civil du Québec* fait de la capacité de discernement, et de l'aptitude, une question essentielle de l'imputabilité en disposant qu'une personne « est, lorsqu'elle est *douée de raison* et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel »⁹⁰⁵. Les applications de cet article sont importantes, mais elles sont fort rares dans le contexte de la négociation d'un contrat. L'aptitude consiste alors à mener des pourparlers afin de conclure éventuellement un contrat définitif. En cas d'inaptitude, « il y a absence de consentement à l'acte, la personne ne pouvant comprendre la portée de ses actes ou exprimer sa volonté »⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵Nous avons ajouté les italiques.

⁹⁰⁶CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Inaptitude », p. 178.

La capacité de discernement étant une question de fait, elle sera appréciée de manière souveraine par le juge⁹⁰⁷. Nous n'avons trouvé aucune affaire au Québec, ni en France, où le critère a fait défaut dans un contentieux précontractuel. En effet, de tels *scenari* sont rares, voire anecdotiques, en matière précontractuelle, du moins dans le contexte des gros contrats⁹⁰⁸. Effectivement, un être qui n'est pas doué de raison n'est pas en mesure de s'engager dans des pourparlers précontractuels afin de négocier un contrat.

De plus, on imagine difficilement des négociateurs, souvent expérimentés, s'engager dans des pourparlers avec des individus qui répondraient aux critères présentés. Les pourparlers étant généralement menés par des personnes aguerries, il semblerait étonnant que ces dernières s'y investissent vu leur coût en argent et en temps sans avoir préalablement vérifié la capacité de discernement et donc de négocier du partenaire. De telles situations sont très peu probables, et ce, d'autant plus que les pourparlers s'étalent généralement sur une durée souvent longue et que ce genre d'état (lorsqu'il est, par exemple, le résultat de la prise de drogues ou d'un abus d'alcool) ne dure pas.

Nous allons désormais nous intéresser à la deuxième composante de la faute précontractuelle : la question de la dérogation à une norme de comportement. Cette question pose beaucoup plus de difficultés pour le demandeur et l'autorité saisie.

⁹⁰⁷ *Maltais c. Simard*, 2006 QCCA 614.

⁹⁰⁸ De tels *scenari* sont envisageables pour des contrats de consommation qui se concluent rapidement à la différence des gros contrats laissant moins de possibilité aux parties en présence de vérifier l'état de chacun.

§ 2 : La dérogation à une norme de comportement

Le fait d'avoir dérogé à une norme de comportement constitue la faute précontractuelle. Le législateur québécois dispose en effet à l'alinéa 1 de l'article 1457 du *Code civil du Québec* que « [t]oute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui ». En cas de non-respect de ces règles de conduite, le comportement d'un individu sera considéré comme fautif⁹⁰⁹.

Dans le cadre précis d'un contentieux précontractuel, le comportement fautif, qu'il s'agisse d'une omission ou d'une action, consiste en la violation, durant ou lors de la rupture des pourparlers, du devoir de négocier de bonne foi ou d'un de ses corollaires comme l'obligation précontractuelle d'information⁹¹⁰ et l'obligation de confidentialité⁹¹¹. Il peut avoir été adopté dans l'intention de nuire à son ancien partenaire ou non⁹¹². Comme le souligne le professeur

⁹⁰⁹Dans le même sens, en droit prospectif français, l'article 1242 du projet de réforme en matière de responsabilité prévoit que : « [c]onstitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

⁹¹⁰*Supra*, p. 191-208.

⁹¹¹*Supra*, p. 208-223.

⁹¹²L'intention malveillante n'est en effet plus un critère qui permet de qualifier la faute précontractuelle. Ce principe est acquis tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Pour la jurisprudence, voir notamment : *Vachon c. Lachance*, préc., note 184 ; *Pegasus Partners Inc. c. Group Laurem Inc.*, préc., note 494 pour qui les juges considèrent que « l'intention malveillante n'est plus une condition nécessaire de la responsabilité » ; *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Prébours Ltée*, préc., note 85, par. 92-95 ou *Société immobilière du Québec c. C. & G. Fortin Inc.*, préc., note 542. Cette jurisprudence spécifique à la phase précontractuelle s'inscrit dans la lignée de l'affaire *Banque de Montréal c. Bail Ltée* pour laquelle les juges de la Cour suprême ont estimé que la bonne foi, en dehors même des pourparlers, pouvait être violée même en l'absence d'intention de nuire ou de mauvaise foi (*Banque de Montréal c. Bail Ltée*, préc., note 659). Pour la doctrine voir par exemple les professeurs Jobin et Vézina selon qui « l'intention malveillante n'est plus une condition nécessaire de la

Ancel, « c'est aujourd'hui à l'exigence de bonne foi qu'on rattache la responsabilité encourue par l'un des partenaires à la négociation contractuelle en cas de rupture abusive des pourparlers »⁹¹³. De même, le professeur Legrand explique que « *any behaviour that derogates from the dictates of good faith during the course of negotiations purporting to lead to an agreement or at the later stage of preparation or signing of the agreement itself qualifies as a precontractual fault* »⁹¹⁴.

La dérogation à une norme de comportement peut aussi parfois intervenir en cas d'abus de liberté précontractuelle. Ainsi, comme l'ont résumé les professeurs Pineau et Gaudet, « la rupture de pourparlers peut entraîner la responsabilité extracontractuelle de son auteur, par application de l'obligation générale de bonne foi ou de la théorie de l'abus de droit (art. 6 et 7

responsabilité » (J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 137, p. 227), les professeurs Lluelles et Moore qui précisent qu'« il n'est pas nécessaire de prouver une intention malicieuse, une volonté de nuire de la part du débiteur pour conclure qu'il a violé son devoir d'agir de bonne foi » (D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.4, p. 126), ou encore les professeurs Pineau et Gaudet : « [à] défaut même d'intention de nuire, "la bonne foi doit gouverner la conduite des parties [...] au moment de la naissance de l'obligation [...]" (art. 1375 C.c.Q.) et même avant la naissance » (J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 62, p. 140). L'état du droit positif est similaire en droit français. Pour la doctrine française voire entre autres le professeur Fages qui souligne qu'« il n'est pas nécessaire d'établir une intention de nuire » (B. FAGES, préc., note 55, n° 53, p. 65). Pour la jurisprudence voir par exemple : Com. 20 mars 1972, préc., note 137 ; Civ. 1^{ère}, 12 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n° 122. La rupture peut être déloyale lorsque l'une des parties a rompu avec une « légèreté constitutive d'une faute » (Com. 12 oct. 1993, *Express Documents* 2513.12) ou bien une « légèreté blâmable » (Com. 22 fév. 1994, *Bull. civ.* IV n° 79, *RJDA* 1994, n° 765, *RTD civ.* 1994.849, obs. Mestre, *Rev. jur. com.* 1996.105, note Karimi ; Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *D.A.* 1998.242, *J.C.P.* 1998.II.10066, note Fages, *Rép. not.* 1998.741, obs. Mazeaud ; Com. 20 juin 2000, *RJDA* 2000, n° 1068 ; Com. 20 nov. 2007, *Contrats, conc. Consomm.* 2008.6, obs. Mathey ; Com. 9 nov. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 172).

⁹¹³P. ANCEL, préc., note 443, 95.

⁹¹⁴P. LEGRAND jr., préc., note 663, 321 et 322.

C.c.Q.) »⁹¹⁵. Dans le même sens, pour les professeurs Lluelles et Moore, « [c]'est le caractère excessif et déraisonnable de ce que l'on pourrait appeler "l'abus de la liberté" de ne plus négocier ou de faussement négocier, qui est générateur de la contravention à la bonne foi »⁹¹⁶. La bonne foi, que nous approuvons, et l'abus de droit ou de liberté précontractuelle, pour lequel nous sommes plus sceptiques⁹¹⁷, représentent donc les fondements juridiques à la faute précontractuelle.

Un manquement au devoir de négocier de bonne foi est apprécié par le juge saisi d'une action en responsabilité extracontractuelle à l'encontre d'un ancien partenaire à la négociation. Pour trancher le litige, le juge procède à une analyse *in abstracto*. Ainsi, « pour dire qu'il y a faute, le juge se met dans la condition d'un homme raisonnable du même type sociologique que le défendeur et présentant les mêmes vertus apparentes »⁹¹⁸.

De ce fait, le juge a en la matière un pouvoir important d'interprétation des faits. Comme le souligne Madame Delforge « [l]'approche de la phase de formation des conventions, et l'ensemble des questions que celle-ci suscite, permettent de constater que le rôle du juge est considérable dans la résolution des litiges qui y sont afférents »⁹¹⁹ avant de préciser qu' « [i]l ne fait aucun doute en effet que celui-ci est appelé, particulièrement dans cette phase de la vie

⁹¹⁵J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 62, p. 139.

⁹¹⁶D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.4, p. 126.

⁹¹⁷*Supra*, p. 185-190.

⁹¹⁸P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 55, n° 53, p. 44.

⁹¹⁹C. DELFORGE, préc., note 61, à la p. 475.

du contrat, à dépasser le rôle passif qui lui était traditionnellement reconnu, à tout le moins dans les pays romanistes »⁹²⁰.

Afin de statuer sur la question qui lui est posée, celle de savoir si la responsabilité extracontractuelle d'un ancien partenaire à la négociation peut être engagée suivant les circonstances d'espèce, et en l'absence de définition légale de la faute précontractuelle, les juges ont développé tout un faisceau d'indices sur lesquels se fonder. Nous avons choisi de prolonger notre étude sur la faute précontractuelle en abordant la question de l'interprétation par les juges des circonstances d'espèce afin d'en déduire l'existence d'une faute précontractuelle. Pour ce faire, nous nous intéresserons à ces critères factuels⁹²¹. Notre objectif ne sera donc pas, à travers une analyse casuistique de la jurisprudence, de cataloguer l'ensemble des comportements fautifs commis durant ou à la suite des pourparlers. Une telle méthode ne nous paraît pas efficace car il est impossible de garantir une pleine exhaustivité de la démarche compte tenu de « la variété des comportements susceptibles d'être jugés fautifs »⁹²². De plus, nous avons déjà évoqué cette question lorsque nous nous sommes intéressés au contenu du devoir de négocier de bonne foi⁹²³.

Parmi les critères retenus par les juges afin de statuer sur l'éventuelle dérogation à une norme de comportement figurent la durée de la négociation (A), l'état d'avancement de la

⁹²⁰*Id.*

⁹²¹Cette méthode pour évoquer la faute précontractuelle que nous trouvons intéressante est proposée par Madame Albertini et Monsieur Amar. Ces derniers remarquent en effet qu'« [i]l y a possiblement autant de fautes qu'il existe de circonstances alléguées pour rompre les pourparlers » mais qu'« il est possible de dégager une typologie des circonstances qui, en tant que telles, constituent des fautes » (M. ALBERTINI et É. AMAR, préc., note 587, 6).

⁹²²P. MOUSSERON, préc., note 162, 258.

⁹²³*Supra*, p. 161 et suiv.

négociation (B), le statut des anciens partenaires de la négociation (C), ou les clauses d'exonération de la responsabilité⁹²⁴ (D).

A) La durée de la négociation

La durée de la négociation consiste dans l'écoulement du temps entre le moment de son initiation et celui de sa rupture éventuelle ou bien de la commission éventuelle d'une faute. Elle peut être particulièrement grande en fonction des transactions envisagées et s'étaler sur plusieurs mois voire plusieurs années. Dans l'affaire *Société Poleval c. Société Laboratoire Sandoz*⁹²⁵ de la Cour d'appel de Versailles par exemple, les pourparlers ont duré trois ans avant d'être finalement rompus fautivement.

Selon les professeurs Jobin et Vézina, « [l]a durée des négociations est un facteur à considérer »⁹²⁶. Dans le même sens, d'après l'honorable Pierrette Sévigny, juge à la Cour supérieure, qui reprend en substance les propos des professeurs Pineau et Gaudet, « la durée des négociations doit tout simplement être un des multiples facteurs à être considéré lorsqu'on

⁹²⁴Cette typologie n'est pas exhaustive dans la mesure où, parfois, les juges prennent également en compte l'existence de relations antérieures à la négociation litigieuse entre les anciens partenaires en pourparlers (Jacques MESTRE, « De diverses références à la négociation pré-contractuelle », *RTD civ.* 1993.343, 345 ou B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 120 ; P. MOUSSERON, préc., note 162, 263), les pratiques propres à chaque domaine d'activité ou encore la présence de documents précontractuels (B. LEFEBVRE, préc., note 73, aux p. 127 et 128), la longueur anormale des négociations (Cass., 22 févr. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 72), les frais engagés (Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, n° 11-27340). L'envoi de documents avec des termes laissant penser que la conclusion du contrat est proche, peut aussi servir à caractériser une rupture abusive, l'enjeu de la négociation sur les responsabilités déterminé en fonction des résultats économiques et les bénéfices sociaux du contrat projeté (J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2).

⁹²⁵Versailles, 21 sept. 1995, *Société Poleval c. Société Laboratoire Sandoz*, 12^e ch. 2^e sect., com. Mestre, « Obligations en général », *RTD civ.* 1996.95.143.

⁹²⁶J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 137, p. 227.

demande au Tribunal de détecter si oui ou non il y a eu absence de bonne foi »⁹²⁷ et donc, afin de qualifier la dérogation à une norme de comportement pour en déduire l'existence d'une faute précontractuelle. En droit français également, « la longueur des pourparlers est l'un des premiers indices »⁹²⁸. De même, pour Monsieur Mousseron, « [l]e temps passé est l'un des critères les plus fréquemment pris en compte par la jurisprudence »⁹²⁹.

Cela nous semble tout à fait légitime dans la mesure où, plus les négociations durent, plus la confiance et la croyance nourries par les parties quant à l'issue favorable de ces dernières grandissent. Comme le précise la professeure Lefebvre, « plus les pourparlers sont de longue durée, plus il y a de chances que les parties croient légitimement à l'aboutissement de ceux-ci »⁹³⁰. Dans des termes similaires, Madame Martinez-Cardenas a souligné pour le droit français que « [p]lus les pourparlers sont longs, plus les négociateurs qui les entament donnent l'apparence de vouloir conclure le contrat. Cet aspect (...) constitue un élément absolument déterminant de la qualification de la responsabilité précontractuelle »⁹³¹.

La durée de la négociation est également un critère tout à fait pertinent parce que plus elle se prolonge, plus les coûts en temps et en argent investis par les parties en présence croissent. La

⁹²⁷*Versant nord Tremblant Inc. (Le) c. BRCE Inc.*, 2007 CanLII 59 (QC C.S.), par 80, citant en substance J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 17.4, p. 41.

⁹²⁸Betty Mercedes MARTINEZ-CARDENAS, *La responsabilité précontractuelle : étude comparative des régimes colombien et français*, thèse de doctorat, Paris 2, 2013, n° 317, p. 294, en ligne : <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/1dad2970-827d-4031-af73-52a1e8eb01>>.

⁹²⁹P. MOUSSERON, préc., note 162, 263.

⁹³⁰B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 127.

⁹³¹B. M. MARTINEZ-CARDENAS, préc., note 928, n° 272, p. 260.

possibilité de subir un dommage en cas de comportement fautif d'un des partenaires éventuels est donc plus importante lorsque la durée des pourparlers est grande.

Ce critère impacte fortement le contentieux relatif à la rupture des pourparlers. Il semble apparaître en effet qu'un cocontractant potentiel qui décide de rompre les pourparlers alors que ces derniers durent depuis longtemps devra, pour éviter d'engager sa responsabilité extracontractuelle, prouver que cette décision est justifiée par des motifs sérieux⁹³². Une telle exigence ne semble pas s'imposer lorsque les pourparlers n'ont pas duré longtemps. Cela fut rappelé récemment dans l'affaire *Le Versant nord Tremblant Inc. c. BRCE Inc.*⁹³³ pour laquelle les juges reprennent les propos exposés par les professeurs Pineau et Gaudet :

« [p]lus les négociations auront été longues et coûteuses, et plus elles seront avancées, moins la partie qui veut se retirer aura les coudées franches : passé un certain stade, elle ne pourra plus tirer sa révérence que pour des motifs légitimes dont la preuve lui incombera, à défaut de quoi elle engagera sa responsabilité extracontractuelle »⁹³⁴.

Les juges français ont également eu recours au critère de la durée des négociations pour condamner d'anciens partenaires aux pourparlers pour rupture fautive. Ce fut le cas dans l'arrêt de la Cour d'appel de Riom⁹³⁵ qui condamne un justiciable pour avoir rompu des pourparlers qualifiés de « longs » et « d'intenses ». Dans le même sens, la Cour d'appel de

⁹³²*Supra*, p. 1832-185.

⁹³³*Versant nord Tremblant Inc. (Le) c. BRCE Inc.*, préc., note 927.

⁹³⁴*Id.*, par. 80, citant J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, préc., note 174, n° 17.4, p. 41.

⁹³⁵Riom, 10 juin 1992, préc., note 324.

Versailles a considéré que « plus [les pourparlers] se prolongent et plus la liberté des parties se restreint »⁹³⁶.

Le critère de la durée de la négociation ne doit toutefois pas être confondu avec un autre critère pris en compte par le juge dans la caractérisation de la faute précontractuelle même s'il lui est proche : l'état d'avancement de la négociation.

B) L'état d'avancement de la négociation

Selon Madame Lassalle, « plus les pourparlers seront avancés, plus la responsabilité de la personne concernée sera retenue facilement »⁹³⁷. En effet, l'état d'avancement de la négociation est un autre critère pris en compte par le juge lorsqu'il doit statuer sur la responsabilité extracontractuelle d'un ancien partenaire à la négociation.

Il est souvent confondu avec la durée de la négociation. Pourtant, ces critères sont différents. Des pourparlers peuvent ne pas avoir été entamés depuis longtemps et être tout de même avancés voire très avancés. À l'inverse, des pourparlers peuvent avoir été initiés depuis longtemps, mais s'essouffler. Ainsi, la « durée ne rime pas toujours avec maturité du projet. La prolongation des pourparlers peut aussi annoncer leur échec »⁹³⁸.

L'état ou le degré d'avancement de la négociation se mesure en fonction de son intensité et pas seulement en fonction de sa durée. Des pourparlers seront intensifs ou bien avancés à

⁹³⁶Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996.95.143, obs. Mestre.

⁹³⁷B. LASSALLE, préc., note 63, 850.

⁹³⁸J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2. Autre point de distinction mis en lumière par Madame Martinez-Cardenas : « [l']avancement des pourparlers, contrairement à leur durée, est un critère qui consiste à déterminer dans quelle mesure le consentement était presque formé » (B. M. MARTINEZ-CARDENAS, préc., note 928, n° 319, p. 297).

partir du moment où beaucoup d'éléments auront fait l'objet d'un accord entre les cocontractants potentiels et que ces derniers se rapprochent du moment de sa conclusion. La présence et l'échange de documents précontractuels ou d'études diverses peuvent également contribuer à démontrer que les pourparlers ne sont plus de « simples pourparlers ». On peut également penser au nombre de rencontres et de courriels échangés entre les parties qui négocient.

Comme pour la durée de la négociation, l'état d'avancement des pourparlers est un critère fondamental car il « rend le projet négocié plus crédible et renforce en conséquence l'obligation de bonne foi »⁹³⁹. Ainsi, des pourparlers intensifs et avancés génèrent chez les parties prenantes de la confiance⁹⁴⁰ dans la conclusion prochaine du contrat définitif et un « sentiment d'engagement mutuel »⁹⁴¹. En effet, « plus les pourparlers sont avancés plus les exigences de la bonne foi risquent d'augmenter car plus la confiance est susceptible d'être trompée »⁹⁴².

Néanmoins, même si ce critère est important, il a été relativisé au même titre que le critère de la durée de la négociation par le professeur Mousseron au motif que « [l]e temps et l'intensité des négociations doivent rester des circonstances rendant la faute plus probable mais en aucun cas des éléments l'établissant »⁹⁴³.

⁹³⁹J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2.

⁹⁴⁰M. CHAGNY, préc., note 518, à la p. 41.

⁹⁴¹D. FERRON, préc., note 486.

⁹⁴²B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 128.

⁹⁴³P. MOUSSERON, préc., note 162, 264.

Afin d'établir la faute d'un ancien partenaire à la négociation, le juge s'intéresse également au statut des cocontractants.

C) Le statut des cocontractants

La qualité des parties à la négociation est prise en compte lorsque les juges ont à statuer sur l'opportunité d'une action en responsabilité extracontractuelle dans un contexte précontractuel⁹⁴⁴. Plus précisément, ils s'intéressent à l'éventuel statut de professionnel d'au moins l'une d'entre elles.

On attribue généralement au professionnel la « [q]ualité de celui (personne physique ou morale) qui agit dans le cadre de son activité professionnelle, c'est-à-dire d'une activité qu'il exerce régulièrement dans un but lucratif »⁹⁴⁵. À la différence du profane ou de l'ignorant, le professionnel possède donc des connaissances et des compétences techniques particulières. Il est ce que le professeur Jourdain a appelé « un technicien qualifié »⁹⁴⁶. Le professionnalisme

⁹⁴⁴Ce critère est utilisé depuis longtemps par la jurisprudence française (Paris, 27 mars 1912, *Gaz. Pal.* 1912.2.210) et depuis régulièrement réaffirmé (voir notamment : Civ. 1^{ère}, 30 nov. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 288 ; J. SCHMIDT, préc., note 505, 55).

⁹⁴⁵R. CABRILLAC (dir.), préc., note 259, « Professionnel », p. 410. Pour le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, un professionnel est celui qui exerce une profession soit une « [o]ccupation déterminée exigeant des connaissances et une compétence particulières de la part de celui qui l'exerce » (Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd. révisée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, « Profession », en ligne : <https://dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#q=profession&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search> (JurisBistro^{MD} eDICTIONNAIRE)). Selon le *Vocabulaire juridique*, un professionnel est, « par opposition à profane, homme de l'art ; personne dont l'appartenance à une profession fait attendre une qualification correspondante » (G. CORNU, préc., note 44, « Professionnel », p. 815). Il est un synonyme de « spécialiste » soit un « [m]embre d'une profession non juridique dont la qualification particulière est reconnue dans un domaine déterminé » (*Id.*, p. 986).

⁹⁴⁶P. JOURDAIN, préc., note 677, 140 et 142.

peut se constater en fonction principalement du « degré de compétence des acteurs »⁹⁴⁷ ou de leur expérience. Ainsi pourrait-on constater le professionnalisme d'un individu pour ses connaissances ou son expérience dans le domaine sur lequel porte le contrat projeté (fusions et acquisitions d'entreprises, rachat d'actions au sein d'une société, etc.) ou en matière de négociation d'un contrat. Pour mener à bien les pourparlers relatifs à la conclusion éventuelle d'un gros contrat, les avocats mandatés par leur client pourraient rentrer dans cette dernière catégorie.

L'indice relatif à la qualité des partenaires à la négociation entraîne plusieurs conséquences dans la détermination prétorienne de la dérogation à une norme de comportement. De manière générale, on observe que les devoirs que doivent respecter les professionnels sont accrus pendant que leurs droits sont limités⁹⁴⁸. Ainsi, lorsqu'au cours d'un contentieux le demandeur est un profane et le défendeur est un professionnel, le juge interprètera souvent plus strictement le comportement du défendeur que celui du demandeur. Comme l'indique la professeure Guillemard, « le professionnel est [...] tenu par des usages plus rigoureux qu'un simple particulier. Aussi semble-t-il légitime de se montrer plus sévère à son égard et d'admettre plus facilement le caractère fautif »⁹⁴⁹ de son comportement. En effet, « il peut s'avérer plus difficile de démontrer un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi pour un professionnel que pour la personne non initiée en affaires »⁹⁵⁰ car, comme le résume un auteur, « [n]ous sommes d'autant plus responsables que nous avons apparemment plus de

⁹⁴⁷J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2.

⁹⁴⁸P. MOUSSERON, préc., note 162, 262.

⁹⁴⁹S. GUILLEMARD, préc., note 24, 179.

⁹⁵⁰B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 119.

puissance, plus de crédit, plus de silence, en un mot nous inspirons une plus légitime confiance »⁹⁵¹.

À l'inverse, lorsque le demandeur est un professionnel mais que le défendeur est un profane, le juge aura tendance à ne pas condamner le profane du fait même de la qualité de son ancien partenaire à la négociation. Comme le souligne Madame Lassalle, le demandeur, parce qu'il est un professionnel vis-à-vis de son interlocuteur, « subit un "risque d'entreprise" qui le privera le plus souvent de dommages-intérêts »⁹⁵². Dans le même sens, pour le professeur Legrand :

*« [i]t is therefore less likely that the profane will incur liability should she abruptly terminate the negotiations. For a professional, the possibility of falling prey to an unexpected termination of negotiations is akin to a business risk, the various expenses incurred partaking of her overheads »*⁹⁵³.

En effet, cette conception stricte de la faute précontractuelle provient en partie du fait que le dommage éventuellement subi par le professionnel en raison du comportement fautif adopté par son ancien partenaire à la négociation ne sera pas aussi grand que si le demandeur avait été un profane. Les professionnels ont des moyens à leur disposition afin de compenser le dommage subi ce qui n'est pas le cas des personnes non initiées. Ainsi, un professionnel « sera en mesure de se prémunir contre les effets d'une rupture des pourparlers en utilisant des documents précontractuels et calcule normalement le coût des négociations dans ses risques »⁹⁵⁴.

⁹⁵¹J.-C. PÉRIER, préc., note 890, p. 57.

⁹⁵²B. LASSALLE, préc., note 63, 851.

⁹⁵³P. LEGRAND jr., préc., note 177, à la p. 282.

⁹⁵⁴B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 119.

De plus, comme le soulignent les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, il est « plus difficile pour une partie ayant une grande expérience en affaires d'invoquer un manquement à l'obligation de bonne foi, car cette dernière n'est pas censée être facilement trompée ou avoir accordé aisément sa confiance, contrairement au néophyte »⁹⁵⁵. Effectivement, comme le précise la professeure Lefebvre, « plus le partenaire est une personne expérimentée en affaires, plus elle est consciente du risque de rupture des pourparlers et moins elle fondera prématurément d'espoir sur l'issue de ces derniers »⁹⁵⁶.

Ces mêmes raisons justifient également que le juge soit, en cas de contentieux précontractuel opposant des professionnels, plus réticent à engager la responsabilité du défendeur pour réparer le dommage subi par le demandeur. Ainsi, la Cour d'appel de Paris déboute-t-elle des « professionnels avertis » de leur action en responsabilité extracontractuelle⁹⁵⁷. Les faits de cette affaire sont les suivants : au printemps 1989, des pourparlers sont entamés entre la société SNC Sofiroute et les entités détenues ou contrôlées par les consorts Z dans le but de leur association et de l'entrée de la SNC Sofiroute dans le capital de ces dernières. Après de nombreuses rencontres et l'échange de documents, la société SNC Sofiroute rompt les pourparlers le 11 septembre 1990. Les entités détenues ou contrôlées par les consorts Z saisissent la justice. Elles considèrent que la rupture des pourparlers est fautive et entraîne la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle de la société Sofiroute. Le 18 janvier 1996, la Cour statue en faveur la société Sofiroute en estimant qu'elle n'a commis aucune faute en rompant les pourparlers et qu'elle n'avait à fournir aucune justification pour appuyer

⁹⁵⁵J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-70, p. 54.

⁹⁵⁶B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 119.

⁹⁵⁷Paris, 18 janv. 1996, *D. Affaires* 1996.292, 294.

sa décision de rompre. En effet, les négociations étaient encore très loin d’aboutir. Par exemple, le prix et les objectifs de l’opération n’étaient pas encore définis. De plus, la Cour d’appel se fonde sur le statut des cocontractants pour exclure l’hypothèse d’une rupture fautive. En tant que « professionnels avertis », les consorts Z, ne pouvaient ignorer qu’en raison des nombreux obstacles qui restaient encore à franchir pour parvenir à un accord définitif, les pourparlers avaient peu de chances d’aboutir. Les demandeurs forment un pourvoi en cassation à l’encontre de la décision rendue par la Cour d’appel qui sera rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 janvier 1999⁹⁵⁸.

On le voit, la question du statut des cocontractants potentiels influence le juge lorsqu’il doit découvrir une faute précontractuelle car, en raison de sa qualité de professionnel, le cocontractant potentiel fait davantage confiance à son partenaire. Son statut de professionnel lui donne une crédibilité certaine aux yeux de l’autre. Suivant le statut des parties, qu’elles soient des professionnels ou des profanes, la confiance dans l’issue favorable des pourparlers est plus ou moins grande. En effet, « [l]e profane prendra d’autant plus au sérieux les affirmations de son partenaire que ce dernier est un professionnel »⁹⁵⁹. Il s’agit à travers ce critère de la qualité des parties de préserver la confiance qui est une notion fondamentale au sein des pourparlers. Il est dans ces conditions pertinent de retenir le statut éventuel de professionnel afin de caractériser la faute précontractuelle.

⁹⁵⁸Com. 12 janv. 1999, n° 96-14604, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007399722&fastReqId=194372475&fastPos=1>.

⁹⁵⁹A. DANIS-FATÔME, préc., note 179, n° 803, p. 485.

Il a néanmoins été relativisé par le professeur Mousseron puisque, selon lui, il « ne s'impose véritablement que s'agissant du contenu des négociations eu égard particulièrement au développement de l'obligation de renseignement »⁹⁶⁰. À l'inverse, selon le professeur Legrand, ce critère est important : « *I do not believe that the fact that one of the parties to the precontractual process is a professional should be a matter of indifference* »⁹⁶¹. Nous rejoignons son positionnement.

Nous allons désormais nous intéresser à un dernier critère relatif à la détermination de la faute précontractuelle soit la présence de clauses d'exonération de responsabilité. Il est en effet d'autant plus difficile pour le juge de reconnaître la responsabilité extracontractuelle d'un ancien partenaire à la négociation lorsque les parties ont préalablement conclu ce genre de clauses.

D) Les clauses d'exonération de la responsabilité

Les juges saisis d'une affaire relative à un contentieux d'ordre précontractuel, prennent en compte l'ensemble des documents échangés entre les parties durant la phase de négociation. Parmi ces documents peuvent figurer des documents préparatoires au sein desquels les cocontractants potentiels se sont accordés pour formuler une clause d'exonération de responsabilité. Généralement, les clauses d'exonération sont prévues dans des lettres d'intention⁹⁶².

⁹⁶⁰P. MOUSSERON, préc., note 162, 262.

⁹⁶¹P. LEGRAND jr., préc., note 177, à la p. 282.

⁹⁶²*Supra*, p. 67-68.

Les clauses d'exonération de responsabilité sont applicables au domaine contractuel et extracontractuel. Leur autorité est néanmoins plus facilement reconnue dans le cadre contractuel que dans le cadre extracontractuel en vertu, notamment, du principe de la liberté contractuelle. En effet, les parties sont libres de choisir le contenu de leurs obligations tant qu'elles le font dans le respect de l'ordre public⁹⁶³. Ainsi, elles peuvent s'engager contractuellement à s'exonérer de leur responsabilité en cas de fautes extracontractuelles ou contractuelles commises *a posteriori*.

Un auteur a noté « l'utilisation de plus en plus fréquente des clauses de non-responsabilité dans les contrats »⁹⁶⁴. Cette affirmation est également valable pour les pourparlers. En effet, le recours par les cocontractants potentiels à des clauses de non-responsabilité est particulièrement fréquent.

Par définition, une clause d'exonération de responsabilité a pour but d'exclure ou de limiter l'étendue d'une action postérieure en responsabilité des individus visés par la clause. Plus précisément, Savatier a défini une clause de non-responsabilité comme « [l]a renonciation faite, avant tout dommage, aux droits qui permettraient d'en demander réparation »⁹⁶⁵. En

⁹⁶³Elles sont opposables en matière contractuelle depuis la décision *Glengoil Steamship Line Co c. Pilkington*, [1898] 28 R.C.S. 146, dans L. DUCHARME, préc., note 870, 41.

⁹⁶⁴L. DUCHARME, préc., note 870, 39.

⁹⁶⁵René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel procédural*, 2^e éd., v. 2, t. 2 « Conséquences et aspects divers de la responsabilité », Paris, L.G.D.J., 1951, n° 659, p. 238. De même, la professeure Lefebvre évoque « la possibilité de se soustraire conventionnellement à une responsabilité de nature extracontractuelle » (B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 133).

d'autres termes, une telle clause « aboutit à désarmer l'obligation de sa sanction, en restreignant le domaine des activités fautives »⁹⁶⁶.

Un modèle de clause d'exonération de responsabilité nous est offert par la professeure Lefebvre :

« Les parties n'entendent pas être liées par le présent document, ce dernier ne constituant qu'une base de discussion et ne pouvant aucunement avoir les effets d'un contrat. Chaque parties pourra à sa guise mettre un terme aux présentes négociations sans engager d'aucune façon sa responsabilité. Chaque partie assume l'entière responsabilité de tous les frais encourus par elle dans le cadre de ces négociations »⁹⁶⁷.

L'autorité d'une telle clause est relative. En effet, les juges ne vont l'appliquer que dans des conditions bien précises. Tout d'abord, en vertu de l'article 1474 alinéa 2, cette clause « ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui ». Ainsi, un ancien partenaire à la négociation ne pourra s'exonérer de sa responsabilité s'il a commis une faute entraînant un dommage corporel ou moral. Nous le verrons dans notre titre relatif à la réparation⁹⁶⁸, les pourparlers ne sont pas l'occasion pour un cocontractant potentiel de subir un dommage corporel. En revanche, il est possible sous certaines conditions d'admettre la réalité d'un dommage moral à la suite d'un comportement fautif commis par l'une des parties en négociation.

Les juges peuvent appliquer une clause de responsabilité dans le cadre d'un dommage matériel. Néanmoins, ils ne le feront que lorsque le dommage matériel n'aura pas été causé par une faute lourde ou intentionnelle du défendeur. En effet, en vertu de l'article 1474 alinéa

⁹⁶⁶L. DUCHARME, préc., note 870, 41.

⁹⁶⁷B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 132.

⁹⁶⁸*Infra*, p. 314 et suiv.

premier du *Code civil du Québec*, « [u]ne personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde ». Le législateur précise qu'il entend par « faute lourde », une faute qui « dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières ». Ainsi, malgré la présence d'une clause d'exonération de responsabilité, si le juge observe à travers une étude du comportement du défendeur que celui-ci a fait preuve de mauvaise foi, il n'appliquera pas la clause en question.

De plus, afin d'être applicable, une clause d'exonération de responsabilité doit être rédigée correctement. Monsieur Ducharme précise que :

« les parties devront déterminer avec précision quelles activités elles entendent soustraire ainsi au mécanisme de la responsabilité. À défaut de stipulation précise, la règle commune s'applique et le langage ambigu s'interprète contre celui qui a stipulé en faveur de celui qui a contracté l'obligation »⁹⁶⁹.

Cette affirmation, faite dans le cadre de clauses d'exonération de responsabilité pour des situations contractuelles, est tout aussi valable pour le cas spécifique des pourparlers. Afin d'être prise en compte par le juge et constituer un facteur d'exonération ou de limitation de la responsabilité de nature extracontractuelle d'un ancien partenaire à la négociation, la clause d'exonération éventuellement prévue dans un document échangé durant les pourparlers devra être suffisamment précise.

Nous venons de nous intéresser aux critères qui permettent de qualifier un comportement précontractuel de fautif. Une faute précontractuelle est en effet reconnue lorsque l'autorité saisie, tels un juge ou un arbitre, considère que le demandeur est capable de discernement et que, par son attitude, il a dérogé à une norme de comportement telle que le devoir de négocier

⁹⁶⁹L. DUCHARME, préc., note 870, 43.

de bonne foi. Au-delà de la faute, le demandeur devra également prouver l'existence d'un préjudice directement subi en raison de la faute commise par son ancien partenaire à la négociation.

Ces éléments représentent les conditions d'application de la responsabilité de nature extracontractuelle dans le cadre d'un contentieux précontractuel. Ils sont actuellement présentés de manière indirecte par le législateur à travers l'article 1457 du *Code civil du Québec*. En effet, il n'existe pas de définition spécifique de la responsabilité découlant des pourparlers.

La question que l'on va se poser est celle de savoir s'il ne faudrait pas, comme en France, modifier le *Code* afin d'y inclure une disposition qui viendrait consacrer de façon expresse le principe de la responsabilité découlant des pourparlers et sa nature extracontractuelle en tant que régime de droit commun.

Section 2 : De la consécration légale expresse de la nature extracontractuelle de la responsabilité découlant des pourparlers ?

Comme la plupart des systèmes juridiques dont le système français, le droit québécois reconnaît la nature extracontractuelle de la responsabilité découlant des pourparlers. Il s'agit du droit commun en la matière. Il admet également parfois l'application de la responsabilité de nature contractuelle lorsqu'un engagement contractuel a été pris entre les parties en présence.

Néanmoins, il se différencie d'avec la plupart des systèmes juridiques occidentaux en ce qu'il ne prévoit aucune disposition explicite dans le *Code civil* afin d'exposer cette règle relative à

la nature de la responsabilité découlant des pourparlers. Le législateur québécois est resté silencieux sur la question laissant ainsi la jurisprudence trancher en fonction des cas d'espèce.

Nous ne sommes pas convaincus par une telle approche. C'est pourquoi, nous défendrons, dans les propos suivants, la pertinence et l'utilité d'une modification du *Code civil du Québec* afin que ce dernier codifie une règle précise relative aux effets du non-respect des règles imposées durant la phase précontractuelle.

Pour ce faire, nous nous attacherons dans un premier temps à la question de l'utilité de la codification d'une règle relative à la responsabilité découlant des pourparlers (§ 1), avant de nous intéresser à la manière de formuler cette règle (§ 2).

§ 1 : De l'utilité de la codification d'une règle relative à la responsabilité découlant des pourparlers

Certains pourraient considérer qu'une modification du *Code civil du Québec* qui viendrait codifier le principe suivant lequel un comportement fautif commis durant les négociations peut entraîner, si toutes les conditions sont réunies, la mise en cause de la responsabilité du cocontractant potentiel à l'origine de ce comportement n'est pas nécessaire. En effet, bien que de nature prétorienne, le principe de la responsabilité découlant des pourparlers est déjà présent en droit positif québécois. Dans ce cadre, une codification de la règle n'aurait pas grand intérêt. Nous pourrions nous satisfaire des articles 1457 et 1458 du *Code*, qui, bien que de manière indirecte, servent de fondements aux justiciables qui souhaitent instruire une action en responsabilité dans le cadre d'un contentieux précontractuel.

Nous ne sommes néanmoins pas convaincus par une telle approche. Plusieurs arguments militent selon nous en faveur d'une modification de la lettre du *Code*. Tout d'abord, ne pas modifier le *Code civil du Québec* en continuant de recourir à la jurisprudence pour connaître les règles spécifiques de la responsabilité découlant des pourparlers nous semble contrevenir au principe fondamental de la sécurité juridique. En effet, la portée des décisions des juges n'est que relative. Le dispositif juridique ne s'applique qu'aux parties en présence pour chaque cas d'espèce. Dans le même temps, la jurisprudence est fluctuante. En l'absence de reconnaissance de la règle du précédent, l'approche des juges peut varier en fonction de leur interprétation plus ou moins stricte des dispositions légales. Ainsi, le droit ne serait pas aussi prévisible que s'il était directement exposé dans la lettre du *Code*. À la différence de la jurisprudence, la loi bénéficie d'une autorité générale. Elle s'applique à chaque justiciable. En cela, il nous paraît intéressant d'intégrer dans la lettre du *Code* une disposition relative à la responsabilité découlant des pourparlers car « une codification instaure une pause indispensable et sécurisante dans l'évolution du droit »⁹⁷⁰ alors que se contenter de règles prétoriennes « affaibli[t] (...) la stabilité [pré]contractuelle et déjouent les attentes légitimes des parties »⁹⁷¹.

Certains pourraient continuer de croire qu'une intervention législative ne serait pas opportune car le principe de la sécurité juridique n'est pas remis en cause. Comme l'indique une auteure, « [n]ombreux sont les opérateurs (au moins les plus forts) qui, notamment dans le domaine

⁹⁷⁰P. AZARD, préc., note 89, 476.

⁹⁷¹P.-G. JOBIN, préc., note 365, 3.

commercial, demandent avec insistance au législateur de ne pas légiférer »⁹⁷² préférant ainsi l'autorégulation. Mais comme l'explique cette même auteure, « qui peut prétendre, encore aujourd'hui, que des règles du jeu préétablies, claires et les mêmes pour tous, ordonnées de manière à servir de guide aux opérateurs, puissent avoir un effet contraire à l'essor de leurs activités ? »⁹⁷³.

Le principe de l'accessibilité du droit par les justiciables nous semblerait également davantage préservé en cas de codification dans le *Code civil du Québec* du principe de la responsabilité découlant des pourparlers. Un ancien partenaire à la négociation, qui s'interroge sur l'opportunité de mener une action en responsabilité contre son cocontractant potentiel pour comportement fautif, ne peut se satisfaire de la lecture du *Code*. Il doit, pour développer sa stratégie judiciaire, consulter la jurisprudence puisque le droit en la matière est essentiellement prétorien. Ceci peut être ressenti par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension⁹⁷⁴. Cette remarque nous semble d'autant plus pertinente que l'on a, à plusieurs reprises, noté la prolifération du contentieux précontractuel⁹⁷⁵. Par conséquent, le nombre de décisions de justice en la matière ne va cesser de s'étoffer. Comme

⁹⁷²Catherine KESSEDJIAN, « Le temps du droit au XXI^e siècle – Compatibilité avec la codification ? », (2005) 46 (1-2) *C. de D.* 547, 553.

⁹⁷³*Id.*, 554.

⁹⁷⁴Cette affirmation est d'autant plus pertinente que le droit québécois ne connaît pas la règle du précédent. Comme l'a souligné Mayrand : « Notre Cour d'appel n'a pas formulé son allégeance à la doctrine du *stare decisis* comme l'a fait la Cour suprême. Bien au contraire, il lui arrive de la contredire ouvertement, soit en changeant une interprétation qu'elle a elle-même donnée, soit en écartant une interprétation de la Cour suprême (...) la liberté de l'interprétation judiciaire n'empêche pas nos tribunaux de reconnaître à la jurisprudence une autorité de fait considérable. Mais, il ne faut pas confondre l'autorité de fait et l'autorité de droit » (A. MAYRAND, préc., note 90, 71 et 75).

⁹⁷⁵*Supra*, p. 61 et suiv.

le souligne le professeur Braibant, « on codifie dans les périodes où le droit est arrivé à un degré de dispersion et de prolifération tel que cela n'est plus supportable »⁹⁷⁶. De même, « [p]ar sa structure, organisée, claire, didactique, englobant l'ensemble de la vie du citoyen dans un domaine donné, il est aisément consultable et contribue à la connaissance de la règle par le sujet de cette dernière »⁹⁷⁷.

Enfin, légiférer en matière de responsabilité découlant des pourparlers permettrait de manière symbolique et pédagogique de remettre en cause la vision classique du contrat formé par la rencontre instantanée de l'offre et de l'acceptation de cette offre à laquelle le *Code civil du Québec* répond toujours. Cela permettrait de reconnaître l'importance grandissante des pourparlers et l'évolution dans la manière dont les justiciables contractent.

En plus de consacrer le principe de la responsabilité découlant des pourparlers, le législateur devrait à nos yeux en préciser la nature. Cette question nous amène directement à notre prochain point consacré à la manière de formuler la nouvelle règle relative à la responsabilité découlant des pourparlers.

§ 2 : De la manière de formuler cette règle

Puisque la France refuse comme le Québec d'admettre de manière absolue l'application de la responsabilité de nature contractuelle dans le cadre d'un contentieux précontractuel se distinguant ainsi du régime juridique allemand, nous nous inspirerons du modèle français récemment réformé afin de nourrir notre réflexion relative à la manière de formuler une règle qui viendrait consacrer le principe de la responsabilité découlant des pourparlers.

⁹⁷⁶G. BRAIBANT, préc., note 98.

⁹⁷⁷C. KESSEDJIAN, préc., note 972, 556.

Le nouvel article 1112 du Code civil français dispose en son deuxième alinéa qu' « [e]n 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 ». Le principe de la responsabilité découlant des pourparlers est donc reconnu à travers le concept de « faute » et de « réparation ». Néanmoins, il ne précise pas la nature de la responsabilité découlant des pourparlers. On suppose qu'il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle car le législateur évoque le concept de faute généralement associé au champ extracontractuel et souligne que la réparation se fera par équivalent soit par l'octroi de dommages et intérêts. Or, la réparation d'un préjudice précontractuel peut, si la responsabilité contractuelle de l'ancien partenaire est reconnue, se faire en nature⁹⁷⁸.

De plus, dans le projet d'ordonnance publié en 2015, le principe de la sanction d'un comportement fautif par le mécanisme de la responsabilité était prévu à l'article 1111 qui disposait que : « [l]a conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité *extracontractuelle* »⁹⁷⁹.

La nouvelle formulation française est dans une certaine mesure intéressante puisqu'elle reconnaît explicitement dans la lettre du *Code* le principe de la responsabilité découlant des pourparlers. Mais elle comporte selon nous quelques limites car elle ne précise pas la nature de cette responsabilité. De plus, elle semble trop restrictive étant donné qu'elle passe sous silence

⁹⁷⁸*Infra*, p. 320 et suiv.

⁹⁷⁹Nous soulignons.

l'hypothèse selon laquelle la responsabilité découlant des pourparlers peut parfois être de nature contractuelle⁹⁸⁰.

À nos yeux, le législateur québécois devrait préciser que la responsabilité engagée en cas de faute commise durant les pourparlers est parfois contractuelle. Effectivement, à la différence du droit français et allemand, le débat sur la nature de la responsabilité découlant des pourparlers n'est pas totalement clos au Québec. Bien que la doctrine majoritaire reconnaisse que la responsabilité découlant des pourparlers est de nature extracontractuelle tant que les pourparlers ne sont pas contractualisés ou que le contrat définitif ne s'est pas formé, un auteur⁹⁸¹ prône encore que la responsabilité découlant des pourparlers est toujours contractuelle, que les pourparlers soient formalisés ou non. Cette disparité d'opinions démontre selon nous que l'état du droit positif québécois n'est pas pleinement satisfaisant car source d'ambiguïtés. Il faut donc trancher le débat et consacrer la solution dans la lettre du *Code* pour la pérenniser. Comme l'a expliqué la professeure Cantin Cumyn « d'autres emportent codification de règles prétoriennes ou de pratiques dont le bien-fondé pouvait être incertain »⁹⁸².

D'autre part, la nouvelle formulation française déçoit dans la mesure où elle passe sous silence la possibilité offerte aux parties à la négociation, en vertu de la liberté précontractuelle, de formaliser les pourparlers à travers certains accords. Il est intéressant de noter que l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas repris l'idée de plusieurs projets précédemment rédigés qui, pour leur part, ont consacré une disposition relative à la formalisation des

⁹⁸⁰*Supra*, p. 230-251.

⁹⁸¹V. KARIM, préc., note 548, 459.

⁹⁸²M. CANTIN CUMYN, préc., note 85, 473.

pourparlers et ses conséquences. C'est le cas de l'article 22 du projet Terre⁹⁸³ ou des articles 1104-1 et 1104-2 du projet Catala⁹⁸⁴ qui prévoyaient cette organisation conventionnelle de la négociation en disposant que le régime de ces accords formalisant les pourparlers était soumis aux dispositions du sous-titre relatif aux contrats et aux obligations. Cet élément a été critiqué par quelques auteurs en France. Pour le professeur Grosser par exemple, « il aurait peut-être été plus pertinent d'ajouter un texte consacré à leur organisation conventionnelle »⁹⁸⁵.

Nous proposons donc de nous inspirer de ces projets non retenus afin d'évoquer la possibilité offerte aux parties de contractualiser les pourparlers et d'expliquer ce que cela signifie concrètement. Préciser la possibilité qu'ont les parties d'encadrer les pourparlers par des conventions diverses est intéressant puisque cette démarche se multiplie en pratique. Il est important, face à ce phénomène, que les justiciables sachent quelles seront les conséquences de leurs actions s'ils choisissent de contractualiser les pourparlers. Cette position nous semble d'autant plus pertinente que le droit québécois aborde déjà la question des avant-contrats⁹⁸⁶.

Nous proposons donc l'intégration dans le *Code civil du Québec* de la disposition suivante :

« La responsabilité encourue en cas de faute lors de l'initiative, le déroulement ou la rupture des pourparlers est de nature extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité est de nature contractuelle si les pourparlers ont été précédés de la conclusion d'un avant-contrat. La preuve de cet avant-contrat pourra être apportée par tous moyens, notamment l'échange de documents ».

⁹⁸³François TERRÉ (dir.), préc., note 140.

⁹⁸⁴Pierre CATALA (dir.), préc., note 139.

⁹⁸⁵P. GROSSER, préc., note 256, 274.

⁹⁸⁶Voir notamment les articles 1396 et 1397 *C.c.Q.*

Cette disposition que nous proposons d'intégrer au *Code civil du Québec* ne représente certes pas une modification importante du droit positif québécois en la matière mais plutôt une codification à droit constant des découvertes et des solutions de la jurisprudence qui s'est fondée pour ce faire sur les travaux de la doctrine. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle serait inutile comme nous venons de l'expliquer.

Le deuxième chapitre nous a permis de démontrer que la responsabilité de nature extracontractuelle est le régime de droit commun en matière de responsabilité découlant des pourparlers. Pour être appliqué, il nécessite que le demandeur prouve que son ancien partenaire à la négociation a commis une faute précontractuelle qui lui a causé directement un préjudice. Ces conditions sont les conditions classiques de la responsabilité extracontractuelle. Le droit français reconnaît également la responsabilité extracontractuelle comme le régime de droit commun pour un contentieux précontractuel. Il se différencie toutefois du droit québécois en ce qu'il évoque la question de la responsabilité découlant des pourparlers directement dans la lettre du *Code*. Néanmoins, nous avons tenté de montrer que cette nouvelle formulation n'est pas pleinement satisfaisante et que le législateur devrait s'en inspirer sans toutefois la transplanter directement en l'état.

Conclusion du titre

La nature de la responsabilité découlant des pourparlers peut être contractuelle si le juge découvre la naissance et l'inexécution d'un contrat durant les négociations, ou bien extracontractuelle en l'absence de tout engagement contractuel mais en cas de faute précontractuelle. Le droit québécois rejoint en cela le droit français. Le droit allemand considère en revanche que la nature de la responsabilité découlant des pourparlers est dans tous les cas contractuelle. Pour ce faire, il se fonde sur la théorie de la *culpa in contrahendo*.

Les droits français et allemand se rejoignent toutefois en ce que chacun a récemment réformé son Code civil afin d'y reconnaître explicitement le principe de la responsabilité découlant des pourparlers. Il s'agit d'une différence marquante avec le droit québécois que nous n'avons pas trouvé satisfaisant tant il est, en la matière, difficile d'accès pour les justiciables.

Au-delà de la question de la nature de la responsabilité découlant des pourparlers, celle de l'étendue de la réparation attribuée en cas de mise en cause de la responsabilité se pose. En effet, comme l'ont expliqué les professeurs Gardner et Moore, « [l]a responsabilité a pour objet l'indemnisation de la victime d'un dommage »⁹⁸⁷.

⁹⁸⁷D GARDNER et B. MOORE, préc., note 754, 561.

Titre 2 : Les modalités de la réparation d'un préjudice découlant des pourparlers

Le principe de la réparation d'un préjudice⁹⁸⁸ est souvent considéré comme le « "nerf de la guerre" de la responsabilité »⁹⁸⁹. En effet, l'essence ou la finalité de toute action en responsabilité est, pour le demandeur, d'obtenir la réparation de son préjudice. Comme le souligne le professeur Encinas de Munagorri, « [l]a réparation d'un dommage est à l'origine du droit de la responsabilité »⁹⁹⁰. Dans le même sens, pour Monsieur Rouiller, « [é]tablir l'existence d'un acte fautif est en soi insuffisant : sans indemnisation, la responsabilité reste une fiction »⁹⁹¹.

De manière générale, le principe de la réparation est défini comme un processus qui permet de remédier à un préjudice ou de « compenser les conséquences dommageables d'un fait

⁹⁸⁸Dans cette étude, nous préférons le terme de « préjudice » à celui de « dommage ». Des controverses existent quant à l'éventuelle distinction de ces termes. Bien que les droits québécois et français ne distinguent généralement pas ces notions, certains auteurs le souhaiteraient. C'est notamment le cas de la professeure Morin qui a souligné que le dommage réfère au lieu de l'atteinte (corporel, moral, matériel) alors que le préjudice s'intéresse aux conséquences de l'atteinte (Sophie MORIN, *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, coll. « La référence (Barreau du Québec) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011). Pour le droit français voir notamment : Sophie MENU, « Réflexions sur le préjudice pré-contractuel », *LPA* 2006.23.6. Pour la jurisprudence, voir *Dorval c. Montréal*, 2015 QCCA 1607, par. 33 : « j'en retiens que dommage et préjudice ne sont pas synonymes. Et parfois le terme préjudice du Code civil signifie dommage ». Nous n'entrons néanmoins pas davantage dans la controverse car elle n'intéresse pas directement notre objet d'étude.

⁹⁸⁹Mustapha MEKKI, « *La place du préjudice en droit de la responsabilité civile. Rapport de synthèse* », La notion de préjudice. Journées franco-japonaise à Tokyo, juillet 2009, coll. « Travaux Henri Capitant », Bruxelles, Bruylant, 2015, en ligne : <<http://www.mekki.fr/publications/la-place-du-prejudice-en-droit-de-la-responsabilite-civile-rapport-de-synthese/>>.

⁹⁹⁰Rafaël ENCINAS DE MUNAGORRI, « Propos sur le sens de la réparation en droit français de la responsabilité », (2003) 33 *R.G.D.* 211, 211.

⁹⁹¹N. ROUILLER, préc., note 781, à la p. 52.

considéré comme anormal ou socialement répréhensible »⁹⁹² en remettant la victime d'un préjudice dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant que le comportement fautif d'un individu ne lui cause préjudice. Pour ce faire, la réparation doit être intégrale. On parle aussi du principe de *restitutio in integrum* ou de réparation pleine et entière⁹⁹³. En d'autres termes, « tout le préjudice doit être réparé, mais rien que le préjudice »⁹⁹⁴. Ainsi, l'objectif de la réparation intégrale n'est pas de sanctionner le comportement fautif de l'auteur du préjudice subi par la victime à travers l'octroi principalement de dommages et intérêts punitifs mais de compenser le préjudice subi « en l'indemnisant pour la perte subie et le gain manqué »⁹⁹⁵. De ce fait, la réparation intégrale ne conduit pas à appauvrir l'individu qui a causé un préjudice à la victime mais à attribuer à cette dernière « une juste compensation pour le préjudice subi »⁹⁹⁶. Comme le soulignent les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, « [l]'auteur du préjudice est tenu de réparer le dommage, rien que le dommage, mais tout le dommage que sa faute ou son fait a causé à la victime »⁹⁹⁷. C'est au juge qu'est confiée la difficile tâche d'assurer la réparation intégrale du préjudice. Cette tâche est difficile car le principe de la réparation intégrale représente un idéal difficile à atteindre. En effet, « [d]ans bien des

⁹⁹²R. ENCINAS DE MUNAGORRI, préc., note 990, 212.

⁹⁹³J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 776, p. 937.

⁹⁹⁴Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, coll. « Cours Dalloz », série « Droit privé », 12^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 163, p. 166.

⁹⁹⁵J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-370, p. 409.

⁹⁹⁶*Id.*, n° 1-370, p. 408.

⁹⁹⁷*Id.*, n° 1-405, p. 457.

situations complexes, il est, (...) pratiquement impossible de faire correspondre un chiffre exact à la violation de l'obligation contractuelle »⁹⁹⁸.

Le *Code civil du Québec* ne prévoit aucune règle spécifique à la réparation d'un préjudice découlant des pourparlers⁹⁹⁹. Comme l'a souligné le professeur Cabrillac, « [s]i (...) certaines législations européennes consacrent un devoir de bonne foi dans les pourparlers pré-contractuels, la plupart restent silencieux sur ses sanctions (...) Tel est également le cas en droit québécois »¹⁰⁰⁰. En dépit de ce silence, le principe de la réparation d'un préjudice précontractuel est admis lorsque le demandeur réussit à prouver que le préjudice subi est directement lié à la faute commise par son ancien partenaire à la négociation et que ce même préjudice n'a pas déjà été réparé¹⁰⁰¹. Ainsi, comme le résume la professeure Guillemard, « si

⁹⁹⁸J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 776, p. 937.

⁹⁹⁹De manière générale, le droit à la réparation en cas de préjudice lié à la faute est reconnu en droit québécois aux articles 1457 et 1458 du *Code civil du Québec*. En droit français, l'article 1240 dispose que « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Enfin, en droit allemand le paragraphe 280 alinéa 1 du *BGB* prévoit que « lorsque le débiteur viole une obligation (...) le créancier peut réclamer la réparation du préjudice qui en résulte ». Le silence du législateur en matière de réparation du préjudice précontractuel se retrouve pour des préjudices autres que ceux découlant des pourparlers. Ainsi, le professeur Tancelin parle de « la pauvreté du droit écrit en la matière, qui laisse toute la charge à la jurisprudence » avant d'insister sur « l'absence complète dans le Code civil, quelle que soit sa version, du moindre paramètre *substantiel* permettant de savoir en quoi consiste un dommage ou préjudice : seulement des *qualificatifs* » (M. TANCELIN, préc., note 23, n° 748, p. 540).

¹⁰⁰⁰R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 21 et 22.

¹⁰⁰¹Certains auteurs ont pourtant fortement remis en cause le principe de la réparation appliqué à la phase précontractuelle en rejetant notamment le concept même de « préjudice précontractuel » dans un contexte commercial ou des affaires. Comme le souligne la professeure Lefebvre, « [c]ertains ont prétendu que dans un contexte commercial, ou entre professionnels, les aléas des négociations peuvent être un risque normal d'entreprise » (B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 129). Ainsi, selon ce positionnement particulièrement libéral, étant donné la nature incertaine des pourparlers, les parties qui décident d'entamer néanmoins ce

au cours de la phase précontractuelle, le comportement de l'un a des conséquences néfastes sur l'autre, directement ou indirectement, le fautif devra réparer »¹⁰⁰². Le contentieux porte principalement sur le préjudice subi du fait de la rupture des pourparlers mais peut tout aussi bien concerner un préjudice souffert en raison du comportement fautif de l'ancien partenaire à la négociation au moment des pourparlers¹⁰⁰³.

La question de la réparation du préjudice précontractuel est devenue centrale. En effet, avant la complexification des contrats, les pourparlers s'étaient plus rarement dans le temps si bien que les frais engagés par les parties en présence n'étaient pas aussi importants que de nos jours. Dans ce contexte, instruire une action en justice pour obtenir la réparation d'un préjudice subi en raison d'une faute commise par un ancien partenaire à la négociation aurait probablement coûté plus cher que les frais de la négociation eux-mêmes. Aujourd'hui, à

processus, souvent des hommes d'affaires aguerris, ne devraient pas, en cas d'échec de ces derniers, poursuivre la réparation d'un préjudice éventuellement subi du fait d'un ancien partenaire, et ce, même si ce dernier a commis une faute durant ou au moment de rompre la négociation. Or, il n'y a, selon nous, pas lieu de rejeter le principe de la réparation d'un préjudice précontractuel. La réparation n'a pour but de compenser les pertes engendrées qu'à partir du moment où l'un des partenaires a commis une faute durant cette période et que son partenaire en subit un préjudice. En cela, le droit à la réparation nous paraît tout à fait justifié. De plus, on ne peut nier la réalité du préjudice précontractuel. Les pourparlers représentent une relation humaine. Comme dans toute relation humaine, un préjudice peut être subi par l'une des parties à cette relation. Le professeur Chauvel le souligne en précisant qu'« il est clair qu'un préjudice peut résulter pour l'un des partenaires du comportement de l'autre au cours de la négociation » (Patrice CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Droit & patrimoine* 1996.36, 36).

¹⁰⁰²S. GUILLEMARD, préc., note 24, 174.

¹⁰⁰³On peut notamment penser à la violation, alors que les pourparlers ont encore cours, de l'obligation de confidentialité ou bien au maintien des pourparlers alors que ces derniers sont voués à l'échec.

l'inverse, nous assistons à « un contentieux qui croît en proportion des investissements réalisés et ne pouvant être amortis »¹⁰⁰⁴ si bien que recourir aux juges est parfois opportun.

Bien que le principe de la réparation d'un préjudice précontractuel soit acquis, la question de son régime ne semble pas suffisamment adressée. En effet, les solutions juridiques en la matière méritent d'être confirmées afin de clore les questions qui restent en suspens comme celle de la voie choisie par le droit pour accorder réparation à la victime d'un préjudice précontractuel lorsque la responsabilité de son ancien partenaire est engagée. Dans ces conditions, les juges accorderont-ils une réparation en nature ou par équivalent ? De même, si l'on admet le principe de la réparation par équivalent, sur quelle base les juges calculent-ils les dommages et intérêts attribuables à la victime d'un préjudice précontractuel ?

L'objectif de notre propos est d'identifier les conséquences concrètes de la mise en cause de la responsabilité précontractuelle d'un ancien cocontractant potentiel. Pour ce faire, nous allons voir que la réparation d'un préjudice découlant des pourparlers peut se faire de deux manières qui ne sont pas exclusives. Dans un premier temps nous nous intéresserons à la question de la réparation en nature qui est un remède peu utilisé (Chapitre 1), puis à celle de la réparation par équivalent qui est beaucoup plus fréquente (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La réparation en nature, un remède peu utilisé

La réparation en nature est le premier remède envisageable lorsqu'un ancien cocontractant potentiel souffre d'un préjudice directement causé par le comportement de son partenaire de

¹⁰⁰⁴J.-J. FRAIMOUT, préc., note 432, 2.

négociation. Elle consiste dans la « remise des choses en l'état »¹⁰⁰⁵, à travers une injonction du juge, de l'obligation de faire ou de ne pas faire n'ayant pas été exécutée par le défendeur. En d'autres termes, « [l]'exécution en nature est la sanction qui permet au créancier de forcer le débiteur à exécuter son obligation »¹⁰⁰⁶. À la différence de la réparation par équivalent, la réparation en nature ne conduit généralement pas à l'octroi d'une somme d'argent¹⁰⁰⁷.

Ce premier remède est principalement prévu à l'article 1590 alinéa 2 du *Code civil du Québec* qui dispose que « [l]orsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation : 1/Forcer l'exécution en nature de l'obligation »¹⁰⁰⁸. L'article 1601 précise quant à lui que « [l]e créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter en nature l'obligation »¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Réparation en nature », p. 284.

¹⁰⁰⁶CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, préc., note 532, art. 1601, p. 1330.

¹⁰⁰⁷L'action en paiement et la saisie sont deux mesures appartenant à la réparation en nature qui nécessitent l'octroi d'une somme d'argent.

¹⁰⁰⁸Cet article prévoit également que le créancier peut : « 2/obtenir, si l'obligation est contractuelle la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélative ; 3/Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation ». Ces autres mécanismes de réparation pour non exécution d'une obligation contractuelle ne seront pas examinés car peu mobilisés dans le cadre d'un préjudice précontractuel.

¹⁰⁰⁹Pour le droit français voir l'article 1217 qui dispose que « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : -refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; -solliciter une réduction du prix ; -provoquer la résolution du contrat ; -demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter » et 1121 qui prévoit que « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, *en poursuivre l'exécution en nature*

Notre objectif dans ce chapitre est de nous interroger sur l'opportunité d'appliquer un tel remède dans le cas où un préjudice découlant du comportement fautif d'un ancien partenaire à la négociation a été subi. Ainsi, nous nous intéresserons dans un premier temps à la réparation en nature dans le cadre de pourparlers formalisés (Section 1), avant d'envisager la question sous l'angle des pourparlers non formalisés (Section 2).

Section 1 : De la réparation en nature dans le cadre de pourparlers formalisés

Les chapitres précédents nous ont permis d'insister sur la formalisation fréquente des pourparlers par les cocontractants potentiels¹⁰¹⁰. Principalement, nous avons rappelé que cette formalisation des pourparlers s'opère à travers la conclusion d'avant-contrats ou de contrats préliminaires comme les promesses de contrat ou encore les pactes de préférence.

Nous allons ici nous concentrer sur la question de l'exécution en nature des contrats préparatoires en cas de violation de ces derniers. Il existe en effet entre les différents systèmes juridiques étudiés une distinction notable qu'il conviendra d'analyser dans le cadre d'une réflexion sur l'évolution éventuelle du droit québécois en la matière. Pour ce faire, nous reviendrons tout d'abord sur l'état du droit positif québécois, qui, suite à la violation d'un avant-contrat, limite la portée de la réparation en nature (§ 1), avant de nous intéresser à un éventuel dépassement de ce rejet de principe (§ 2).

sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

¹⁰¹⁰*Supra*, p. 61 et suiv.

§ 1 : Un remède dont la portée est limitée en droit positif québécois

La violation d'une promesse de contrat consiste pour le promettant, à retirer sa promesse avant la levée de l'option par le bénéficiaire de cet avant-contrat¹⁰¹¹, à refuser de conclure le contrat avec le bénéficiaire de la promesse ou à conclure un contrat équivalent avec un tiers¹⁰¹². De tels comportements causent un préjudice certain au bénéficiaire de la promesse. En effet, en raison du comportement fautif du promettant, il perd la possibilité de conclure le contrat envisagé. Le préjudice subi est d'autant plus important lorsque le bénéficiaire de la promesse a, durant le délai d'option accordé, entrepris des démarches parfois importantes et coûteuses, afin de pouvoir obtenir du financement, régler des obstacles administratifs, fiscaux ou consulter un avocat afin de vérifier d'éventuelles entraves juridiques relatives à l'opération envisagée.

Dans ces conditions, le droit québécois permet au bénéficiaire de l'avant-contrat déçu de formuler une action en justice afin d'enjoindre le promettant qui vient de révoquer sa promesse à la maintenir. En revanche, l'exécution en nature d'une promesse de don est rejetée par le législateur. À cet effet, l'article 1812 prévoit que l'inexécution d'une promesse de don « ne confère au bénéficiaire de la promesse que le droit de réclamer du promettant, à défaut

¹⁰¹¹Nous n'aborderons pas la question du refus du promettant ou du bénéficiaire de la promesse, une fois l'option levée, de conclure le contrat définitif qui ne pose pas de difficulté en droit québécois. En effet, par principe, une fois la levée de l'option opérée, la promesse de contrat qui représente initialement un contrat unilatéral devient un contrat ou un contrat de promesse de contrat bilatéral (*Bergeron c. Pharmaprix Inc.*, 2015 QCCA 687 ; 2760-1699 *Québec Inc. c. Lamarre*, [2004] R.D.I. 128 (C.S.)). De ce fait, les parties doivent conclure le contrat final envisagé sous peine de formation forcée du contrat.

¹⁰¹²Nous aborderons principalement la question de la réparation du préjudice intervenu à la suite de la conclusion de la promesse de contrat avec un tiers puisqu'il s'agit d'une question traitée différemment par les droits français et québécois. Les droits québécois et français adoptent la même solution lorsque la promesse a été rompue mais que le promettant ne contracte pas pour autant avec un tiers.

par ce dernier de remplir sa promesse, des dommages-intérêts ». De même, la réparation en nature d'un préjudice subi en raison de la violation d'une promesse de prêt n'est pas non plus envisageable en vertu de l'article 2316 qui dispose que « [l]a promesse de prêter ne confère au bénéficiaire de la promesse, à défaut par le promettant de l'exécuter, que le droit de réclamer des dommages-intérêts de ce dernier ».

Ainsi, l'exécution en nature d'une promesse de contrat n'est expressément autorisée que dans le cadre de promesses d'achat ou de vente. L'article 1742 dispose que « [l]e défaut par le promettant vendeur ou le promettant acheteur de passer titre confère au bénéficiaire de la promesse le droit d'obtenir un jugement qui en tiennent lieu ». De fait, lorsque le promettant se rétracte alors même que le délai d'option n'est pas dépassé, le bénéficiaire déçu pourra demander une réparation en nature pour compenser le préjudice subi du fait de la violation de la promesse de vente ou d'achat. À travers cette action, le demandeur obtient « un jugement tenant lieu du contrat de vente que le promettant-vendeur refuse de signer »¹⁰¹³. La solution est

¹⁰¹³V. KARIM, préc., note 548, n° 851, p. 385 sous l'article 1397. Le professeur Karim précise également que pour être valable, l'action nécessite le respect de plusieurs conditions. Ainsi, la promesse doit encore être en vigueur (le délai ne doit pas être écoulé). Elle ne doit pas être une promesse conditionnelle à moins que les conditions aient été respectées. Le bénéficiaire doit détenir un document valide qui établit l'engagement du promettant de lui conférer une promesse de vente ou un droit de préférence sur un bien suffisamment désigné. Il doit prouver l'existence d'une promesse d'achat faite par un tiers au promettant-vendeur et portant sur ce bien ainsi que l'intention du promettant de vendre le bien au tiers. Enfin, il doit démontrer qu'il a communiqué au promettant son intention de réaliser la vente conformément à sa promesse ou qu'il veut se prévaloir de son droit de préférence et qu'il est disposé à remplir les conditions qui sont mentionnées dans la promesse faite par le tiers.

similaire lorsque la rétractation est opérée par le promettant acheteur et a par la suite été étendue à la promesse de bail¹⁰¹⁴ et d'embauche¹⁰¹⁵.

Par ailleurs, le droit québécois permet également lorsque le promettant révoque sa promesse parce qu'il a l'intention de conclure un contrat similaire avec un tiers, de demander au juge qu'il interdise au promettant de conclure le contrat avec le tiers par l'intermédiaire d'une ordonnance provisoire et interlocutoire¹⁰¹⁶. Pour ce faire, il est nécessaire que le contrat avec le tiers ne soit pas encore conclu. Comme le soulignent les professeurs Jobin et Vézina : « [l]e tiers qui encourage le contractant à violer son contrat ne s'expose pas uniquement à des dommages-intérêts : il peut aussi se voir interdire de continuer de tels gestes, même par injonction interlocutoire »¹⁰¹⁷.

En revanche, dans le cas où le contrat est déjà conclu avec le tiers, le droit québécois ne permet pas la substitution du bénéficiaire au tiers.

Le droit québécois rejette en effet en principe l'annulation du contrat conclu fautivement avec le tiers et l'exécution en nature de la promesse de contrat à travers l'action en passation de titre lorsque le bénéficiaire de la promesse souhaite, malgré le comportement fautif du promettant, toujours conclure le contrat avec ce dernier. L'alinéa premier de l'article 1397 du *Code civil*

¹⁰¹⁴Voir notamment la récente affaire *Société en commandite de Copenhague c. Corporation Corbec*, 2012 QCCS 169, par. 89 à 93. En appel, voir : *Société en commandite de Copenhague c. Corporation Corbec*, 2014 CanLII 439 (QC C.A.).

¹⁰¹⁵Pour l'exécution en nature d'une promesse de contrat de travail voir : *Aubrais c. Ville de Laval*, [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.).

¹⁰¹⁶V. KARIM, préc., note 548, n° 846, p. 384 sous l'article 1397.

¹⁰¹⁷J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 487, p. 582.

du Québec dispose en effet que « [l]e contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier ».

Il a été appliqué en pratique dans l'affaire *Landry c. 4300912 Canada Inc.*¹⁰¹⁸. Dans cette affaire, 4300912 Canada Inc. manifeste son intention d'acquérir une bande de terrain correspondant à l'assise d'un chemin privé reliant au chemin public un terrain appartenant à Yves Landry afin de poursuivre un projet de lotissement sur le terrain pour un développement résidentiel. Mais Paul Landry vend son terrain à son neveu Yves Landry en violation de la promesse de contrat conclue avec 4300912 Canada Inc.

Cette dernière fonde alors une action en passation de titre devant la Cour supérieure, district de Labelle¹⁰¹⁹ qui, le 5 juillet 2011, accueille la réparation en nature du préjudice engendré par la violation de cet avant-contrat en permettant l'action en passation de titre. Selon cette dernière en effet, le contrat conclu par un tiers de mauvaise foi aux termes de l'article 1631 du *Code civil du Québec* est inopposable. Messieurs Landry font appel de la décision. Saisie, la Cour d'appel¹⁰²⁰ considère que « nous sommes ici en présence d'une violation claire d'une promesse de contracter »¹⁰²¹ mais qui ne permet pas l'annulation du contrat intervenu entre Paul Landry et Yves Landry. Selon la Cour d'appel en effet, le juge de première instance est allé trop loin en assimilant le comportement de mauvaise foi des appelants à de la fraude.

¹⁰¹⁸*Landry c. 4300912 Canada Inc.*, 2013 CanLII 835 (QC C.A.).

¹⁰¹⁹*4300912 Canada Inc. c. Landry*, 2011 CanLII 3297 (QC C.S.).

¹⁰²⁰*Landry c. 4300912 Canada Inc.*, préc., note 1018.

¹⁰²¹*Id.*, par. 3.

Ainsi, « en l'absence de fraude, seule la mauvaise foi de Messieurs Landry peut être relevée. Or, malgré un comportement de mauvaise foi, le juge ne peut accueillir une action en passation de titre »¹⁰²².

La Cour d'appel rappelle néanmoins que 4300912 Canada Inc. peut formuler un recours en dommages contre Paul Landry et Yves Landry et retourne le dossier à la Cour supérieure pour qu'elle se prononce sur la réclamation en dommages et intérêts¹⁰²³.

Plus récemment, la Cour d'appel du Québec a rappelé qu'une réparation en nature était exclue dans le cadre d'une violation d'un avant-contrat. Dans l'affaire *Reliable Parts Ltée c. Midbec Ltée*¹⁰²⁴, Gaston Lefebvre Service Inc. signe une promesse de vente avec Midbec Ltée le 11 juin 1998 pour la vente de ses actifs. En violation de cette promesse, il vend finalement ces mêmes actifs à Reliable Parts Ltée.

Le 8 septembre 2011, l'honorable Lucie Fournier, juge à la Cour supérieure, condamne Reliable Parts Ltée à verser à Midbec Ltée la somme de 784 703 dollars avec intérêts et indemnité additionnelle à compter du 31 mai 2001 pour conclusion fautive d'un contrat de vente. Le tiers était en effet de mauvaise foi dans la mesure où il connaissait l'existence de la

¹⁰²²*Id.*, par. 2.

¹⁰²³Le juge Goulet de la Cour supérieure, district de Labelle, dans son jugement du 21 mars 2016 a condamné les appelants à payer solidairement à l'intimée 79 000 dollars plus les intérêts, l'indemnité additionnelle et les frais de justice ainsi que les frais d'un expert, à compter de la signification de l'action (*4300912 Canada Inc. c. Landry*, 2016 CanLII 1273 (QC C.S.)). Yves et Paul Landry font appel de la décision au motif que le juge a omis de considérer un élément de preuve. Toutefois, les observations des appelants ne convainquent pas la Cour d'appel qui rejette leur appel.

¹⁰²⁴*Reliable Parts Ltée c. Midbec Ltée*, 2014 QCCA 4. Voir également : *Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'expansion économique d'Argenteuil*, [1986] R.J.Q. 2295 (C.A.) et *Raschella c. 3633713 Canada Inc.*, J.E. 2003-361 (C.A.).

promesse de vente qui liait le promettant au bénéficiaire. La défenderesse fait appel de la décision au motif que la connaissance d'une promesse de vente ne suffit pas à démontrer la mauvaise foi du tiers. Elle estime qu'il faut en effet établir que le tiers a incité le promettant à violer sa promesse initiale pour conclure une affaire similaire avec le tiers. La Cour d'appel n'accueille pas cet argument. Selon cette dernière, la connaissance du tiers de l'existence de la promesse de contrat suffit à établir sa mauvaise foi¹⁰²⁵. Cette affaire est intéressante car elle nous permet de constater qu'en cas de violation d'une promesse de contrat, le juge n'ordonnera que l'allocation de dommages et intérêts sans accorder de réparation en nature telle que l'annulation du contrat intervenu avec le tiers et la substitution du bénéficiaire de la promesse au tiers dans le contrat conclu.

Dans ces conditions, le contrat conclu avec un tiers en violation d'une promesse de contrat est opposable au bénéficiaire de cet avant-contrat. Ce dernier ne peut réclamer une réparation en nature de son préjudice si bien que le comportement fautif du promettant et du tiers ne pourront être sanctionnés qu'à travers l'octroi de dommages et intérêts¹⁰²⁶. L'action contre le promettant sera de nature contractuelle puisque la révocation de sa promesse est une inexécution contractuelle. L'action contre le tiers ne pourra en revanche qu'être de nature extracontractuelle.

Le droit québécois rejette également la possibilité d'une réparation en nature en cas de violation d'un pacte de préférence. Le législateur refuse dans ce cadre d'autoriser le bénéficiaire du pacte déçu à formuler une action en annulation de ce contrat conclu fautivement. Le bénéficiaire ne peut pas non plus réclamer que les droits transmis par le pacte

¹⁰²⁵ *Reliable Parts Ltée c. Midbec Ltée*, préc., note 1024, par. 10.

¹⁰²⁶ *Id.*

de préférence retournent dans son patrimoine. L'article 1397 dispose en effet à son alinéa 2 qu' « [i]l en est de même du contrat conclu en violation d'un pacte de préférence » si bien que seuls un recours en dommages et intérêts contractuels contre le promettant ainsi qu'un recours en dommages et intérêts extracontractuels contre le tiers lorsque celui-ci est de mauvaise foi sont envisageables.

Il peut s'avérer étonnant que le législateur refuse d'intégrer dans le *Code civil du Québec* une règle générale qui permettrait le recours à la réparation en nature en cas de violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse de contrat pour conclure avec un tiers. À la place, le législateur a préféré disposer à l'article 1604 que l'exécution en nature est possible lorsque « les cas le permettent ». Cette solution est de droit nouveau et « a pour effet de modifier substantiellement le droit antérieur »¹⁰²⁷.

Dans une certaine mesure, il a été admis par la jurisprudence¹⁰²⁸, avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le principe de la réparation en nature du préjudice subi par la victime de la violation d'un avant-contrat en permettant, sous certaines conditions, d'annuler le contrat conclu avec le tiers. À ce sujet, le juge André Rochon de la Cour d'appel a affirmé dans l'affaire *Viel c. Entreprises immobilières du Terroir Ltée*¹⁰²⁹ que « [l]e droit ancien reconnaît, dans certains cas, au bénéficiaire d'un pacte de préférence le droit d'exiger en nature du

¹⁰²⁷V. KARIM, préc., note 548, n° 839, p. 382, sous l'article 1397.

¹⁰²⁸*St-Denis c. Quévillon et al.*, [1915] R.C.S. 603 ; *St-Laurent c. Ouellet*, [1984] C.A. 124 ; *Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'expansion économique d'Argenteuil*, [1986] R.D.I. 559 C.A. ; *Romanesky c. Romanesky*, [1989] R.D.I. 636 C.A.

¹⁰²⁹*Viel c. Entreprises immobilières du Terroir Ltée*, 2002 CanLII 63135 (QC C.A.).

promettant et du tiers qui, de mauvaise foi et à la suite de manoeuvres frauduleuses, ont conclu un contrat en violation de son droit »¹⁰³⁰.

Les arguments développés au moment de la promulgation du *Code civil du Québec* sont multiples. Le premier d'entre eux concerne la stabilité contractuelle. En effet, admettre une réparation en nature en cas de violation d'un avant-contrat consiste, dans ce contexte, en l'annulation du contrat conclu fautivement avec le tiers et en l'exécution forcée de la promesse à travers l'action en passation de titre. Une telle solution semble remettre en cause la stabilité contractuelle car elle nécessite l'annulation d'un contrat pourtant conclu. Comme l'ont précisé les professeurs Jobin et Vézina :

« [p]our assurer une certaine stabilité aux conventions, l'article 1397 du *Code civil* pose une règle qui a le grand mérite de mettre fin à une controverse. Lorsque, au mépris de la promesse, ou d'un pacte de préférence, le promettant conclut le contrat avec un tiers, frustrant ainsi le bénéficiaire des avantages de l'entente projetée, celui-ci ne peut exiger l'annulation ou l'inopposabilité de la convention intervenue avec le tiers, lors même que ce dernier est de mauvaise foi »¹⁰³¹.

Un autre argument est celui de la liberté contractuelle. En effet, admettre la réparation en nature pour inexécution d'une promesse, consiste à obliger le promettant à s'engager de nouveau auprès du bénéficiaire de la promesse et d'accepter de faire affaire avec lui s'il décide de lever l'option. Une telle solution consiste donc à forcer le promettant à respecter sa promesse et à éventuellement conclure le contrat avec le bénéficiaire de la promesse alors qu'il a exprimé par son comportement son choix de ne plus vouloir le faire. Or, en vertu de la

¹⁰³⁰*Id.*, par. 20.

¹⁰³¹J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 194, p. 308.

liberté contractuelle, nous l'avions vu¹⁰³², chaque cocontractant potentiel a le droit de ne pas conclure le contrat et de choisir son partenaire. La réparation en nature apparaît dans ce cas précis comme une violation de la liberté contractuelle du promettant. Cette remarque vaut également pour le pacte de préférence dans la mesure où autoriser une réparation en nature consisterait pour le juge à obliger le promettant à proposer en priorité le contrat au bénéficiaire du pacte alors qu'en refusant d'exécuter son pacte, le promettant a clairement démontré son choix de ne pas vouloir le faire¹⁰³³. Cet argument n'est pas très convaincant. Il peut être contrecarré puisque le promettant s'est obligé dès lors qu'il a conclu l'avant-contrat. De ce fait, il n'est plus vraiment libre et admettre ce dernier argument remettrait en cause le principe de la force obligatoire du contrat. L'état du droit québécois semble davantage s'expliquer par le fait que le législateur n'envisage le scénario où un contrat est conclu avec un tiers que comme une situation exceptionnelle, et dans ce cas, préfère privilégier la stabilité contractuelle.

¹⁰³²*Supra*, p. 82-93.

¹⁰³³Pour des illustrations en droit français voir : « On pouvait l'expliquer, déjà, par un certain attachement au principe de la liberté contractuelle qui fait s'opposer à la formation forcée d'un contrat, fût-ce au profit de celui bénéficiant d'un droit de préférence dès l'instant où, au moment de la conclusion, l'autre partie n'entend plus le conclure avec lui » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 817, p. 591). Voir dans le même sens : Geneviève VINEY, note sous Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007 et Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, *RDC* 2007, p. 741 ; Muriel FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », D. 2015.826. Comme l'indiquent en effet les professeurs Dissaux et Jamin, les détracteurs de l'exécution en nature des avant-contrats en cas de violation de ces derniers par le promettant considèrent « qu'il est impossible de forcer une personne à consentir à un contrat, ils soutiennent que réputer le contrat conclu en dépit de la rétractation du promettant consomme une atteinte disproportionnée au principe de la liberté contractuelle » (N. DISSAUX et Ch. JAMIN, préc., note 88, p. 30, sous l'article 1124).

Enfin, la réparation en nature en cas de violation d'un avant-contrat semble rejetée par ceux qui considèrent que les dommages et intérêts représentent le meilleur remède pour réparer le préjudice subi par le bénéficiaire déçu. En effet, le préjudice souffert en raison de l'inexécution d'un pacte de préférence ou d'une promesse de contrat est avant tout d'ordre pécuniaire. Dans ces conditions, seul l'octroi d'une somme d'argent pour compenser le préjudice semble approprié. De plus, une exécution en nature serait inefficace dans la mesure où la confiance entre les parties est rompue en raison du comportement du promettant. Comment imaginer alors les deux parties entrer dans une relation contractuelle qui dans certains cas s'étale sur plusieurs mois voire plusieurs années ? L'octroi de dommages et intérêts semble également plus approprié car permettre une réparation en nature du préjudice subi en substituant par exemple le bénéficiaire d'une promesse de contrat à un tiers, sanctionne davantage le tiers qui avait conclu un contrat avec le promettant que le promettant lui-même. La situation du tiers change considérablement puisqu'il est mis à l'écart de l'affaire conclue alors que le promettant reste lié par un contrat même si son cocontractant est différent. L'impact est donc bien plus néfaste pour le tiers que pour le promettant alors qu'en l'absence de mauvaise foi de la part du tiers, seul le promettant a mal agi¹⁰³⁴.

Les arguments en faveur de la solution québécoise semblent solides. Pourtant, nous considérons qu'ils ne sont pas pleinement satisfaisants. Il est selon nous nécessaire de questionner l'état du droit québécois actuel qui rejette en certaines circonstances la réparation en nature comme remède à la violation d'un avant-contrat qui a causé un préjudice au bénéficiaire de ce contrat préparatoire.

¹⁰³⁴J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 816, p. 590.

§ 2 : Un remède à envisager en droit prospectif québécois

Après avoir longtemps partagé la solution du droit québécois en matière de réparation suite à la violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse de contrat, le droit français s'en est éloigné depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 qui porte réforme du droit des contrats. Le droit français reconnaît désormais de manière générale la réparation en nature d'un préjudice subi en raison de la violation de ces avant-contrats. Il s'agit d'une différence marquante puisque le droit québécois n'admet pas la réparation en nature dans tous les cas et en particulier dans le cadre de la conclusion de la promesse avec un tiers.

Désormais, l'alinéa 2 de l'article 1123 du Code civil français dispose que :

« [L]orsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ».

Ainsi, à la différence du droit québécois, il est possible, en droit français, lorsque certaines conditions sont respectées, d'obtenir la réparation en nature. La réparation en nature en cas de violation du pacte de préférence permet au demandeur de formuler une action en nullité du contrat conclu avec un tiers ou la substitution au tiers. Pour ce faire, il faudra prouver que le tiers avait connaissance de l'existence du pacte de préférence et que le bénéficiaire de celui-ci avait l'intention de s'en prévaloir.

Cette nouvelle disposition représente une codification à droit constant puisqu'elle reprend l'état de la jurisprudence qui a connu un revirement important en 2006. Comme le soulignent les professeurs Ghestin, Loiseau et Sérinet, « la jurisprudence a évolué ces dernières

années »¹⁰³⁵ au sujet du pacte de préférence. Pendant longtemps, les juges, et notamment la Cour de cassation, refusaient d'admettre l'exécution en nature comme remède à la violation d'un pacte de préférence. La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation¹⁰³⁶ estimait par exemple que l'article 1142 du Code en vigueur à l'époque s'opposait à la substitution du bénéficiaire au tiers¹⁰³⁷. Au mieux, les juges annulaient-ils le contrat conclu de manière fautive avec un tiers lorsque celui-ci connaissait l'existence du pacte de préférence.

Cette solution a prévalu jusqu'au revirement de jurisprudence opéré par la chambre mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006¹⁰³⁸. Cette dernière a en effet considéré que lorsque le promettant contracte avec un tiers au mépris d'un pacte de préférence, le bénéficiaire de ce pacte peut réclamer non seulement la nullité du contrat, qui était parfois admise, mais aussi sa substitution au tiers lorsque ce dernier connaissait l'existence du pacte et l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir.

Concernant la question de la promesse de contrat, le nouvel article 1124 alinéa 2 du Code civil français dispose que « [l]a révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». L'alinéa 3 prévoit quant à lui que

¹⁰³⁵*Id.*, n° 813, p. 586. Voir aussi : Damien GRIMAUD, « L'exécution forcée des avant-contrats », dans Olivier DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 139.

¹⁰³⁶Civ. 3^{ème}, 30 avr. 1997, *Bull. civ. III*, n° 96, D. 1997.475, note Mazeaud, *Défrénois*, 1997.1007, obs. Delebecque, J.C.P. G. 1997.II.22963, note Thuillier, *RTD civ.* 1997.685, obs. Gautier, et 1998.98, obs. Mestre.

¹⁰³⁷Voir aussi : Req. 15 avr. 1902, S. 1902.1.316, *DP* 1903.1.38 ; Req. 12 janv. 1926, S. 1926.1.183, *DH* 1926.116 ; Civ 3^{ème}, 15 nov. 1972, *Bull. civ. III*, n° 616 ; Civ 3^{ème}, 22 avr. 1976, *Bull. civ. III*, n° 165.

¹⁰³⁸Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376 et n° 03-19496, *RTD civ.* 2006.550, obs. Mestre et Fages, D. 2006.1861, note Gautier et Mainguy, *RDC*, 2006.4.1080, obs. Mazeaud et 1131, obs. Collart Dutilleul, J.C.P. G. 2006.II.10142, obs. Leveneur, *Défrénois* 2006.1206, obs. Savaux.

« [l]e contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

Cet article reconnaît à double titre la réparation en nature comme remède à la violation d'une promesse de contrat et « participe d'une revalorisation de l'exécution en nature »¹⁰³⁹ de cet avant-contrat. Il permet non seulement d'annuler un contrat conclu avec un tiers de manière fautive mais considère également que le contrat envisagé par le promettant et le bénéficiaire de la promesse est réputé conclu dès lors que ce dernier décide de lever l'option dans les délais impartis et même si le promettant désirait ne plus faire affaire avec lui.

À travers cette nouvelle disposition, le législateur modifie considérablement le droit tel qu'il existait. Pour les professeurs Dissaux et Jamin, cet article « soulagera une grande partie de la doctrine qui prend ainsi sa revanche sur une jurisprudence qu'elle ne cessait vainement de critiquer »¹⁰⁴⁰ puisque « le texte vise à mettre à néant l'arrêt Cruz et ses suites »¹⁰⁴¹. En effet, depuis le célèbre arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁰⁴², il était admis que la révocation de la promesse par le promettant à l'intérieur du délai imparti au bénéficiaire de la promesse afin que ce dernier lève l'option, ne permettait pas d'obliger le promettant à conclure le contrat envisagé en cas de la levée d'option. Seule une réparation par équivalent

¹⁰³⁹N. DISSAUX et Ch. JAMIN, préc., note 88, p. 30, sous l'article 1124.

¹⁰⁴⁰*Id.*

¹⁰⁴¹Bernard HAFTEL, « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015.120.8.

¹⁰⁴²Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* I, n° 174, n° 91-10199.

permettait de sanctionner le comportement fautif du promettant. Cette décision qui a fait jurisprudence¹⁰⁴³ a été applaudie par peu d'auteurs¹⁰⁴⁴.

Ainsi, la majorité de la doctrine a défendu l'idée d'une réparation en nature en cas de violation d'un avant-contrat allant jusqu'à la substitution du bénéficiaire de la promesse au tiers. Nous partageons ce positionnement et considérons que l'évolution récente du droit français en la matière pourrait inspirer le droit québécois.

Plusieurs arguments militent en faveur d'un renversement du droit positif québécois afin que ce dernier admette, sous certaines conditions, l'exécution en nature comme remède à la violation d'un avant-contrat.

¹⁰⁴³Voir notamment : Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, *Bull. civ.* III, n° 77, n° 10-12.875, D. 2011.1457, note Mazeaud, *AJDI* 2012.55, obs. Cohet-Cordey, *RTD civ.* 2011.532, obs. Fages : « En application des articles 1101 et 1134 du code civil, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir et la possibilité d'obtenir la réalisation forcée de la vente » ; Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, *Bull. civ.* V, n° 69, n° 08-12.237, D. 2009.1020, *AJDI* 2010.72, obs. Prigent. Voir récemment : Civ. 3^{ème}, 12 juin 2013, n° 12-19105 : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».

¹⁰⁴⁴Notamment : Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85. *Contra* : le doyen Carbonnier qui suggère que le juge pourrait tenir de la loi et notamment de l'article 1135 du Code civil, le pouvoir de compléter le contrat (Soc. 24 mars 1958, obs. Carbonnier). Pour Sophie Menu, « dès l'instant que les pourparlers prennent une forme contractuelle, l'exécution en nature devrait - par respect des règles contractuelles applicables - naturellement s'imposer » (S. MENU, préc., note 988). De même, pour les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet, « [s]ont en jeu la plus ou moins grande efficacité de cet avant-contrat et, partant, son utilité comme instrument précontractuel » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 813, p. 587).

Tout d'abord, comme nous l'avons vu, le législateur québécois admet le principe de la réparation en nature dans le cadre de la vente immobilière en vertu de l'article 1712 du *Code civil du Québec*, dans la mesure où le promettant n'a pas vendu le bien à un tiers. La doctrine considère également que le principe de l'article 1604 doit s'appliquer dans les autres matières. Les tribunaux l'ont en effet appliqué en droit du travail, concernant une promesse d'embauche ou en matière de louage à l'occasion d'une promesse de bail. Cet état du droit n'est selon nous pas satisfaisant dans la mesure où il crée une inégalité entre les bénéficiaires d'une promesse de vente, d'achat, de bail ou d'embauche et les bénéficiaires de toute autre promesse de contrat. De plus, si le contrat a finalement été conclu avec un tiers, aucune réparation en nature ne sera possible.

Le fait que cette solution ne soit admise que dans des cas spécifiques et non de manière générale comme en droit français atténue de manière considérable l'autorité et donc l'utilité des avant-contrats. En effet, les avant-contrats sont, nous l'avons dit, des contrats à part entière¹⁰⁴⁵. Pour les professeurs Moore et Lluelles, « la promesse, qu'elle soit bilatérale ou même unilatérale, est un *contrat*. Pour être rigoureux, on devrait parler de "contrat de promesse de contracter" »¹⁰⁴⁶. De même, le professeur Cabrillac rappelle que « l'avant-contrat est un contrat, soumis à la théorie générale du contrat »¹⁰⁴⁷. L'un des principes fondamentaux du droit des contrats est la force obligatoire des contrats. Autrement dit, ces derniers doivent

¹⁰⁴⁵*Supra*, p. 70.

¹⁰⁴⁶D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 441, p. 214. Dans le même sens : « La promesse de contrat est elle-même un contrat ; elle fait partie de la famille des contrats préparatoires » (CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, préc., note 532, art. 1396, p. 1143) ou : « La promesse de contrat n'équivaut pas au contrat envisagé (mais *est un* contrat) » (Adrian POPOVICI, « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130, 133).

¹⁰⁴⁷R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 4

être correctement exécutés par les parties prenantes. La violation d'un avant-contrat représente une faute contractuelle ou une résiliation unilatérale de contrat prohibée par l'article 1439 du *Code civil du Québec* et justifie de fait, une réparation en nature. Dans ces conditions, nous ne voyons pas d'obstacles à ce que cette sanction soit également applicable en cas de violation d'une promesse de contrat ou d'un pacte de préférence et de conclusion du contrat avec un tiers. Il en va de la crédibilité de ces types de contrats¹⁰⁴⁸.

D'aucun pourrait soutenir que l'octroi de dommages et intérêts suffit. Il s'agit pourtant d'un remède moins efficace qu'une réparation en nature. En effet, l'argent n'est dans un tel cas de figure, qu'un équivalent très imparfait étant donné qu'il semble difficile pour le juge de déterminer le montant des dommages et intérêts à verser à la victime du comportement fautif de son ancien partenaire. Il s'avère délicat d'évaluer le préjudice subi étant donné que rien n'indique que le contrat, une fois conclu, aurait correctement été appliqué par les contractants ni s'il aurait permis d'en tirer de nombreux avantages. En cela, nous reprenons la remarque des professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet selon qui, « [l']efficacité du pacte de préférence serait certainement mieux assurée si sa violation pouvait donner lieu à une exécution forcée restaurant, au profit du bénéficiaire, le jeu de la préférence dont il a été privé »¹⁰⁴⁹.

La manière dont le droit québécois sanctionne actuellement la violation des avant-contrats les rapproche davantage du régime de l'offre que du contrat. Or, un avant-contrat n'est pas une

¹⁰⁴⁸Nous rejetons en revanche une telle solution dans le cadre d'une donation ou d'un prêt du fait de la nature même de ces contrats.

¹⁰⁴⁹J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 816, p. 590.

offre, il est un contrat¹⁰⁵⁰. À la différence d'une offre, un avant-contrat tel qu'un pacte de préférence ou une promesse de contrat a fait l'objet d'un consentement ferme et définitif. Bien que les avant-contrats ne représentent pas le contrat final envisagé parce que certaines conditions doivent encore être respectées, ils restent tout de même des contrats. Comme l'a très bien dit Madame Menu, « [c]e n'est pas parce que la phase est dite "précontractuelle" qu'il faut s'abstenir d'appliquer les principes les plus élémentaires : même durant cette période, il y a place à l'exécution en nature dès l'instant qu'existe un avant-contrat qui n'est autre qu'un contrat à part entière, non un "sous-contrat" »¹⁰⁵¹.

Ces divers arguments militent selon nous en faveur d'une évolution du droit québécois en la matière. La nuance que l'on pourrait néanmoins apporter réside dans l'efficacité pratique de l'implantation dans le droit québécois, de dispositions similaires au droit français. En effet, les conditions de preuve nécessaires afin d'admettre une réparation en nature d'un avant-contrat semblent particulièrement difficiles à mobiliser. L'application apparaît difficile et rare ce qui revient indirectement à considérer que la réparation en nature dans ce domaine n'est toujours pas un remède applicable. Effectivement, le contrat conclu entre le tiers et le débiteur de l'obligation de préférence ne pourra être annulé que lorsque le bénéficiaire de la promesse ou du pacte réussira à prouver que le tiers connaissait l'existence de l'avant-contrat et qu'il a contracté de mauvaise foi. Il doit également établir que le tiers connaissait l'intention du créancier d'exercer ses droits. Cette dernière condition de preuve est extrêmement stricte et semble particulièrement difficile à établir si bien que « certains l'ont qualifié de preuve

¹⁰⁵⁰ *Supra*, p. 16.

¹⁰⁵¹ S. MENU, préc., note 988.

impossible, diabolique »¹⁰⁵². Pourtant, si la preuve n'est pas suffisante, le juge ne pourra annuler le contrat conclu entre le tiers et le promettant.

Pour cette raison, le projet d'ordonnance proposait de supprimer cette dernière condition de preuve¹⁰⁵³. Ainsi, d'après le projet, la simple connaissance par le tiers de l'existence du pacte ou d'une promesse, suffisait à établir sa mauvaise foi et donc à obtenir la réparation en nature de l'avant-contrat.

L'ordonnance du 10 février 2016 ne retient toutefois pas cette idée et reprend de fait les conditions développées par la jurisprudence majoritaire, puisque, malgré les deux conditions posées, certaines décisions accordent gain de cause au demandeur. Par exemple, la réparation en nature fut accordée malgré ces conditions de preuve strictes dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹⁰⁵⁴. Plus récemment, la Cour de cassation l'a également admis dans un arrêt de la troisième chambre civile rendu le 3 janvier 2011¹⁰⁵⁵. Elle

¹⁰⁵²J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 818, p. 593 citant Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, *RTD civ.* 2007.366, note Gauthier.

¹⁰⁵³L'alinéa 2 de l'article 1125 du projet d'ordonnance dispose que « Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers qui en connaissait l'existence, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice subi ».

¹⁰⁵⁴La preuve a ainsi fonctionné dans : Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, *Bull. civ.* III, n° 25, D. 2007.2444, note Theron, J.C.P. G. 2007.II.10143, note D. Bert, J.C.P. E. 2007, n° 19, note Lecuyer, *RDC* 2007.70, obs. Mazeaud et 741, obs. Viney, *Défrénois* 2007, p. 1048, note Libchaber, *RTD civ.* 2007.366, obs. Gauthier, et p. 768, obs. Fages. D'autant que « la Cour de cassation s'en remettant, pour l'apprécier, au pouvoir souverain des juges du fond, il n'est pas exclu que ces derniers dégagent des données factuelles la double connaissance requise pour que la substitution puisse opérer » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 818, p. 593).

¹⁰⁵⁵Civ. 3^{ème}, 3 janv. 2011, *Bull. civ.* III, n° 185, n° 10-20936, D. 2011.2794, obs. Forest, J.C.P. G. 2012.63, obs. Gauthier, *AJDI* 2012.584, note Damas.

fut aussi admise dans le cadre d'un pacte de préférence¹⁰⁵⁶. Mais, comme le remarque le professeur Le Tourneau, « le sort du bénéficiaire d'une promesse unilatérale semble plus enviable que celui du bénéficiaire d'un pacte de préférence dès lors qu'il n'a qu'à rapporter la preuve de la connaissance de la promesse par ce tiers pour obtenir la nullité de la promesse »¹⁰⁵⁷.

Dans le cadre d'une réflexion relative à une éventuelle modification du droit québécois en matière de réparation en nature des avant-contrats, nous considérons qu'il est important de maintenir ces deux exigences de preuve car il ne faut pas qu'un tel remède soit admis trop facilement pour ne pas remettre en cause la stabilité contractuelle évoquée précédemment¹⁰⁵⁸. Comme l'a précisé le professeur Karim, « nous croyons que le contrat conclu entre le promettant et un tiers de mauvaise foi ne devrait pas être opposable au bénéficiaire d'une promesse de façon absolue »¹⁰⁵⁹. Nous croyons ainsi que la réparation en nature ne devrait pas être privilégiée en cas de violation d'une promesse de prêt. En tant que contrat réel, la réparation en nature apparaît conceptuellement impossible. De même, en ce qui concerne la promesse de donation, il y a une gêne à obliger le promettant à s'appauvrir en raison de son caractère gratuit.

Nous proposons donc de modifier la formulation actuelle de l'article 1397 du *Code civil du Québec* afin qu'elle se rapproche davantage de la formulation française. Ainsi, il serait opportun selon nous que l'article 1397 du *Code* se lise ainsi :

¹⁰⁵⁶Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2014, D. 2014.926, n° 13-13.949.

¹⁰⁵⁷Ph. Le TOURNEAU (dir.), préc., note 708, n° 3112.175, p. 1147.

¹⁰⁵⁸*Supra*, p. 324.

¹⁰⁵⁹V. KARIM, préc., note 548, n° 875, p. 392 sous l'article 1397.

« Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'une promesse de contracter, le bénéficiaire de celle-ci, peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu s'il prouve que le tiers connaissait l'existence de la promesse et son intention de s'en prévaloir.

« Le bénéficiaire de la promesse de contracter peut également formuler un recours en dommages-intérêts contre le promettant et le tiers qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier.

« Il en est de même d'un contrat conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence. ».

Nous l'avons vu, le droit québécois rejette en principe l'exécution en nature en cas de violation des pactes de préférence ou des promesses de contrat et de conclusion avec un tiers. Bien que nous ne soyons pas en faveur d'un tel rejet de principe en cas de pourparlers formalisés, nous le trouvons plus opportun dans le cadre de pourparlers non formalisés.

Section 2 : De la réparation en nature dans le cadre de pourparlers non formalisés

Les pourparlers non formalisés sont aussi l'occasion pour les parties en présence de commettre des fautes en adoptant un comportement contraire aux exigences de la bonne foi. Dans ce cadre, les fautes sont sanctionnées à travers le mécanisme de la responsabilité extracontractuelle.

Néanmoins, la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle ne mène généralement pas à une réparation en nature du préjudice subi par la victime. Seule une réparation par équivalent est accordée. Ainsi, nous verrons dans un premier temps que la réparation en nature est rejetée de manière unanime en matière d'obligation de faire (§ 1), mais qu'à nos yeux, elle pourrait être envisagée en cas d'obligation de ne pas faire (§ 2).

§ 1 : Un remède rejeté en matière d'obligation de faire

De manière générale, « les situations de fait en matière de responsabilité extracontractuelle se prêtent mal à une réparation en nature »¹⁰⁶⁰. Dans le cadre spécifique des pourparlers non formalisés, la réparation en nature du préjudice précontractuel n'est pas non plus adéquate. Elle consiste, en matière d'obligation de faire, à condamner l'auteur de la rupture à reprendre les négociations ou à conclure le contrat.

Un tel remède est rejeté tant en droit québécois, français qu'allemand¹⁰⁶¹. Comme la majorité de la doctrine, nous ne sommes pas favorables à un tel remède. Admettre comme voie de la réparation d'un préjudice précontractuel l'exécution en nature d'une obligation de faire, soit le fait de reprendre les négociations ou *a fortiori* de conclure le contrat, n'est pas souhaitable. Tout d'abord, il s'agit d'un remède peu efficace. Si l'un des partenaires a décidé de rompre les pourparlers, c'est souvent parce qu'il n'a plus envie de faire affaire avec son ancien partenaire

¹⁰⁶⁰J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-331, p. 371.

¹⁰⁶¹Pour le professeur Mazeaud, « les corps de règles comparés convergent plus qu'ils ne divergent. En principe, la victime d'une rupture déloyale d'une négociation contractuelle ne peut pas exiger que son partenaire de mauvaise foi soit condamné à reprendre la négociation déloyalement rompue ou à conclure le contrat négocié » (D. MAZEAUD, préc., note 524, à la p. 21). Pour les professeurs Ghestin, Loiseau et Sérinet : « [t]ous les auteurs s'accordent à écarter la conclusion forcée du contrat à titre de réparation » (J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 753, p. 544). Voir dans le même sens : « la doctrine française est très majoritairement hostile à une conclusion forcée du contrat à titre de réparation » d'un préjudice précontractuel (L. NAU, préc., note 97, à la p. 131). La rupture fautive des pourparlers « ne peut conduire qu'à des dommages-intérêts, non à la conclusion du contrat » (A. BÉNABENT, préc., note 431, n° 81, p. 76). *Contra* : le professeur Jourdain qui semble ouvert à cette possibilité (P. JOURDAIN, préc., note 505). De plus, cette solution est parfois admise en droit néerlandais comme le précise le professeur Cabrillac : « A titre exceptionnel, le droit néerlandais permet au juge d'imposer aux parties contractantes en vue de la conclusion d'un contrat si les pourparlers étaient parvenus à une phase finale » (R. CABRILLAC, préc., note 11, nbp 75 p. 22).

à la négociation. L'on imagine difficilement comment le fait d'obliger par injonction du juge les parties à reprendre le fil des négociations parce qu'elles ont été rompues fautivement contribuerait à la conclusion du contrat final. Également, les pourparlers sont achevés en raison de la faute commise par l'ancien partenaire à la négociation. La confiance est rompue alors qu'elle est, nous l'avons vu¹⁰⁶², essentielle pour des pourparlers réussis. Comme le souligne la professeure Lefebvre, « il nous apparaît assez irréaliste que la sanction de cette dernière puisse résider en une exécution en nature telle la poursuite de négociations. En effet, l'échec des négociations démontre que les parties ne sont plus disposées à discuter ensemble »¹⁰⁶³. De même pour la professeure Guillemard, « [s]ur le plan humain et psychologique, il est facile de comprendre que de contraindre le débiteur récalcitrant à faire un geste qu'il refuse de faire volontairement et de bonne grâce est difficile : "*One can bring a horse to the water but nobody can make it drink*" »¹⁰⁶⁴. À cette dernière de poursuivre : « [d]e plus, une telle solution est souvent peu souhaitable pour les relations subséquentes entre les partenaires. L'esprit de coopération indispensable à la négociation implique non seulement la bonne foi de chacun mais aussi la bonne volonté de part et d'autre »¹⁰⁶⁵.

De surcroît, obliger les parties à conclure le contrat pour lequel les négociations ont été engagées ne nous semble pas non plus souhaitable. Une telle mesure contrevient au sacro-saint principe de liberté contractuelle. Les pourparlers sont le moment où la liberté contractuelle

¹⁰⁶²Supra, p. 152-158.

¹⁰⁶³B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 129.

¹⁰⁶⁴S. GUILLEMARD, préc., note 48, 61. Le professeur Mousseron est en faveur de la réparation en nature mais dans des conditions très strictes : « S'il y a (...) simple retard dans l'engagement de la négociation et que celle-ci conserve son intérêt, la partie intéressée peut (...) demander au juge l'exécution forcée par le cocontractant de son obligation de négocier (...) » (J. M. MOUSSERON, préc., note 260, à la p. 509).

¹⁰⁶⁵S. GUILLEMARD, préc., note 48, 61.

doit être préservée. Imposer aux parties en présence qu'elles concluent un contrat semble inenvisageable. Nous l'avons vu¹⁰⁶⁶, la liberté contractuelle et plus spécifiquement la liberté précontractuelle implique que chacun des négociateurs est libre de ne pas contracter. Obliger les parties à conclure le contrat contreviendrait donc à ce principe pourtant essentiel. Si une telle sanction était admise en droit québécois, on serait à même de penser que les parties seraient plus réticentes à engager des pourparlers.

Cette idée est également partagée par la doctrine française. Comme l'a précisé une auteure, « [c]elle-ci consisterait, en effet, dans la conclusion forcée du contrat, à l'encontre de la volonté de l'une des parties qui, par hypothèse, ne souhaite plus contracter. (...) Dans le domaine contractuel le juge n'a pas, en effet, le pouvoir de substituer sa volonté à celle des contractants »¹⁰⁶⁷. Le professeur Cabrillac considère également que « cette solution nous semble difficile à mettre en œuvre. D'un point de vue fondamental, elle heurterait la liberté contractuelle »¹⁰⁶⁸.

Dans le même temps, le professeur précise que « d'un point de vue pratique, on imagine mal l'avenir d'un contrat inachevé et virtuel qui deviendrait lien parfait et obligatoire par le seul coup de baguette magique du juge »¹⁰⁶⁹. Cette limite à une réparation en nature en cas de violation d'une obligation de faire a également été soulevée par la professeure Lefebvre selon qui « [i]l ne saurait être question de conclure à la formation du contrat en cas de manquement

¹⁰⁶⁶*Supra*, p. 82 et suiv.

¹⁰⁶⁷J. SCHMIDT, préc., note 749, 554.

¹⁰⁶⁸R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 22.

¹⁰⁶⁹*Id.*

à cette obligation. Les parties n'étant pas parvenues à une entente, il n'y a pas eu accord de volontés. Le critère de la notion de contrat n'est pas atteint »¹⁰⁷⁰.

Nous pourrions croire que le droit allemand propose une solution différente du droit québécois et français. Comme nous l'avons précisé lorsque nous abordions la question de la nature de la responsabilité¹⁰⁷¹, le droit allemand, contrairement aux autres systèmes juridiques étudiés, prévoit que la responsabilité découlant des pourparlers, qu'ils soient formalisés ou non, sera toujours de nature contractuelle. De ce fait, le préjudice devra être réparé suivant les conditions posées par la théorie contractuelle et non extracontractuelle. Comme le soulignent des auteurs, un préjudice « *can be compensated, if at all, only through the law of contract* »¹⁰⁷². Or, le principe général en matière de réparation d'un préjudice de nature contractuelle est « celui de la réparation en nature (*Herstellungsprinzip, §249*) »¹⁰⁷³. Néanmoins, ce remède n'a été appliqué que dans de rares cas qui ne concernent pas directement notre domaine d'étude.

Ainsi, la *Bundesarbeitsgericht* qui représente la Cour fédérale du travail a admis qu'un employeur devait être considéré comme ayant conclu le contrat à durée indéterminée qu'il avait fait miroiter durant les négociations, alors qu'il n'avait à la fin des négociations conclu qu'un contrat à durée déterminée avec le cocontractant¹⁰⁷⁴. La pertinence de cet arrêt doit toutefois être relativisée dans la mesure où il ne s'agit dans ce cas d'espèce pas de la

¹⁰⁷⁰B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 155.

¹⁰⁷¹*Supra*, p. 82 et suiv.

¹⁰⁷²B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 97. Nous soulignons.

¹⁰⁷³Cl. WITZ, préc., note 144, p. 114.

¹⁰⁷⁴BAG *DB* 1995, 2347. Voir également : BGH, 24 juin 1998, *NJW* 1998, p. 2900 et s. cité dans W.-T. SCHNEIDER, préc., note 751, 967.

réparation d'un préjudice intervenu en raison de la rupture des pourparlers mais d'un préjudice subi à la suite des négociations, lorsqu'un contrat décevant par rapport à ce qui avait été décidé durant les pourparlers a été conclu.

Le droit allemand rejoint donc le droit québécois et français en ce qu'il rejette en principe que le préjudice découlant des pourparlers bénéficie d'une réparation en nature. Ainsi, comme l'a souligné la professeure Nau, « [l]'exécution forcée du contrat en guise de réparation en nature n'est, pas plus qu'en droit français, une solution aisément admise »¹⁰⁷⁵. Cette solution a d'ailleurs été très tôt défendue par la doctrine et notamment par Rudolf von Jhering pour qui « la nullité du contrat exclut bien l'action en exécution de celui-ci, mais non l'action en dommages-intérêts du chef de la *culpa* »¹⁰⁷⁶. Elle a été à plusieurs reprises confirmée par la jurisprudence selon laquelle la partie lésée, ne peut dans aucune hypothèse demander la conclusion du contrat¹⁰⁷⁷.

Dans ces conditions, le seul remède applicable pour réparer un préjudice découlant de pourparlers non formalisés est l'octroi de dommages et intérêts. Nous considérons pour autant que le rejet de la réparation en nature n'est pas pleinement satisfaisant. Nous estimons effectivement que dans certains cas, la réparation en nature peut être un remède envisageable notamment dans le cadre d'une obligation de ne pas faire.

¹⁰⁷⁵L. NAU, préc., note 97, à la p. 131.

¹⁰⁷⁶R. von JHERING, préc., note 147, p. 5. Pour de la doctrine plus récente voir notamment : B. DAUNER-LIEB, « Kodifikation von Richterrecht », dans W. ERNST et R. ZIMMERMANN (éd.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 305 et suiv., spéc. p. 317 et suiv. ; R. SCHULZE in H. DÖRNER et al., *BGB-Handkommentar*, 2^{ème} éd., Nomos, Baden-Baden, § 311 n° 25 ; H. HEINRICHS, dans PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61^e éd., C. H. Beck, Munich, 2002, § 311 (Ergänzungsband), n° 49 et suiv.

¹⁰⁷⁷BGH *WM* 1955, 728, 729 ; *NJW* 1965, 812, 814 ou BGH, 25/11/1992, BGHZ 120, 281 (284 et suiv.).

§ 2 : Un remède à envisager en matière d'obligation de ne pas faire

L'article 1601 du *Code civil du Québec* dispose que l'exécution en nature peut intervenir « quand les cas le permettent ». Nous pensons que la violation d'une obligation de ne pas faire durant ou à la suite des pourparlers, peut conduire à une réparation en nature. Il s'agit selon nous d'un cas qui permet un tel remède.

L'argument principal qui milite contre l'admission en droit québécois de la réparation en nature d'une obligation de faire est que cette obligation, dans le cadre des pourparlers, revêt un caractère *intuitu personae*. Autrement dit, elle « implique la personne même du débiteur, repose sur ses caractéristiques personnelles, ses aptitudes et sur la confiance entre les parties »¹⁰⁷⁸. Obliger un ancien partenaire à la négociation qui n'a pas respecté une de ses obligations de faire revient, nous l'avons dit, à le forcer à reprendre la négociation ou bien à conclure le contrat envisagé. Ce n'est pas envisageable car cela heurte directement des principes essentiels comme la liberté contractuelle. En effet, « plus [l'obligation de faire] implique la personne même du débiteur, plus il sera difficile d'obtenir l'exécution en nature tant parce qu'il serait impossible, dans les faits, d'en assurer l'exécution ou une exécution efficace basée sur la confiance entre les parties, que parce que celle-ci contrarierait les droits et libertés fondamentales du débiteur »¹⁰⁷⁹.

Or, cet argument ne tient pas lorsqu'il s'agit de réparer en nature la violation d'une obligation de ne pas faire. Une telle réparation n'implique pas autant la personne dont le comportement est contesté. Parmi les obligations de ne pas faire, figure l'obligation de confidentialité. En

¹⁰⁷⁸CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, préc., note 532, art. 1601, p. 1330.

¹⁰⁷⁹*Id.*

vertu de cette obligation, chacune des parties en présence est tenue durant ou à la suite des pourparlers, de conserver le secret relatif aux informations confidentielles ou sensibles délivrées dans le but de faire avancer la négociation. Si l'une des parties contrevient à cette obligation de ne pas faire en dévoilant certaines de ces informations, et lorsque l'autre partie qui détient à l'origine celles-ci s'en rend compte, elle peut, à nos yeux, demander au juge qu'il empêche la partie fautive d'agir de la sorte. Comme l'a expliqué le professeur Cabrillac, « un juge pourra enjoindre à l'une des parties de cesser un usage détourné d'informations confidentielles communiquées lors des pourparlers »¹⁰⁸⁰. La victime d'un tel comportement souffre certes déjà d'un préjudice, mais ce dernier sera limité dans la mesure où le juge interdira pour l'avenir la partie fautive de continuer à dévoiler ces informations à d'autres personnes.

Obliger de la sorte l'ancien partenaire à la négociation à ne plus délivrer les informations confidentielles transmises durant les pourparlers ne contrevient selon nous pas aux libertés fondamentales de la personne fautive. Cela n'implique pas directement sa personne, ses libertés et ses droits sont respectés malgré une injonction de ne plus agir fautivement. Un tel remède permet au créancier de « préserver ses droits pour l'avenir, même si un acte partiel d'inexécution déjà posé par le débiteur ne pourra être réparé en nature »¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸⁰R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 22. La professeure Lefebvre précise que dans ce cadre, les tribunaux appliquent la théorie du tremplin en déterminant combien de temps il aurait pris à l'ancien partenaire fautif pour arriver aux mêmes fins si l'information n'avait pas été utilisée. Cela leur permet ensuite de formuler une injonction afin de ne plus utiliser cette information pour une période équivalente à la durée déterminée » (B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 156).

¹⁰⁸¹J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 741, p. 872.

On perçoit ici la différence très marquée entre le fait d'obliger une partie à reprendre les négociations ou à conclure le contrat final et le fait de l'obliger à ne plus délivrer d'informations confidentielles sans l'autorisation de l'émetteur de celles-ci. La situation est similaire lorsque l'ancien partenaire à la négociation ne délivre pas à autrui les informations confidentielles ou sensibles mais s'en sert pour servir son propre intérêt comme pour fabriquer un produit ou bien développer un concept ou une idée. Se contenter d'un simple octroi d'une compensation pécuniaire ne permettrait pas de réparer adéquatement le préjudice subi ou de prévenir sa répétition.

Comme l'a souligné le professeur Cabrillac, « d'autres formes de réparation en nature semblent possibles »¹⁰⁸². Ainsi, si des négociations parallèles ont été entreprises en méconnaissance de l'obligation d'exclusivité, il est théoriquement possible de condamner le débiteur à les cesser. Encore faut-il prouver l'existence de ces négociations.

Enfin le juge pourrait sanctionner la violation par un ancien partenaire à la négociation de l'obligation de ne pas causer de préjudice au partenaire déçu en obligeant le défendeur à ne plus tenir des propos qui portent atteinte à sa réputation. Ainsi, comme le précisent les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, « les tribunaux ont (...) parfois ordonné la radiation de mentions diffamatoires dans des livres ou registres officiels, la diffusion ou la publication du jugement condamnant l'auteur de ces propos, ou accordé une injonction pour empêcher la diffusion de ceux-ci »¹⁰⁸³.

¹⁰⁸²R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 22.

¹⁰⁸³J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-332, p. 372 et 373.

Bien que la réparation en nature afin de sanctionner la violation d'une obligation de ne pas faire semble pertinente à plusieurs égards, elle reste difficile à appliquer. Comme l'a justement indiqué la professeure Guillemard, « même si en théorie, les obligations de ne pas faire se prêtent plus facilement à une exécution en nature, le simple fait de l'inexécution rend le recours en exécution en nature illusoire lorsque l'acte posé n'est pas susceptible d'être détruit »¹⁰⁸⁴.

Ainsi, bien souvent, seule la réparation par équivalent est admise afin de sanctionner le comportement fautif d'un ancien partenaire à la négociation qui a causé un préjudice à son cocontractant potentiel. Un tel constat se vérifie d'autant plus « qu'en pratique, le créancier lui-même préfère souvent se contenter de dommages-intérêts »¹⁰⁸⁵ ce qui explique que « [l]es tribunaux privilégient normalement l'octroi de dommages-intérêts »¹⁰⁸⁶.

Chapitre 2 : La réparation par équivalent, un remède fréquent

La réparation en nature ne représente pas nécessairement le remède le plus efficace afin de réparer un préjudice découlant des pourparlers. De ce fait, la réparation par équivalent est souvent le remède privilégié. Ainsi, comme l'indique la professeure Guillemard, « [l]a sanction imposée, s'il y a lieu, est toujours le paiement d'une somme d'argent »¹⁰⁸⁷ puisqu'elle

¹⁰⁸⁴S. GUILLEMARD, préc., note 48, 62.

¹⁰⁸⁵J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, préc., note 31, n° 731, p. 858.

¹⁰⁸⁶B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 156 et 157.

¹⁰⁸⁷S. GUILLEMARD, préc., note 48, 60. Pour les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, « [l]a compensation pécuniaire constitue (...) en matière de responsabilité la règle générale » (J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-332, p. 371). Pour la jurisprudence, voir : *Trizec Equities*

« semble la plus appropriée »¹⁰⁸⁸. Cette solution est partagée par d'autres droits comme en droit allemand au sujet duquel Jhering soulignait déjà qu'« [i]l ne reste donc comme objet de l'action que l'*interesse du demandeur* »¹⁰⁸⁹.

La réparation par équivalent consiste dans le versement de dommages et intérêts à la victime d'une faute commise durant ou lors de la rupture des pourparlers formalisés ou non formalisés. Cet octroi se fait généralement sous la forme d'une somme d'argent payable au comptant et qui représente « la traduction pécuniaire du préjudice subi »¹⁰⁹⁰.

L'octroi de dommages et intérêts est donc un remède au préjudice découlant des pourparlers applicable dans le cadre d'une action en réparation de nature contractuelle ou extracontractuelle¹⁰⁹¹. Toutefois, notre étude se concentrera sur l'octroi de dommages et intérêts à travers une action extracontractuelle. Plusieurs raisons motivent notre choix. Tout d'abord, les règles en la matière sont similaires¹⁰⁹². Effectivement, que l'on soit en présence

Ltd. c. Hassine, J.E. 83-89 (C.S.) ; (1990) 27 Q.A.C. 167 ; *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541.

¹⁰⁸⁸R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 22.

¹⁰⁸⁹R. von JHERING, préc., note 147, p. 16.

¹⁰⁹⁰J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-331, p. 371.

¹⁰⁹¹L'article 1457 du *Code civil du Québec* le prévoit pour l'action extracontractuelle alors que l'article 1458 s'intéresse à l'action contractuelle. Plus spécifiquement, l'article 1397 dispose que le bénéficiaire d'une promesse de contrat ou d'un pacte de préférence peut intenter un recours en dommages-intérêts contre le promettant dès lors que ce dernier n'a pas respecté les engagements contenus dans ces contrats préparatoires. Pour le droit français : l'article 1231-1 du *Code civil* dispose que « [l]e débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

¹⁰⁹²La principale différence qui existe entre l'action contractuelle en dommages et intérêts et l'action extracontractuelle en dommages et intérêts est qu'en cas d'action contractuelle en dommages et intérêts, les dommages sont limités au seul préjudice prévisible sauf, parfois, en cas de faute contractuelle intentionnelle ou de faute lourde (1613 *C.c.Q.* : « En matière contractuelle, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui

d'une action contractuelle ou extracontractuelle en dommages et intérêts, les juges vont statuer sur la réparation de la perte subie et du gain manqué¹⁰⁹³. De plus, nous l'avons soulevé lors du Titre précédent relatif à la nature de la responsabilité découlant des pourparlers¹⁰⁹⁴, le contentieux précontractuel est majoritairement de nature extracontractuelle si bien qu'en pratique, l'action en réparation sera souvent extracontractuelle.

ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par sa faute intentionnelle ou par sa faute lourde qu'elle n'est point exécutée; même alors, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution »). Dans le cadre d'une action extracontractuelle, le préjudice, même imprévisible, peut être réparé. En effet, « en matière de responsabilité extracontractuelle, tous les dommages directs, indépendamment de leur caractère de prévisibilité, [doivent] être accordés » (J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-333, p. 374). Pour le droit français voir l'article 1231-3 qui dispose que « [l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». L'autre différence réside dans le fondement et la nature de l'action en réparation : comme son nom l'indique, l'action contractuelle en réparation trouve son origine dans l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat, alors que l'action extracontractuelle en réparation sera fondée sur l'adoption d'un comportement contraire aux exigences de la bonne foi dans les pourparlers sans que ces derniers n'aient besoin d'être formalisés. Enfin, la présence d'une clause pénale peut impacter une action contractuelle en réparation (1622 et 1623 *C.c.Q.*) alors que cette hypothèse est exclue pour une action de nature extracontractuelle pour laquelle, par principe, aucune clause pénale n'a pu être conclue entre les parties.

¹⁰⁹³L'article 1611 du *C.c.Q.* dispose que « [l]es dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé ». En droit français, l'article 1231-2 dispose que « [l]es dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ». Une interprétation de l'esprit du texte de ces dispositions nous permet de les appliquer à une action extracontractuelle en réparation. Le paragraphe 249 (1) du *BGB* explique que la réparation permet de rétablir « l'état des choses qui aurait existé si le fait générateur de l'obligation n'était pas survenu ». Pour Jhering, « [l]es suites préjudiciables des *actions* que le demandeur a faites à l'occasion du contrat peuvent consister en pertes positives ou en gain perdu » (R. von JHERING, préc., note 147, p. 18 à 21).

¹⁰⁹⁴*Supra*, p. 226 et suiv.

La professeure Schmidt a souligné que :

« le dommage précontractuel ne présente pas d'originalité par rapport à celui ordinairement réparable dans le cadre de la responsabilité délictuelle. Loin de chercher à lui découvrir une physionomie particulière, la jurisprudence le soumet aux conditions classiques exigées du dommage réparable »¹⁰⁹⁵.

Cette remarque est également transposable en droit québécois. Ainsi, afin d'obtenir réparation de son préjudice, la victime présumée d'un dommage découlant des pourparlers devra prouver que le préjudice subi est « une suite immédiate et directe »¹⁰⁹⁶ de la faute commise par son ancien partenaire à la négociation. Dans le même sens, les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet ont expliqué que « [l]a rupture abusive des pourparlers ne suffit pas à autoriser l'allocation de dommages et intérêts. Il faut encore que le demandeur justifie d'un préjudice »¹⁰⁹⁷.

Le dommage précontractuel ne présente certes pas d'originalité par rapport à un dommage extracontractuel mais soulève néanmoins certaines difficultés. Principalement, la mesure ou l'étendue de la réparation par équivalent du préjudice découlant des pourparlers ne semble pas avoir été arrêtée en droit québécois. Cette question est pourtant centrale puisqu'elle comporte des conséquences pratiques importantes pour les justiciables. Comme l'a précisé la professeure Nau, « [l]'intérêt pratique de la question ne fait aucun doute, il suffit d'imaginer quelles pourront être, selon le cas, les répercussions financières concrètes »¹⁰⁹⁸. C'est pourquoi, l'objectif que nous nous sommes fixé pour ce chapitre relatif à la réparation par

¹⁰⁹⁵J. SCHMIDT, préc., note 749, 550.

¹⁰⁹⁶1607 C.c.Q.

¹⁰⁹⁷J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 753, p. 544.

¹⁰⁹⁸L. NAU, préc., note 97, à la p. 128.

équivalent est d'analyser la question des chefs de préjudice admis en cas de faute commise durant les pourparlers ou lors de la rupture de ces derniers.

Dans la mesure où le droit commun nous enseigne que tout justiciable peut réclamer la réparation de la perte subie et du gain manqué¹⁰⁹⁹, nous confronterons ces chefs de préjudice afin de déterminer s'ils s'appliquent également au dommage découlant des pourparlers. Pour ce faire, nous aborderons tout d'abord la question de la réparation de la perte subie ou le « passé précontractuel » (Section 1), avant de nous concentrer sur la question beaucoup plus délicate de la réparation du gain manqué ou du « futur précontractuel » (Section 2).

Section 1 : La réparation de la perte subie ou le « passé précontractuel »

Le droit québécois reconnaît la réparation de la perte subie. La perte subie représente donc le premier chef de préjudice réparable en cas de faute précontractuelle. Cet état du droit est partagé par le système juridique français et allemand bien que ce dernier parle davantage d'« intérêt négatif », d'« intérêt à la non-conclusion du contrat », ou de *Vertrauensschaden*.

Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, l'article 1457 alinéa 2 reconnaît trois catégories de dommages. Dans le cadre des pourparlers précontractuels, la notion de dommage corporel semble difficilement mobilisable. Effectivement, il est peu probable qu'un des partenaires à la négociation d'un contrat s'attaque à l'intégrité corporelle de son interlocuteur. D'ailleurs, une revue de la jurisprudence nous a permis de constater qu'aucune action en

¹⁰⁹⁹L'article 1611 du *Code civil du Québec* dispose que « [l]es dommages-intérêts dus au créancier comprennent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé ».

réparation d'un dommage corporel n'a été formulée au Québec ni en France dans ce contexte¹¹⁰⁰.

La perte subie permet de replacer la victime d'un préjudice découlant des pourparlers dans la situation qui était la sienne avant l'initiation des négociations et que ses espoirs en la réussite des pourparlers n'aient été déçus. Le professeur Karim précise en effet qu'« [e]n règle générale, les dommages-intérêts sont limités à ce qui est nécessaire pour replacer la partie lésée dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle n'avait pas entamé des négociations avec la partie responsable de la rupture »¹¹⁰¹. En cela, la perte subie, qui représente le « passé précontractuel »¹¹⁰², inclut non seulement la réparation du préjudice matériel comme les frais engagés ou les dépenses occasionnées durant les pourparlers ou à la suite de la rupture fautive de ces derniers (§ 1), mais aussi la réparation du préjudice moral comme les dommages liés à une atteinte à l'image, à la réputation ou à des propos injurieux (§ 2).

¹¹⁰⁰Le droit allemand emploie la théorie de la *culpa in contrahendo* pour une chute dans un magasin à cause d'une feuille de salade. En cela, il y a eu préjudice corporel causé par une faute précontractuelle. Voir : Reichsgericht *RGZ* 78, 239 n° 25 ou BGH *NJW* 1962, 31 ; BGHZ 66, 51 n° 26.

¹¹⁰¹V. KARIM, préc., note 548, 460.

¹¹⁰²Nous empruntons cette expression aux professeurs Mestre et Fages (Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, « Un grand arrêt relatif aux pourparlers. Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00.10-949 », *RTD civ.* 2004.80).

§ 1 : Le préjudice matériel

Les professeurs Popovici et Lacroix définissent le dommage matériel comme des « inconvénients, ennuis et troubles subi à la suite d'un fait préjudiciable »¹¹⁰³. Plus précisément, la jurisprudence spécifie qu'il « découle de l'atteinte à un bien faisant partie du patrimoine de la victime »¹¹⁰⁴. Le dommage matériel est donc principalement d'ordre patrimonial¹¹⁰⁵ et revêt de ce fait un aspect économique ou financier.

Dans le cadre spécifique des pourparlers, le préjudice matériel comprend non seulement les dépenses occasionnées dans le cadre de la négociation (A), mais aussi le temps perdu (B), la perte subie du fait d'un manquement à l'obligation de confidentialité (C) ou encore le préjudice souffert en raison de l'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté avec le cocontractant fautif (D). Alors que nous considérons que les dépenses engagées durant les pourparlers, la perte subie du fait d'un manquement à l'obligation de confidentialité et l'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté avec le cocontractant fautif constituent de véritables chefs de réclamation, nous sommes plus réticents quant à la réparation du temps perdu pourtant parfois admise par la doctrine et la jurisprudence.

¹¹⁰³ Adrian POPOVICI et Mariève LACROIX, « Les dommages-intérêts généraux-*oblivio aut omissio balduni* ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 891, aux p. 907 et 908.

¹¹⁰⁴ *Cinar corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73.

¹¹⁰⁵ Pour une définition du terme de « dommage », voir CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 164, « Dommage », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/search>>.

A) Les dépenses occasionnées durant les pourparlers

Les dépenses occasionnées durant les pourparlers constituent le chef de préjudice le plus souvent réclamé par les victimes d'une faute commise durant ou lors de la rupture des pourparlers. Ces dépenses sont de nature diverse¹¹⁰⁶. Il peut s'agir des frais de déplacements¹¹⁰⁷, d'aménagement des locaux¹¹⁰⁸ ou de l'acquisition de matériel par les cocontractants potentiels. Ces frais peuvent avoir été déboursés pour le recours à des spécialistes comme du personnel administratif, des experts ou des négociateurs professionnels. La catégorie des dépenses occasionnées durant les pourparlers inclut aussi les frais d'études¹¹⁰⁹, d'audits précontractuels, de projets ou de publicité ou les frais nécessaires à la préparation de devis ou d'un bilan *pro forma*. Certaines de ces dépenses concernent davantage les frais liés à la rupture des pourparlers tels que les frais relatifs à la recherche d'un nouvel emploi, les frais de recours en urgence au service d'un tiers ou tout autre trouble ou ennui que la rupture engendre¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁶Pour des exemples de frais engagés par suite de la conclusion ou de l'exécution du contrat voir Jhering qui inclut dans ces dépenses réparables « les frais de timbre, de notaire, d'enregistrement, les frais d'emballage, d'expédition, d'entrepôt, de douanes, de pourboires usuels etc., les impenses faites par l'acheteur à la chose vendue, par le bailleur ou par le locataire (selon le cas) à la chose louée, les dépenses faites par le mandataire en vue de l'exécution du mandat, la garantie du chef d'éviction restée à son acheteur par le demandeur qui a revendu la chose » (R. von JHERING, préc., note 147, p. 18 à 21).

¹¹⁰⁷Com. 20 mars 1972, préc., note 137.

¹¹⁰⁸Pour un exemple en droit français voir : Civ. 3^{ème}, 3 oct. 1971, *Thémexpress* n° 46 ; Civ. 3^{ème}, 3 oct. 1972, *Bull. civ.* III, n° 491.

¹¹⁰⁹Com, 7 janv. 1997, D. 1998.45, note Chauvel.

¹¹¹⁰*Blum-Lussier c. Lirange*, préc., note 567, par. 121 : elle réclame aussi une somme de 50 000 dollars pour troubles, ennuis et inconvénients. D'après l'arrêt, « [l]a preuve révèle que la demanderesse a dû accomplir de nombreuses démarches afin de retourner l'équipement installé ou à tout le moins livré et devenu non nécessaire en raison de la faute du défendeur, ou le vendre, dans les cas où elle ne pouvait le retourner. Elle a dû, également,

Le droit québécois, français et allemand s'accordent à réparer les dépenses occasionnées durant ou lors de la rupture des pourparlers¹¹¹¹.

L'affaire *Blum Lussier c. Lirange*¹¹¹² permet d'illustrer notre propos. Cette affaire concerne Monsieur Blum Lussier, demandeur, qui réclame du défendeur, Monsieur Lirange, 149 533 dollars à titre de dommages pour bris d'une entente de location d'une érablière. Des négociations ont été initiées entre les parties au sujet de la location d'un sous-bois composé d'érables afin de les exploiter. Le défendeur a remis au demandeur une photocopie d'un ancien projet de convention de bail en faveur de tiers, visant son érablière. Sur cette base, le notaire du demandeur prépare un premier projet de contrat de bail puis un deuxième à intervenir entre le défendeur et son client. Dans le même temps, le demandeur pose plusieurs gestes en vue de la réalisation de la transaction comme le prolongement du chemin d'accès à la propriété de la demanderesse jusqu'au site de la future cabane à sucre ou l'aménagement d'un autre chemin dans le prolongement du premier en faisant appel notamment à une compagnie d'excavation. Le demandeur a également commandé l'équipement acéricole nécessaire à l'exploitation du sous-bois. Malgré de telles démarches, le défendeur décide, quelques semaines plus tard, de rompre les pourparlers et refuse de conclure le bail avec le demandeur.

plutôt que de consacrer tout son temps à son centre équestre, occuper des emplois à l'extérieur et travailler régulièrement jusqu'à 7 jours sur 7, simplement pour rencontrer ses obligations envers la Caisse populaire St-Fortunat et éviter la faillite. Elle a dû, enfin, accomplir de nombreuses démarches afin de dénicher une autre érablière, afin de limiter ses dommages au moins en partie. Pour ces motifs, le tribunal juge approprié d'octroyer à la demanderesse une somme de 15 000 \$ ».

¹¹¹¹Les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore ont souligné que « les dépenses engagées dans le cadre de la négociation constituent des dommages qui peuvent être accordés » (J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 144, p. 107).

¹¹¹²*Blum-Lussier c. Lirange*, préc., note 567.

Saisi de cette action, l'honorable Georges Taschereau, juge à la Cour supérieure, statue en faveur du demandeur. Il considère que les pourparlers ont été rompus fautivement. Il ordonne de ce fait au défendeur de rembourser les frais engendrés par le demandeur en vue de la conclusion du bail de location à intervenir dans la mesure où Monsieur Blum Lussier n'aurait pas engagé de telles dépenses s'il avait su qu'il ne pourrait exploiter l'érablière de Monsieur Lirange. Le juge réduit néanmoins ces dépenses à un montant de 59 646 dollars¹¹¹³.

Plus récemment, l'honorable Marie-France Bich, juge à la Cour d'appel, a estimé dans l'affaire *Singh c. Kohli*¹¹¹⁴ que la violation du devoir de négociier de bonne foi pouvait engendrer l'obligation d'indemniser les dépenses occasionnées durant les pourparlers. Dans cette affaire en revanche, la juge n'a pas donné suite à la demande d'indemnisation des dépenses. La juge estime en effet que « *the respondents did not establish that they incurred any disbursements or expenses linked to the negotiations or resulting therefrom, or that they were induced into making expenses in view of the eventual implementation of the expected contract* »¹¹¹⁵.

Le droit comparé offre également de nombreuses illustrations en matière de réparation des dépenses occasionnées durant les négociations. Ainsi, la doctrine française s'est montrée majoritairement favorable à la réparation de ce chef de préjudice¹¹¹⁶.

¹¹¹³*Id.*, par. 119. Le juge octroiera finalement la somme de 74 646 dollars à titre de dommages car il ajoute 15 000 dollars pour troubles, ennuis et inconvénients.

¹¹¹⁴*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

¹¹¹⁵*Id.*, par. 93. Voir également : *Comeau c. Société immobilière Trans-Québec Inc.*, préc., note 496.

¹¹¹⁶A. BÉNABENT, préc., note 431, n° 81, p. 76 ; R. CABRILLAC, préc., note 994, n° 46, p. 52 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 284, p. 192 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK,

Quelques auteurs se sont en revanche montrés plus réticents à l'idée de reconnaître les dépenses occasionnées comme un chef de préjudice réparable. Ainsi, le professeur Deshayes considère que « [l]orsqu'une faute a été commise dans la rupture celle-ci ne cause pas le "préjudice" correspondant aux frais : ce "préjudice" aurait existé en l'absence même de faute car il est un risque inhérent à toute négociation contractuelle »¹¹¹⁷. Selon le professeur, les frais engagés dans le cadre de la négociation ne représentent pas un véritable chef de préjudice puisqu'ils auraient été déboursés par chacune des parties quelle que soit l'issue des négociations. Le professeur en conclut que le lien de causalité entre la faute de l'auteur de la rupture des pourparlers et le préjudice subi par la victime de cette rupture est inexistant. Or, dans la mesure où le droit commun en la matière enseigne que le préjudice, pour être réparé, doit être direct, la conclusion de ce raisonnement mène au rejet du remboursement des dépenses occasionnées durant les pourparlers¹¹¹⁸.

Nous ne sommes pas convaincus par ce positionnement que nous jugeons trop strict. Comme le souligne les professeurs Ghestin, Serinet et Loiseau, la position du professeur Deshayes

préc., note 55, n° 234, p. 234 ; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 242, p. 271 et 272 ; B. FAGES, préc., note 55, n° 54, p. 66.

¹¹¹⁷O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004.187 : « les participants à une négociation précontractuelle savent que la conclusion du contrat projeté n'est pas certaine ; ils acceptent d'exposer des frais dans le seul espoir (lequel n'est pas une certitude) qu'un accord définitif sera trouvé ». De même, pour le professeur Jourdain : « certains frais, parce qu'ils sont inhérents à toute négociation, ne seront pas pris en compte dans la mesure où ils auraient dû être supportés même en l'absence de faute de l'auteur de la rupture ou en présence d'une faute non causale ; ils représentent un risque que les partenaires ont accepté en connaissance de cause » (Patrice JOURDAIN, « Préjudice consécutif à la rupture fautive des pourparlers », *RTD civ.* 2006.770).

¹¹¹⁸Ce raisonnement et cette limitation à la reconnaissance en tant que chef de préjudice des frais engagés durant la négociation peuvent être rapprochés du concept de « projet commun » développé parfois pour justifier un partage des frais entre les anciens partenaires à la négociation plutôt que le remboursement de ces derniers en cas de faute de l'un des anciens partenaires à la négociation.

relève d'« une conception qui semble exagérément rigide du lien de causalité nécessaire entre cette rupture fautive et chacun des dommages invoqués par les négociateurs déçus »¹¹¹⁹. Selon le professeur en effet, « [c]elui qui engage des frais dans une négociation est en droit d'attendre de son partenaire, dès lors que celui-ci s'est engagé dans le processus des pourparlers, un comportement loyal et même raisonnable. Son absence fausse le jeu normal de la négociation. Elle constitue (...) un abus du droit de rompre unilatéralement les pourparlers et cause un préjudice au partenaire déçu »¹¹²⁰. Ainsi, les frais de négociation devraient être remboursés parce qu'ils représentent un préjudice directement lié à la faute de l'ancien partenaire à la négociation étant donné qu'ils n'auraient pas été éprouvés par la victime si l'ancien partenaire à la négociation n'avait pas commis de faute.

Direct, un tel préjudice est également certain. Comme le souligne la professeure Schmidt-Swalesky, « [I]a certitude du dommage est facile à admettre à propos de la perte subie, puisqu'elle constitue un dommage déjà réalisé (...) De telles pertes constituent, en effet, un dommage d'ores et déjà existant, puisqu'elles ne seront pas couvertes par les bénéfices qu'aurait procurés l'exécution du contrat »¹¹²¹.

Par ailleurs, un positionnement aussi strict renvoie à l'idée qu'en dépit de l'adoption d'un comportement fautif, la victime, en raison des conditions strictes de preuve et notamment du lien de causalité, ne réussira pas à obtenir la réparation du ou des préjudices qu'elle a subis.

¹¹¹⁹J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 753, p. 545.

¹¹²⁰*Id.*, n° 764, p. 552.

¹¹²¹J. SCHMIDT, préc., note 749, 548.

Cela réduirait l'autorité du devoir de négocier de bonne foi dès lors qu'en cas de non-respect de ce dernier, la victime pourrait ne pas obtenir un droit à réparation.

La jurisprudence adopte généralement la position de la doctrine majoritaire¹¹²². Les juges ont en effet, à plusieurs reprises, donné droit aux demandes d'indemnisation pour le préjudice subi du fait des dépenses occasionnées durant les négociations. Récemment, la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹²³ a déclaré qu'« en principe, le préjudice subi du fait de la rupture brutale des pourparlers est constitué des frais occasionnés par la négociation et les études préalables faites »¹¹²⁴.

En droit français, l'ordonnance du 10 février 2016 a codifié cette jurisprudence constante en la matière à travers l'article 1112 qui dispose qu'« [e]n cas de faute commise dans les

¹¹²²Pour le professeur Chauvel, « ni la jurisprudence, ni la doctrine depuis Pothier (Traité de la vente n°32) ne font en principe de difficulté pour admettre qu'il y a là un chef de préjudice réparable » (P. CHAUVÉL, préc., note 1001, 49). Néanmoins, la jurisprudence a quelques fois refusé de réparer les dépenses occasionnées durant les négociations au motif que les demandeurs, en tant que professionnels, peuvent comprendre les frais exposés dans leurs frais généraux : Colmar, 5 déc. 1928, *Revue de Jurisprudence d'Alsace-Lorraine* 1929.324 : « frais généraux que toute maison de commerce et d'industrie est obligée de supporter pour arriver à triompher de ses concurrents ». Pour d'autres tribunaux, les dépenses occasionnées durant les négociations ne peuvent être qualifiées de préjudice car elles représentent un risque commercial pris en connaissance de cause : Angers, 25 nov. 1992, jurisprudence n° 71 ; Aix-en-Provence, 16 sept. 1993, jurisprudence n° 72. Enfin, d'autres tribunaux estiment que ces frais seraient restés à la charge de chaque partie quelle qu'eût été l'issue de la négociation : Pau, 14 janv. 1969, préc., note 322.

¹¹²³Com. 10 nov. 2015, n° 14-18844, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031481157&fastReqId=697412615&fastPos=1>.

¹¹²⁴Pour d'autres illustrations de la réparation des dépenses occasionnées durant les négociations voir notamment les affaires plus anciennes suivantes : Civ. 3^{ème}, 12 nov. 2003, n° 02-10252 : le demandeur avait « subi un préjudice du fait des démarches accomplies vainement en vue de la vente... » car les pourparlers avaient été rompus fautivement ou encore ; Com. 13 oct. 2009, n° 08-16634.

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 d'autres termes, tout ce qui ne concerne pas la perte des avantages attendus du contrat non conclu est reconnu comme un chef de préjudice réparable ce qui est le cas des dépenses occasionnées durant les négociations.

Le droit allemand partage également la position du droit québécois en admettant la réparation des dépenses engagées lors des pourparlers. Ce positionnement est ancien. La doctrine l'a tout d'abord admis. C'est ainsi que Jhering a écrit dans son ouvrage de référence que le partenaire déçu « a (...) un intérêt à la *non-conclusion* du contrat. Dans ce cas, il obtiendrait ce qu'il aurait eu si le fait extérieur de la conclusion du contrat n'avait point existé »¹¹²⁵. Jhering parle également de « *negative vertrags interesse* » ou d'intérêt contractuel négatif. Dans le même sens, des auteurs soulignent que « le dédommagement se limite en règle générale aux (...) frais engagés en vue de la conclusion du contrat »¹¹²⁶.

Ce positionnement a été rapidement repris par les juges allemands. En effet, « [l]e Tribunal d'Empire a déclaré dès 1918 que si la confiance, du contractant est trahie par "un comportement fautif de l'autre partie", il naît alors une créance de dommages et intérêts pour dédommager de la perte subie en vertu du principe de bonne foi »¹¹²⁷. Cette jurisprudence est depuis constante comme le démontre la décision du *Bundesgerichtshof* (BGH), qui, après avoir qualifié la rupture des pourparlers relatifs à la conclusion d'un contrat de licence de fautive, et en se fondant sur le visa de l'alinéa 3 du § 276 du *BGB*, considère que « [*i*]f the

¹¹²⁵R. von JHERING, préc., note 147, p. 16. A. COHÉRIER, préc., note 14, n° 26, p. 64.

¹¹²⁶É. LEIN et B. VOLDERS, préc., note 837, à la p. 33.

¹¹²⁷RG, 24 sept 1918 *RGZ* 96 p. 60 et 61 dans B. JALUZOT, préc., note 452, p. 87.

defendant now withdrew, it could not do this without compensating the plaintiff for expenditure incurred in reliance on the undertaking »¹¹²⁸.

Les dépenses occasionnées durant les pourparlers, bien que reconnues comme un chef de préjudice, soulèvent certaines difficultés pratiques. La question se pose de savoir quelles dépenses les juges vont prendre en compte afin de réparer la perte subie. Cette question est essentielle pour la victime car de cette évaluation va dépendre l'attribution d'un montant de dommages et intérêts plus ou moins important.

Le législateur québécois reste silencieux sur la question de l'évaluation de la perte subie, et plus précisément de l'évaluation des dépenses occasionnées durant les pourparlers. L'article 1611 dispose que le créancier peut demander la réparation de la perte subie sans préciser pour autant la manière d'évaluer cette perte subie en pratique¹¹²⁹. Le recours à la jurisprudence n'est pas non plus très pertinent pour répondre à la question soulevée. Comme le souligne la professeure Schmidt, « [l]e montant de l'indemnité est apprécié souverainement par les juges

¹¹²⁸BGH *NJW* 1975 vol. 39 p. 1774 dans *Sourcebook on German Law*. Voir également : BGH *WM* 1969, 595 ; *NJW* 1975, 1774, cas n° 29 ; *NJW-RR* 1989, 627 dans B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, préc., note 215, p. 100. Dans cette affaire, « *The Bundesgerichtshof decided (...) that, under certain conditions, the breaking off of negotiations (...) may give rise to liability for the expenditure the other party incurred in relying on the eventual conclusion of the contract* » (nous soulignons). Voir aussi : BGH, *NJW* 1957, 746 = LM § 276 [Fa] BGB n° 1 ; BGH, LM § 276 [Fa] BGB n° 11, 23 = *NJW* 1967, 2199 ; LM § 276 [Fa] BGB n° 28, 34 = *NJW* 1970, 1840 ; *NJW* 1975, 43, 44 ; BGHZ 49, 77, 82 ; BGH *NJW* 2001, 1065 ; BGH 114, 87, 94 ; BGH *NJW* 01 2875.

¹¹²⁹Cet article à l'origine applicable pour un préjudice contractuel est applicable pour un préjudice extracontractuel.

du fond, qui n'indiquent que rarement les éléments dont ils tiennent compte pour évaluer la réparation »¹¹³⁰.

Le recours aux travaux de la doctrine nous enseigne que certains auteurs ont considéré que l'état d'avancement des pourparlers permettait au juge de prononcer l'éventuel remboursement des frais occasionnés durant la négociation¹¹³¹. En d'autres termes, seules les dépenses engagées à partir du moment où les pourparlers ont atteint un stade avancé, rapprochant ainsi les parties en présence de la conclusion éventuelle du contrat envisagé, devraient être remboursées. En revanche, les frais engagés alors que les pourparlers ont duré peu de temps ne seraient pas considérés comme un chef de préjudice suffisant.

Un tel critère relatif à l'état d'avancement des pourparlers rejoint un autre critère développé par une auteure sans pour autant, là aussi, avoir convaincu l'ensemble de la doctrine. Ce critère est celui de la confiance. Selon Madame Vanwijck-Alexandre, le calcul du montant à allouer pour réparer les dépenses occasionnées durant les pourparlers ne devrait prendre en compte que les dépenses engagées par la victime présumée à partir du moment où la confiance s'est instaurée entre elle et son cocontractant potentiel¹¹³². La confiance est donc, dans cette perspective, au cœur de l'évaluation de la perte subie.

Il est intéressant de noter que les critères de l'état d'avancement des pourparlers et de la confiance sont intrinsèquement liés puisque la confiance s'installe et grandit souvent à mesure

¹¹³⁰J. SCHMIDT, préc., note 749, 554.

¹¹³¹La Cour supérieure, dans la décision *Comeau c. Société immobilière trans-québec Inc.* (préc., note 496), a appliqué ce critère en précisant que les frais liés à la négociation peuvent être remboursés en prenant compte de l'avancement des négociations.

¹¹³²Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE, *La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats*, Annales de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1980, p. 26.

que les pourparlers s'intensifient. Il est tout à fait pertinent de croire en l'issue favorable de pourparlers qui auraient duré longtemps et pour lesquels des discussions complexes et intensives se seraient tenues à propos de la conclusion éventuelle du contrat envisagé.

Prendre en compte le niveau de confiance entre les anciens partenaires à la négociation afin de déterminer le montant des dommages et intérêts à attribuer pour compenser la perte subie semble *a priori* intéressant car c'est à partir du moment où la confiance est établie entre les partenaires potentiels qu'une faute peut être commise. Avant la naissance d'un lien de confiance légitime entre les cocontractants potentiels, le comportement de ces derniers ne peut véritablement être qualifié de fautif. Nous l'avons vu, une faute au moment des pourparlers ne peut être découverte qu'à partir du moment où il existait entre les parties, un degré minimal de confiance¹¹³³.

Néanmoins, les critères de l'état d'avancement ou de la confiance ne permettent pas, selon nous, d'apporter une réponse satisfaisante aux justiciables. En effet, nous trouvons ces critères particulièrement délicats à établir pour le demandeur et à vérifier pour le juge. L'état d'avancement des pourparlers ne nous paraît pas être un critère insurmontable à démontrer. Comme nous l'avons souligné précédemment¹¹³⁴, l'échange de divers documents, la tenue de réunions, la présence d'appels ou encore des courriels dont le contenu est précis sur la transaction poursuivie par les parties sont autant de preuves de l'état d'avancement des parties. Néanmoins, il est nécessaire pour ce faire que ces preuves existent en dehors de quoi, si l'on admet le critère de l'état d'avancement des négociations comme un critère permettant

¹¹³³*Supra*, p. 182 et suiv.

¹¹³⁴*Supra*, p. 294-296.

d'admettre la réparation des dépenses occasionnées durant les négociations, un tel préjudice ne sera compensé.

La difficulté de preuve concerne en revanche davantage le critère de la confiance. En effet, il est délicat de déterminer avec précision le moment à partir duquel la confiance est née entre les cocontractants potentiels. La confiance étant un sentiment avant tout intérieur, comment réussir à prouver de manière précise le moment exact où ce sentiment est né ? Le fardeau de la preuve de ce critère nous paraît ainsi particulièrement lourd pour le demandeur.

La doctrine a développé un autre critère d'évaluation du préjudice subi du fait des dépenses occasionnées durant les pourparlers qui a parfois été repris par la jurisprudence. Ce critère concerne la question des « pures pertes ». D'après ce critère, le remboursement intégral des dépenses occasionnées ne devrait être accordé « que lorsqu'ils ont été effectués en pure perte ; si les devis, expertises ou études, par exemple, peuvent être utilisés pour d'autres contrats, le dommage subi sera moindre »¹¹³⁵. Ce critère a également été défendu au sein de la doctrine française. Pour les professeurs Flour, Aubert et Savaux, « [i]l n'y a pas de difficultés pour ce qui concerne les dépenses engagées à l'occasion des pourparlers, qui ont été engagées en pure perte à cause de la rupture fautive »¹¹³⁶. De même, selon les professeurs Mousseron, Guibal et Mainguy, « dès lors que les frais deviennent sans objet, le négociateur évincé peut prétendre à en être dédommagé »¹¹³⁷.

¹¹³⁵S. GUILLEMARD, préc., note 48, 58.

¹¹³⁶J.-L. FLOUR, J. AUBERT, É. SAVAUX, préc., note 260, n° 148, p. 128.

¹¹³⁷J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 63, p. 61.

Le fondement de ce critère réside dans l'idée que l'abandon des pourparlers prive de cause ces dépenses et les rend donc inutiles en cas de rupture fautive des pourparlers. Bien qu'intéressant, ce critère nous semble difficile à établir.

C'est pourquoi, à notre avis, toutes les dépenses engagées par le partenaire déçu à l'occasion des négociations devraient être remboursées dès lors qu'il réussit à prouver que ces dépenses ont été engagées en raison des pourparlers. En nous positionnant de cette manière, nous ne faisons qu'appliquer les premiers critères reconnus par le législateur : la certitude du dommage et le fait que ce dernier soit directement lié à la faute de l'ancien partenaire à la négociation. Il s'agit d'ailleurs de la position défendue par les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore qui ont considéré que « la solution la plus logique consiste à rembourser à la victime de la rupture fautive *l'ensemble* de ses dépenses engagées dans le cadre de la négociation, et pas seulement celles encourues à partir d'une date ultérieure dont l'identification est trop aléatoire »¹¹³⁸.

Nous considérons toutefois que si certains de ces frais ont été engagés à la légère ou de manière négligente par le demandeur, ils ne devraient pas être indemnisés. Cela revient à donner une certaine autorité au critère relatif à l'état d'avancement des pourparlers. En effet, en engageant inconsidérément et avec précipitation des frais aux vues de l'état d'avancement des pourparlers, le demandeur a lui aussi commis une faute et devra en assumer les conséquences¹¹³⁹. Nous rejoignons en ce sens la professeure Guillemard qui a estimé qu'« [i]l sera certainement facile d'invoquer la naïveté ou l'imprudence de l'interlocuteur qui s'est

¹¹³⁸J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-72, p. 55. Nous soulignons.

¹¹³⁹Ce raisonnement a été adopté par quelques tribunaux : Com. 4 oct. 1982, n° 002-028 ou Civ. 1^{ère}, 12 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n° 122.

engagé à la légère alors qu'il n'était pas impossible que les pourparlers échouent, même pour une raison valable »¹¹⁴⁰.

Nous venons de voir que les frais engagés durant les négociations sont un chef de préjudice au titre de la perte subie. Ce chef de préjudice est selon nous tout à fait pertinent. Il n'en va pas ainsi, à nos yeux, du temps perdu.

B) Le temps perdu

La perte de temps est le deuxième chef de préjudice potentiel de nature matérielle. Elle représente plus précisément les heures passées à négocier. Le temps perdu est un chef de préjudice dont la réparation est parfois demandée par les victimes du comportement fautif d'un ancien partenaire à la négociation durant ou lors de la rupture des pourparlers. Néanmoins, elle représente un chef de préjudice potentiel occasionnel dans la mesure où il est moins souvent demandé que le remboursement des dépenses occasionnées.

Le temps perdu est un chef de préjudice qui fait davantage débat au sein de la doctrine et de la jurisprudence. En effet, contrairement aux dépenses engendrées durant les pourparlers, le temps perdu ne fait pas l'objet d'un consensus quant au fait de savoir s'il représente un chef de préjudice réparable.

Dans l'affaire *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*¹¹⁴¹, les juges semblent l'admettre. Ils déclarent en effet que « la perte du demandeur consiste essentiellement dans le

¹¹⁴⁰S. GUILLEMARD, préc., note 48, 58.

¹¹⁴¹*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541. Voir également : *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd*, préc., note 155 ; *Nouveautés Camac Inc. c. Promotions atlantiques Inc.*, préc., note 563 ; *Wrebbit Inc. c. Benoit*, préc., note 728.

temps qu'il a consacré au projet »¹¹⁴² avant d'en conclure que « le demandeur a droit à 6 500 \$ au titre de la perte subie »¹¹⁴³. De même, pour le professeur Karim, le temps est un chef de réclamation. Selon ce dernier en effet, les pertes subies « doivent (...) principalement couvrir le coût de la négociation, notamment le temps perdu »¹¹⁴⁴. De tels positionnements s'inspirent de la célèbre expression selon laquelle « le temps c'est de l'argent ». En effet, les personnes qui admettent le temps perdu comme un chef de préjudice réparable, partent de l'idée que, totalement investies durant le temps parfois long des négociations, les parties n'ont pas porté leur attention sur d'autres activités qui auraient pu leur permettre de retirer quelques avantages.

D'autres sont plus réticents. Ainsi, malgré la précédente décision de la Cour d'appel, l'honorable Marie-France Bich, juge à la Cour d'appel, refuse au nom de la Cour, dans l'affaire *Singh c. Kohli*, d'admettre le temps perdu comme un chef de préjudice réparable. La juge considère que la perte de temps « *is an inherent risk of any contractual negotiations and*

¹¹⁴²*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541, par. 43.

¹¹⁴³*Id.* Précisément, les 6500 dollars représentent 1750 dollars pour « Inspection, relevé, règl. etc. », 2 500 \$ pour « Évaluation préliminaire du potentiel et étude de rentabilité », 2000 dollars pour « Étude préliminaire (esquisse) » et 250 dollars pour « Réunions et conversations téléphoniques ».

¹¹⁴⁴V. KARIM, préc., note 548, 460. Voir également V. KARIM, préc., note 548, n° 875, p. 123, sous l'article 1375. Voir dans le même sens : P. LEGRAND jr., « Precontractual Relation in Quebec Law : Towards a Theoretical Framework » (Rapport canadien au Congrès international de droit comparé), Montréal, 1990, dans *Contemporary law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 214. Voir également : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-72, p. 55. Pour un exemple en droit français voir le professeur Le Tourneau pour qui « sont réparables les frais de négociation liés à la perte de temps » (Ph. Le TOURNEAU, préc., note 708, n° 3112.65, p. 1130).

can hardly be considered a prejudice for which compensation may be obtained, except in the most exceptional of circumstances »¹¹⁴⁵.

Nous partageons l'opinion de l'honorable Marie-France Bich. Selon nous, le temps perdu n'est pas un chef de préjudice réparable. Plusieurs arguments abondent dans ce sens à commencer par le fait que la perte de temps est, selon nous, un risque inhérent à chaque négociation et que les parties qui font le choix de s'engager dans un tel processus doivent assumer ce choix. De plus, rien n'indique que le temps investi dans les pourparlers a privé la victime d'une faute de bénéficier d'avantages autres. Enfin et surtout, il nous paraît particulièrement délicat de quantifier de manière précise le temps perdu et son équivalence en somme d'argent. Pour toutes ces raisons, nous sommes assez réticents à l'idée de compenser le temps perdu.

En revanche, nous considérons que la perte subie du fait d'un manquement à l'obligation de confidentialité mérite d'être qualifiée de chef de dommage réparable.

C) La perte subie par le manquement à l'obligation de confidentialité

Nous avons décidé de traiter séparément la question de la réparation de la perte subie du fait d'un manquement à l'obligation de confidentialité car il s'agit, à la différence des dépenses occasionnées durant la négociation ou du temps perdu, d'une conséquence en lien avec le non-respect non pas d'une obligation de faire (rompre les pourparlers de manière loyale ou lorsque l'on sait qu'ils ne font pas aboutir à la conclusion du contrat final), mais d'une obligation de ne pas faire, celle de ne pas divulguer des informations privilégiées ou confidentielles délivrées à l'occasion des pourparlers.

¹¹⁴⁵*Singh c. Kohli*, préc., note 85, par. 92.

En effet, les pourparlers, nous l'avons dit¹¹⁴⁶, nécessitent souvent, pour être efficaces, que les parties en présence dévoilent certaines informations confidentielles. Afin de les protéger, le droit impose aux personnes qui reçoivent ces informations, de ne pas les divulguer soit durant les pourparlers, soit à la suite de ces derniers, lorsqu'ils sont rompus. La seule limite à ce devoir précontractuel de confidentialité réside dans l'autorisation faite par l'émetteur de l'information à son récepteur, de l'utiliser. Mais cette autorisation doit être explicite.

Si ce n'est pas le cas, il y a bel et bien une violation du devoir de confidentialité qui, dans la majorité des cas, peut causer un préjudice important au détenteur originel de cette information. En effet, comme l'a souligné un auteur français, « certaines de ces données peuvent procurer un avantage concurrentiel à son bénéficiaire »¹¹⁴⁷ et représenter de ce fait une véritable perte.

La question que l'on se pose est celle de savoir comment réparer un tel préjudice. Nous avons défendu l'idée d'une réparation en nature dans le domaine à travers le mécanisme de l'injonction¹¹⁴⁸. Le juge pourrait en effet enjoindre l'ancien partenaire à la négociation à cesser de divulguer ou d'utiliser des informations confidentielles obtenues dans le cadre de la négociation échouée. Néanmoins, dans le cas où ce remède ne serait pas privilégié, une action en réparation par équivalent pourrait être formulée. L'octroi de dommages et intérêts est d'ailleurs le remède traditionnel en la matière.

La perte subie du fait d'un manquement au devoir de confidentialité est donc un chef de préjudice réparable. De fait, il a été réparé dans l'affaire *Anastasiu c. Gestion d'immeubles*

¹¹⁴⁶*Supra*, p. 208-209.

¹¹⁴⁷Ph. Le TOURNEAU (dir.), préc., note 708, n° 3112.71, p. 1131.

¹¹⁴⁸*Supra*, p. 346-349.

*Belcourt Inc.*¹¹⁴⁹. Nous avons déjà évoqué cette affaire afin de démontrer que celui qui entame des négociations ou les maintient pour obtenir puis se servir d'informations confidentielles contrevenait aux exigences de la bonne foi¹¹⁵⁰. En raison de cette faute commise durant les pourparlers, le juge reconnaît que « les démarches occultes d[u défendeur] constituent l'usurpation d'un projet confidentiel à l'exploitation duquel [le demandeur] était en droit de participer comme auteur »¹¹⁵¹. Il accepte donc d'accorder au demandeur, Monsieur Anastasiu, 26500 dollars pour violation du devoir précontractuel de confidentialité.

La question qu'il reste à adresser est celle de savoir si l'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers est un chef de préjudice réparable.

D) L'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté avec le cocontractant fautif

Cet éventuel chef de préjudice intervient lorsque l'un des partenaires à la négociation a pris des engagements vis-à-vis de tiers en anticipant l'issue heureuse des pourparlers. Il peut s'agir par exemple d'un négociateur qui s'est engagé auprès d'institutions financières à rembourser un prêt avec les bénéfices que lui aura procuré la conclusion du contrat envisagé ou « une embauche de personnel, achat de moyens de transport, etc. »¹¹⁵².

Si le partenaire rompt fautivement les pourparlers, le contrat envisagé ne pourra plus être conclu. Il en découle que les bénéfices escomptés de la conclusion de ce contrat ne seront

¹¹⁴⁹*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541.

¹¹⁵⁰*Supra*, p. 166.

¹¹⁵¹*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, préc. note 541, par. 41.

¹¹⁵²S. GUILLEMARD, préc., note 48, 58.

jamais appréciés par le partenaire déçu le mettant dans une situation délicate dans la mesure où il ne pourra sûrement pas honorer ses engagements vis-à-vis des tiers.

La question de savoir si ce préjudice peut être compensé fait débat. Comme le souligne la professeure Lefebvre, « [l]a doctrine est divisée quant à savoir si l'impossibilité d'exécuter un contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté peut faire l'objet d'une indemnisation »¹¹⁵³. Ainsi, la professeure Guillemard considère que « le fautif pourra faire valoir une autre faute de la victime : en contractant avec le tiers, elle a négligé de prévoir une condition suspensive subordonnant la naissance de ses obligations à la conclusion du contrat projeté »¹¹⁵⁴. De même, pour Madame Wanwijck-Alexandre, la victime n'avait qu'à rendre le contrat conclu avec le tiers conditionnel au dénouement heureux des pourparlers avec l'auteur de la rupture de ces derniers¹¹⁵⁵. Elle refuse dès lors que ce chef de préjudice soit réparable. En revanche, les professeurs Mousseron, Guibal et Mainguy semblent l'admettre pour le droit français¹¹⁵⁶.

Face à cette question, nous sommes pour l'adoption d'une solution qui tienne compte des éléments de ces deux positions. Ainsi, nous serions favorables à la compensation de ce chef de préjudice à la condition que le demandeur n'ait pas été négligent et que les chances de conclure le contrat final aient été très importantes.

Le préjudice matériel représente, nous l'avons vu, les dépenses occasionnées durant ou à la suite des pourparlers, le temps perdu, la perte subie en raison de la violation de l'obligation de

¹¹⁵³B. LEFEBVRE, préc., note 5, p. 160.

¹¹⁵⁴S. GUILLEMARD, préc., note 48, 58.

¹¹⁵⁵M. VANWIJCK-ALEXANDRE, préc., note 1132, p. 32.

¹¹⁵⁶J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 62 et suiv., p. 61 et suiv.

confidentialité ainsi que l'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté avec le cocontractant fautif. Tous ces chefs de préjudice ne sont selon nous pas réparables. Alors que les dépenses occasionnées ou la perte subie en raison de la violation de l'obligation de confidentialité peuvent être compensées, nous sommes plus réticents à admettre cette même solution pour le temps perdu et le préjudice subi en raison de l'impossibilité d'exécuter le contrat conclu avec un tiers sur la base du contrat projeté avec le cocontractant fautif. La question qui nous intéresse désormais est celle de savoir si le préjudice précontractuel d'ordre moral peut aussi être réparé.

§ 2 : Le préjudice moral : l'atteinte à la réputation et à l'image

Nous avons souligné le fait que les victimes d'une faute commise durant ou lors de la rupture des pourparlers subissent généralement un préjudice matériel. Toutefois, dans une moindre mesure, les pourparlers sont aussi l'occasion pour les cocontractants potentiels de souffrir d'un préjudice moral en raison du comportement fautif de leur ancien partenaire à la négociation. En effet, comme l'indique le professeur Le Tourneau, « la rupture peut également, assez rarement, générer un préjudice moral »¹¹⁵⁷.

Selon le *Dictionnaire de droit privé*, le préjudice moral « consiste en une atteinte d'ordre extrapatrimonial, laquelle n'est donc qu'indirectement susceptible d'évaluation pécuniaire »¹¹⁵⁸. Ainsi, à la différence du dommage matériel, le dommage moral ne porte pas atteinte au patrimoine d'une personne.

¹¹⁵⁷Ph. Le TOURNEAU (dir.), préc., note 708, n° 3112.65, p. 1131.

¹¹⁵⁸CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 164, « Dommage moral », en ligne : <<https://nimbus.mcgill.ca/pld-ddp/dictionary/search>>.

Dans le cadre spécifique des pourparlers, le dommage moral consiste principalement dans l'atteinte à la réputation commerciale¹¹⁵⁹ à travers notamment la diffamation verbale ou écrite. Comme l'a souligné un auteur, « l'atteinte à la réputation commerciale, pourrait également être retenue »¹¹⁶⁰. En effet, un ancien partenaire à la négociation pourrait insinuer que les pourparlers ont été rompus en raison du manque de compétence ou d'honnêteté de son cocontractant potentiel. Le dommage moral peut également résulter de l'humiliation ou de l'affront commis par un ancien partenaire à la négociation au cours ou à la suite des pourparlers. De tels agissements peuvent effectivement avoir un impact négatif sur le destinataire de ces propos.

Il semble que le préjudice moral subi en raison d'une atteinte à la réputation commerciale soit réparable, du moins en théorie. En droit français, le professeur Deshayes souligne que « [s]i la faute consiste à avoir porté atteinte à la réputation et l'honneur du partenaire, il est possible d'affirmer que ce dernier a perdu, pour l'avenir, des chances de conclure un contrat satisfaisant avec des tiers, rendus méfiants »¹¹⁶¹.

Les illustrations de ce principe sont nombreuses au sein de la jurisprudence française. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment admis la réparation du préjudice moral à travers le dispositif suivant :

« [m]ais attendu, d'une part, qu'ayant, d'un côté, retenu dans l'exercice de son pouvoir souverain, un préjudice d'image résultant de la rupture brutale et fautive du protocole par la société CDC, dont elle a apprécié le retentissement négatif particulièrement important au regard de l'environnement restreint des spécialistes des questions du carbone, et de l'autre, limité son étendue en excluant

¹¹⁵⁹A. POPOVICI et M. LACROIX, préc., note 1103, aux p. 906 et 907.

¹¹⁶⁰J. SCHMIDT, préc., note 749, 549.

¹¹⁶¹O. DESHAYES, préc., note 1117, 197.

l'amplification du retentissement négatif résultant de la médiatisation qui y a été apportée et dont il n'était pas démontré qu'elle serait imputable à la société CDC, la cour d'appel a satisfait les exigences de l'article 1147 du code civil [...] »¹¹⁶².

La jurisprudence québécoise est en revanche plus timide. Bien que le principe de la réparation du préjudice moral ait été retenu dans l'affaire *Immobilière (L'), société d'évaluation conseil inc. v. Évaluations BTF inc.*¹¹⁶³ dans laquelle le juge accepte de réparer les « *damages in the nature of harm to reputation, which led to the loss of business opportunities* ». Elle a toutefois été mise en doute par la Cour d'appel dans l'affaire *Singh c. Kohli*¹¹⁶⁴. Au nom de la Cour, l'honorable Marie-France Bich considère que l'entrepreneur Daljit Kohli et Subhash Khanna qui représente la société Trio Properties Ltd. n'ont pas réussi à prouver leur préjudice moral en raison d'une atteinte au crédit et à la réputation. Elle précise qu'il faut encore que ceci soit considéré comme un chef de préjudice admis dans le cadre de pourparlers¹¹⁶⁵.

Par ailleurs, bien que la réparation d'un dommage moral semble acquise en principe, du moins en France, la preuve est dans ce cas de figure bien plus difficile à apporter que dans le cadre d'un dommage matériel. Il est relativement facile de prouver une perte d'ordre pécuniaire. En revanche, comment démontrer une atteinte à la réputation ? De plus, la réalité de ce préjudice

¹¹⁶²Com. 16 sept. 2014, n° 13-16524, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029486002&fastReqId=1336389172&fastPos=1>>. Voir avant cette affaire : Versailles, 1^{er} avr. 1999, *RJDA* 1999, n° 1285, p. 1048. Voir également : Versailles, 18 mars 2004, *Bull. Joly Sociétés*, 2004.970, par. 195, note Massart.

¹¹⁶³*Immobilière (L'), société d'évaluation conseil Inc. c. Évaluations BTF Inc.*, J.E. 2009-1835 (C.A.), EYB 2009-164412, par. 428 et 429.

¹¹⁶⁴*Singh c. Kohli*, préc., note 85.

¹¹⁶⁵« (*assuming again that such heads of damages can be considered in the context of failed negotiations*) » : *Singh c. Kohli*, préc., note 85, par. 93.

peut être remise en cause lorsque les pourparlers ont été conduits par des professionnels ou des personnes aguerries aux affaires.

En conclusion, la perte subie revêt, nous l'avons vu deux aspects : elle s'intéresse au préjudice matériel et au préjudice moral. Bien que la réparation du préjudice moral qui consiste principalement dans l'atteinte à la réputation du fait de la rupture fautive des pourparlers doive en principe être reconnue, la mise en œuvre s'avère délicate dans la mesure où le préjudice moral demeure difficilement quantifiable. En revanche, le préjudice matériel est le plus souvent admis et compensé par l'octroi de dommages et intérêts. Il nous semble intéressant de nous interroger désormais sur la réparation éventuelle du gain manqué.

Section 2 : La réparation du gain manqué ou le « futur précontractuel »

Le gain manqué, autrement appelé l'intérêt positif ou *lucrum cessans*, a pour finalité de remettre le cocontractant potentiel déçu dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si les négociations avaient connu une issue heureuse ou qu'il n'avait pas été empêché de conclure le contrat avec un tiers en lui octroyant des dommages et intérêts.

Pour ce faire, l'analyse qui va permettre de déterminer le montant de dommages et intérêts à allouer à la victime d'une faute précontractuelle ne va pas, à la différence de la perte subie, prendre en compte le « passé précontractuel » mais le « futur précontractuel »¹¹⁶⁶ à travers le recours et l'application de la théorie de la perte de chance¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁶J. MESTRE et B. FAGES, préc., note 1002.

¹¹⁶⁷ Voir également : Suzanne PHILIPS-NOOTENS, « La perte de chance détournement du lien de causalité ou dommage distinct ? », (1990) 50 *R. du B.* 611 ; Isabelle PARIZEAU, « Le lien de causalité ... au bord du gouffre », (1989) 49 *R. du B.* 514.

Le gain manqué représente donc un chef de préjudice réparable beaucoup plus délicat à traiter pour les demandeurs et les juges puisqu'il ne se situe que dans le futur. Or, par définition, le futur n'est pas certain. Les préjudices relatifs au gain manqué et causés par la faute de l'ancien partenaire ne se sont généralement pas encore produits même s'ils peuvent se prévoir en étudiant la probabilité que les pourparlers aboutissent ou qu'un contrat puisse être négocié et conclu avec un tiers.

Ainsi, pour évaluer le gain manqué et attribuer les dommages et intérêts, le juge doit apprécier la réalité des chances de conclure avec le tiers ou le cocontractant potentiel. Néanmoins, « la doctrine est d'avis qu'il existe très peu de cas où il sera possible d'invoquer cette perte de chance. Le champ d'application de la véritable perte de chance serait ainsi restreint à des cas "très exceptionnels" »¹¹⁶⁸. En effet, alors que la perte de chance de conclure avec le tiers est parfois admise (§ 1), la perte de chance de conclure avec le cocontractant potentiel est presque toujours rejetée (§ 2).

§ 1 : La perte de chance de conclure un contrat avec un tiers

La réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure un contrat avec d'autres partenaires est généralement réclamée lorsqu'un ancien partenaire à la négociation a fautivement maintenu son cocontractant potentiel dans l'espoir que les pourparlers allaient aboutir alors qu'il savait que ce ne serait pas le cas. En agissant ainsi, il a fait perdre à l'autre l'opportunité d'échanger avec des partenaires potentiels afin d'envisager la conclusion d'un contrat éventuel. En effet, si le cocontractant, victime du comportement fautif de son

¹¹⁶⁸Patrice DESLAURIERS, « Notes de terminologie juridique autour de la notion de perte de chance », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Popovici : les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 220, à la p. 224.

partenaire, n'avait pas cru en l'aboutissement prochain des négociations, il aurait sans doute cherché à faire affaire avec d'autres individus que le cocontractant.

Ce qui est réparable ici n'est pas les gains que la victime déçue aurait pu obtenir si un contrat avait été conclu avec un tiers. Cela n'aurait pas de fondement dans la mesure où rien n'indique que les pourparlers auraient abouti et que le contrat envisagé avec le tiers aurait été conclu. Rien ne permet non plus d'évaluer le montant des avantages que la victime déçue aurait pu retirer du contrat conclu avec un tiers. Un tel contrat aurait pu, une fois conclu, ne pas être convenablement exécuté par le tiers.

Ce qui est réparable est en revanche l'opportunité ou la possibilité de conclure un contrat avec d'autres partenaires que le cocontractant potentiel, soit la perte de chance. De manière générale, celle-ci est définie comme la « [p]rivation d'une occasion de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice probable »¹¹⁶⁹. Les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore expliquent que « [c]e n'est pas tant la perte effective que le tribunal cherche à compenser, mais plutôt la disparition, en raison de la survenance de l'acte fautif, de la chance soit d'éviter une perte, soit de réaliser un profit »¹¹⁷⁰. Trois critères sont nécessaires afin que la théorie de la perte de chance puisse être appliquée. Il s'agit de « l'interférence fautive dans le déroulement d'un processus potentiellement positif », la notion de « préjudice intermédiaire » et « l'indemnisation établie en fonction des probabilités »¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁹CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Perte de chance », p. 253.

¹¹⁷⁰J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-361, p. 399 et 400.

¹¹⁷¹Serge GAUDET, « La perte de chances : un miroir aux alouettes ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 269, à la p. 273.

La réparation de ce chef de préjudice est envisageable même lorsque les partenaires n'étaient pas liés par une clause d'exclusivité. Souvent, en pratique, même en l'absence de telles clauses, les parties décident de se focaliser sur la négociation d'un contrat final avec un seul partenaire potentiel. Les pourparlers représentent un processus souvent long et complexe. Ainsi, afin d'être le plus efficace et le plus investi possible, l'on comprend que l'on fasse le choix de ne traiter qu'avec un seul interlocuteur. L'objectif est de ne pas s'éparpiller et de maximiser les chances d'aboutir à la conclusion du contrat final envisagé avec le partenaire. Comme l'explique la professeure Lefebvre : « il est fort probable, lorsqu'une négociation est sérieuse, que le partenaire mette toutes ses énergies pour faire aboutir cette dernière »¹¹⁷². Une telle démarche s'intensifie dès lors que le cocontractant potentiel croit en la conclusion prochaine du contrat à l'origine des négociations.

Se concentrer sur une seule négociation est compréhensible mais n'est pas sans conséquence. Effectivement, cela fait dans le même temps perdre aux parties en présence, l'occasion de négocier et de conclure le contrat avec d'autres partenaires potentiels. Ces occasions manquées ne posent pas de difficultés lorsque le cocontractant n'a pas commis de faute durant ou à la suite des pourparlers. En effet, les pourparlers sont par essence incertains. On ne peut jamais prévoir avec certitude leur issue favorable. En revanche, la situation se complique lorsque « par des agissements déloyaux, une personne fait perdre la chance à son concurrent de conclure certains contrats profitables »¹¹⁷³.

Nous trouvons donc pertinent de compenser la perte de chance de conclure avec un tiers lorsque ce préjudice est subi par la victime de la rupture des pourparlers en raison d'une faute

¹¹⁷²B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 131.

¹¹⁷³S. GAUDET, préc., note 1171, à la p. 276.

commise par son ancien partenaire. En effet, si des pourparlers n'avaient pas été engagés avec l'auteur de la rupture abusive, la victime aurait pu négocier avec d'autres partenaires et peut être conclu le contrat. En raison de la faute de son ancien partenaire cette chance a été perdue. Il est donc légitime d'obliger l'auteur de la faute à réparer ce chef de préjudice.

Notre position en faveur de la réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure avec un tiers rejoint l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, qu'il s'agisse du droit québécois ou du droit français ou allemand. Ainsi, les occasions ratées de conclure avec un tiers, pourvu qu'elles apparaissent suffisamment certaines, peuvent constituer pour la victime un préjudice indemnisable. Pour les professeurs Ghestin, Loiseau et Serinet, « [l]e dommage subi est la conséquence à la fois de la rupture fautive, qui a empêché la conclusion du contrat espéré, et du temps passé à négocier, qui a fait obstacle à la conclusion du contrat ayant le même objet avec le tiers »¹¹⁷⁴. Enfin, le professeur Deshayes a souligné que « l'échec des négociations précontractuelles n'étant le plus souvent pas immédiat, tout le temps consacré aux négociations infructueuses est autant de temps perdu pour arriver à la conclusion d'un contrat satisfaisant avec un autre partenaire »¹¹⁷⁵.

La doctrine allemande reconnaît également la compensation de la perte de chance de conclure le contrat définitif avec un tiers. Ainsi, Jhering a évoqué dans son œuvre de référence en la matière qu'une action en dommages et intérêts était admise « soit qu'il ait repoussé une autre occasion de conclure ce contrat [ou] négligé d'en rechercher une en temps utile »¹¹⁷⁶. Comme

¹¹⁷⁴J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 766, p. 554.

¹¹⁷⁵O. DESHAYES, préc., note 1117, 193.

¹¹⁷⁶R. von JHERING, préc., note 147, p. 18-21.

le précise néanmoins Roubier, « il ne peut s'agir que de l'intérêt qui s'attachait à la non-conclusion du contrat, du gain qui aurait été retiré d'occasions avantageuses qui furent repoussées, de ce qu'on aurait obtenu par d'autres contrats qu'on a négligé de rechercher en temps utile, comptant sur la validité du contrat »¹¹⁷⁷.

Les juges français ont repris la position de la doctrine en acceptant de réparer le gain manqué par la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers. Plusieurs exemples nous sont donnés par la jurisprudence française. Ainsi, le 7 avril 1998, la Cour de cassation a admis que soit réparé le fait, pour une société, d'avoir « immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période »¹¹⁷⁸.

Madame Menu¹¹⁷⁹ rejette la réparation de ce chef de préjudice. Selon cette dernière, une telle réparation contrevient au principe de la liberté contractuelle. De plus, un tel chef de préjudice est trop hypothétique. En effet, selon Madame Menu, il est parfois délicat de prouver que la faute commise par l'ancien partenaire à la négociation a été la seule cause de la perte de chance de conclure le contrat négocié avec un tiers. Elle pourrait avoir été perdue du fait même de la rupture et non pas en raison de la faute lors de la rupture de ces derniers. Or,

¹¹⁷⁷P. ROUBIER, préc., note 646, p. 45. Confirmé par Cohérier (A. COHÉRIER, préc., note 14, n° 26, p. 64 : « Ces dommages-intérêts comprendront (...) aussi le bénéfice que le créancier aurait retiré d'un autre contrat qu'il aurait conclu, s'il n'avait pas été retenu par celui qui lui a été proposé et qui, finalement, ne s'est pas formé »).

¹¹⁷⁸Com. 7 avr. 1998, J.C.P. E. 1999.IV.169, obs. Mousseron.

¹¹⁷⁹S. MENU, préc., note 988. Autre critique : pour le professeur Le Tourneau, « il reste qu'auraient été incertains non seulement leur issue mais aussi l'équilibre du contrat qui en serait éventuellement résulté, comme sa bonne exécution et la perception des gains qui en auraient été attendus ; la base de calcul de l'avantage escompté sera donc, assez souvent, délicate à cerner » (Ph. Le TOURNEAU, préc., note 708, n° 3112.65, p. 1131).

comme le souligne le professeur Le Tourneau, « si le comportement faussement encourageant du négociateur n'est effectivement pas la cause du défaut de conclusion du contrat envisagé, il peut être considéré comme ayant causé la perte d'une chance de s'adresser ailleurs »¹¹⁸⁰.

Enfin, certains pourraient objecter la négligence de la victime de la rupture des pourparlers qui, volontairement, a décidé de ne se concentrer que sur une seule transaction avec un seul partenaire au lieu de mener des négociations parallèles. Mais cet argument qui vise à rejeter la réparation de la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers ne nous paraît pas fondé lorsque le cocontractant potentiel a, par son comportement, fait croire à son partenaire que les pourparlers allaient aboutir.

Bien que la jurisprudence et la doctrine semblent généralement admettre le principe de la réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure avec un tiers, la question de son évaluation ne semble pas être totalement arrêtée. Répondre à cette question nécessite d'apprécier concrètement la réalité de la chance perdue¹¹⁸¹. Pour ce faire, certains, comme Madame Vanwijck-Alexandre¹¹⁸², estiment qu'il faut faire la preuve des occasions manquées d'entamer négociations et donc de conclure contrat avec un tiers.

Pour d'autres, il suffit d'établir que l'on s'est abstenu de rechercher des opportunités d'affaires en temps utile¹¹⁸³. Ce dernier positionnement est plus souple et repose sur la difficulté qu'il y a à prouver les occasions manquées d'entamer ou de conclure un contrat avec un tiers. Comme

¹¹⁸⁰*Id.*, n° 3112.65, p. 1131.

¹¹⁸¹J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163, n° 766, p. 554.

¹¹⁸²M. VANWIJCK-ALEXANDRE, préc., note 1132, p. 29.

¹¹⁸³R. von JHERING, préc., note 147, p. 20 ; B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 131.

le soulève la professeure Lefebvre : « [i] apparaît plus réaliste de parvenir à faire cette preuve »¹¹⁸⁴.

Nous sommes convaincus par cette dernière approche. La preuve nous semble en effet plus facile à rapporter. Néanmoins, nous rejetons la dynamique qui a, chez certains juges, consisté à se satisfaire d'une preuve de chance, même ténue, de rechercher des opportunités d'affaires auprès de tiers¹¹⁸⁵. Une telle approche remet selon nous en cause l'exigence en droit commun de la réparation d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi. La preuve de ce lien ne doit pas être ténue mais beaucoup plus grande pour mener à la compensation du préjudice.

Pour conclure, au-delà des imprécisions quant à sa preuve, des doutes persistent encore quant à la réalité de la réparation de ce chef de préjudice. Une telle situation est selon nous porteuse d'insécurité juridique et d'imprévisibilité, néfastes pour les justiciables. Ces derniers ne savent en effet pas de manière définitive si le gain manqué par la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers est un chef de préjudice réparable. Nous proposons donc de suivre la démarche française qui a, avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, confirmé la position majoritaire de la doctrine et de la jurisprudence sur la question. En effet, depuis la réforme du droit des contrats introduite par l'entrée en vigueur de cette ordonnance, l'article 1112 dispose qu'« [e]n 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 d'autres termes, le préjudice sera réparé dès lors que la perte des

¹¹⁸⁴ *Id.*, à la p. 159.

¹¹⁸⁵ La Cour de cassation a accepté la réparation d'« une chance, fût-elle *ténue*, de trouver un autre repreneur » (Com. 18 juin 2002, *RTD civ.* 2003.282). Nous avons ajouté les italiques.

avantages est due, non pas à la non-conclusion du contrat définitif avec le cocontractant potentiel mais avec un tiers.

Intéressons-nous maintenant à cette question de la réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat envisagé avec le cocontractant qui demeure pertinente en droit québécois.

§ 2 : Le gain manqué de conclure le contrat avec l'ancien partenaire à la négociation

Le gain manqué représente les avantages ou les bénéfices qui auraient été ceux de la victime de la faute si le contrat avec le partenaire aux négociations avait été conclu. La finalité de ce chef de préjudice éventuel est de remettre le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat final avait été conclu et exécuté avec l'ancien partenaire à la négociation.

À partir du moment où les pourparlers auraient pu, sans l'intervention fautive de l'ancien partenaire à la négociation, conduire à la conclusion du contrat final, la question se pose de savoir si le gain manqué de conclure le contrat avec le cocontractant est un chef de préjudice réparable. À la différence du gain manqué par la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers, la réparation de la perte de chance de conclure le contrat envisagé avec le cocontractant a été plus largement discutée et ne semble toujours pas faire l'objet d'un consensus en droit québécois. Comme l'ont souligné les professeurs Moore et Lluelles, « la question fait toujours l'objet de discussion »¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁶D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 27, n° 249.4, p. 126.

En effet, dans l'affaire *Camions Freightliner (Montréal) Inc. c. Entreprises Solidline Inc.*¹¹⁸⁷, le juge Dansereau de la Cour du Québec la rejette. Cette affaire concerne la société Camions Freightliner qui initie une réclamation en dommages-intérêts de 14 910,46 de dollars en raison de la rupture fautive d'un contrat de vente d'un camion. Après avoir écarté l'hypothèse de la conclusion d'un contrat de vente, le juge note toutefois que le défendeur a adopté un comportement fautif durant les pourparlers. De ce fait, la demanderesse est à même d'obtenir des dommages et intérêts. Néanmoins, le juge refuse d'admettre le gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat de vente du camion. D'après ce dernier effectivement, la demanderesse « n'a pas réussi à prouver même une perte de profit, puisque la revente à Newcourt lui en procure un. Toutefois, il ne serait pas si considérable que celui qu'elle attendait de la vente qui aurait été réalisée avec Solid en juin 2000 ; d'ailleurs, ce profit sur cette vente ratée n'a guère été prouvée »¹¹⁸⁸.

Un jugement similaire a été rendu dans l'affaire *Blum Lussier c. Lirange*¹¹⁸⁹. Le juge refuse de réparer le gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat avec le cocontractant en ces termes : « [l]a demanderesse réclame par ailleurs une somme de 53 086 \$ à titre de perte de profits au cours d'une période de quinze ans, celle, selon elle, prévue pour le bail. Il ne peut être fait droit à cette réclamation puisqu'aucun contrat n'est intervenu entre les parties »¹¹⁹⁰. Ce chef de préjudice est également rejeté dans l'affaire *Singh c. Kohli*¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷*Camions Freightliner (Montréal) Inc. c. Entreprises Solidline Inc.*, 2003 CanLII 19710 (QC C.Q.).

¹¹⁸⁸*Id.*, par. 39.

¹¹⁸⁹*Blum-Lussier c. Lirange*, préc., note 567.

¹¹⁹⁰*Id.*, par. 120.

¹¹⁹¹La juge précise dans cet arrêt que si elle avait été suffisamment prouvée, le gain manqué de la perte de chance de conclure avec le co-contractant aurait consisté dans « *the opportunity of purchasing Kripa's shares (which*

En revanche, quelques affaires ont accordé des dommages et intérêts pour le gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat avec le cocontractant en considérant que les critères de certitude et de réalité du préjudice étaient respectés. Ce fut le cas dans l'affaire *Industries Dettson Inc. c. Courchesne*¹¹⁹². Dans cette affaire en effet, le juge Mongeau, considère que :

« la preuve démontre d'une façon prépondérante une perte probable de profits futurs et non une simple perte de chance de réussir. Sans que la certitude de profits puisse exister, la probabilité en ce sens est suffisamment forte. Il y aurait eu une entente entre Dettson et Aston s'il n'y avait pas eu de mauvaise foi de la part des défendeurs et cette acquisition aurait permis à Dettson de réaliser un profit. C'est ce profit perdu qui représente son dommage »¹¹⁹³.

Une affaire plus récente semble aller dans ce sens. Il s'agit de la décision *Billards Dooly's inc. c. Les entreprises Prébour Ltée*¹¹⁹⁴. Cette affaire oppose Dooly's, une société québécoise dirigée par Monsieur Blais qui détient les droits de franchise de l'exploitation de salles de billard utilisé dans environ 70 établissements dans l'est et le centre du Canada pour le Québec et la région de la capitale fédérale et Marcellin Bourdon ainsi que son épouse, Jocelyne Préseault, les actionnaires et administrateurs de la société 3005291 Canada inc. qui opère depuis mars 1995 le salon de billard « Terminus Resto-Billard » à Gatineau. Dooly's souhaite étendre son réseau de franchisés à l'Outaouais. Il entre alors en pourparlers avec la société 3005291 Canada Inc. au sujet de l'achat de franchise. Au total, les parties signent cinq contrats, dont deux relatifs à un établissement existant et trois à l'ouverture d'un nouveau.

may have been a source of revenue, in the form of dividends) and gaining control of the company » (Singh c. Kohli, préc., note 85, par. 94).

¹¹⁹²*Industries Dettson Inc. c. Courchesne*, préc., note 718. Voir dans le même sens : *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541 ; S. NOOTENS, préc., note 1167 ; S. GAUDET, préc., note 1171.

¹¹⁹³*Industries Dettson Inc. c. Courchesne*, préc., note 718, par. 181.

¹¹⁹⁴*Billards Dooly's Inc. c. Entreprises Prébour Ltée*, préc., note 85.

Mais la mise en œuvre de l'opération convenue s'avère plus complexe qu'anticipée si bien que Monsieur Bourdon refuse de signer les contrats de franchise.

Dooly's réclame le versement de dommages et intérêts afin de compenser notamment les pertes de redevances pendant 10 ans pour l'établissement de Hull et 503 000 dollars pour celui d'Aylmer, plus une perte d'un million de dollars à titre de copropriétaire de ce dernier. Le juge de première instance retient que Monsieur Bourdon a rompu de manière abusive les pourparlers avancés. De ce fait, il accorde des montants presque équivalents aux frais de franchise mentionnés au protocole mais refuse la réclamation de Dooly's pour des montants équivalents aux revenus nets qu'elle aurait tirés des deux contrats de franchise. Dooly's se pourvoit à l'encontre de ce jugement qui lui a accordé la somme de 200 804,55 de dollars en dommages, alors qu'elle en réclamait plus de deux millions. Les parties intimées demandent quant à elles que le montant de ces dommages soit réduit au motif notamment que le gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat avec le cocontractant potentiel n'est pas un chef de préjudice réparable.

Au nom de la Cour, l'honorable Pierre Dalphond, juge à la Cour d'appel, statue en faveur de Dooly's. Selon ce dernier en effet, les cinq contrats intervenus entre les parties « constituent dès lors un ensemble contractuel indivisible »¹¹⁹⁵. Par ailleurs, le juge considère que le non-respect du processus stipulé au protocole donne droit à des dommages en vertu de l'article 1458 C.c.Q.¹¹⁹⁶. À ce titre, le juge condamne Bourdon à payer à Dooly's 42 923,63 de dollars en plus de la somme de 250 000 dollars qu'il doit verser à Dooly's avec Prébour. Un tel dispositif revient à allouer une fraction du gain manqué.

¹¹⁹⁵*Id.*, par. 60.

¹¹⁹⁶*Id.*, par. 98.

La solution proposée dans cet arrêt relatif à la réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure avec le cocontractant mériterait selon nous d'être confirmée par d'autres affaires afin de pouvoir admettre qu'elle représente l'état du droit québécois en la matière. En attendant une autre confirmation jurisprudentielle, le droit positif reste à nos yeux encore incertain. Il s'agit en cela d'une grande différence avec le droit français ou allemand pour lesquels le doute n'est plus permis. Ces derniers systèmes juridiques ont en effet, tranché la question de savoir si le gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat avec le cocontractant devait être reconnu comme un chef de préjudice valide¹¹⁹⁷. En effet, après avoir connu le même débat, la France a récemment tranché la question par l'intermédiaire de l'ordonnance du 10 février 2016¹¹⁹⁸. Depuis l'entrée en vigueur de cette réforme, l'article 1112 dispose qu' « [e]n 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 ».

¹¹⁹⁷Le droit allemand rejette ce principe depuis Jhering selon qui « l'acquéreur n'a pas droit à réclamer l'intérêt d'exécution (*Erfüllungsinteresse*), le gain manqué par suite de l'inexécution du contrat : le contrat est nul » (P. ROUBIER, préc., note 646, p. 45). Pour des exemples dans la jurisprudence voir : BGH, 24/06/1998, *NJW* 1998, p. 2900. Une exception est toutefois à noter : BGH 25/11/1992, BGHZ 120, 281 (284s) à l'égard d'une procédure d'appel d'offre que le demandeur n'a pas obtenues mais aurait dû obtenir.

¹¹⁹⁸Les projets de réforme du droit des contrats qui ont précédé l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 rejetaient également le principe de la réparation du chef de préjudice dont on parle. Ainsi l'article 16 du projet de la Chancellerie disposait qu'en cas de rupture abusive d'une négociation contractuelle, « [l]es dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ». Dans le même sens, l'avant-projet Terré précisait à l'article 24 alinéa 3 qu' « [e]n aucun cas les dommages-intérêts ne peuvent compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ». Le projet d'ordonnance disposait pour sa part à l'article 1111: « Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu ». L'expression « perte des bénéfices » a été dans l'ordonnance entrée en vigueur le 10 février 2016 remplacée par celle de « perte d'avantages ».

Cette réforme vient codifier une jurisprudence constante depuis la célèbre décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Manoukian*¹¹⁹⁹. Les faits de cet arrêt de principe sont les suivants : *La société Alain Manoukian* et les consorts X. et Y., actionnaires de la société Stuck, entrent en pourparlers en vue de la cession des actions composant le capital de la société. Le 24 septembre 1997, un projet d'accord qui stipule que plusieurs conditions suspensives devaient être réalisées avant le 31 octobre est établi. Un nouveau projet de cession est soumis par la société Alain Manoukian aux consorts X. et Y. le 13 novembre 1997. Or, le 10 novembre, consorts X. et Y. ont consenti à la société "*Les complices*" une promesse de cession des actions de la société Stuck.

La société Alain Manoukian demande alors aux consorts X. et Y. ainsi qu'à la société "*Les complices*", le versement de dommages et intérêts pour réparer le préjudice résultant de la rupture fautive des pourparlers. La Cour d'appel de Paris, le 29 octobre 1999, condamne les consorts X. et Y. à payer 400 000 francs à titre de dommages-intérêts à *La société Alain Manoukian*. Cette dernière forme un pourvoi en cassation pour avoir limité à 400 000 francs la condamnation à dommages-intérêts des consorts X. et Y. au motif que la perte de chance qu'elle avait d'obtenir les gains espérés tirés de l'exploitation dudit fonds de commerce en cas de conclusion du contrat doit également être compensée.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi car les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. Elle estime dès lors que la Cour d'appel a décidé

¹¹⁹⁹Com. 26 nov. 2003, préc., note 296.

à bon droit que le préjudice subi par *La société Alain Manoukian* n'incluait pas la perte d'une chance d'obtenir ces gains qu'elle pouvait espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce en cas de conclusion du contrat. Le gain manqué par la perte de chance de conclure avec le cocontractant n'est alors pas un chef de préjudice réparable.

S'opère donc à travers cette décision, un rétrécissement des conditions de preuve de la réparation. Comme l'a souligné Madame Menu, « [l]a voie est celle de la restriction »¹²⁰⁰. De même, pour le professeur Mazeaud, cet arrêt vient « bouleverser sensiblement la donne »¹²⁰¹.

Cette affaire, qui a fait jurisprudence¹²⁰², est fondamentale pour le droit français puisqu'elle traite enfin de manière claire de la question de la réparation du gain manqué par la perte de

¹²⁰⁰S. MENU, préc., note 988.

¹²⁰¹Denis MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? », D. 2006.2963.

¹²⁰²Civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164, D. 2006.2963, *RTD civ.* 2006.754, obs. Mestre et Fages ; Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n° 5, D. 2009.297, *AJDI* 2009.298, obs. Dumont-Lefrand, *RTD civ.* 2009.113, obs. Fages, « [...] la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat [...] » ; Com. 18 sept. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 163, D. 2012. 2241, obs. Delpech, *RTD civ.* 2012.721, obs. Fages ; Civ. 3^{ème}, 19 sept. 2012, n° 11-10.532 ; Com. 16 sept. 2014, J.C.P. E. 2014.II.1503, note Fériel, censurant une cour d'appel qui avait indemnisée la perte de chance de réaliser le projet définitif : « [...] la rupture intervenue au cours de cette phase d'études ne peut être à l'origine d'une perte de chance d'aboutir au projet définitif ». De même, « [...] l'article 2 du Protocole précisait que la signature de ce dernier ne comportait aucun engagement de mettre en œuvre le projet mais traduisait la seule volonté des parties d'étudier sa faisabilité et viabilité et de négocier de bonne foi, ce dont il résultait que la rupture intervenue au cours de la phase d'étude ne pouvait être à l'origine d'une perte de chance d'aboutir au projet définitif, la cour d'appel a violé le texte susvisé [...] » ; Com. 1 mars 2011 : *Juris-Data*, n°10-12268 : « en l'absence d'un accord ferme et définitif, le préjudice subi par [le demandeur] n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles il avait fait procéder et non les gains qu'il pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'activité de la société ATS studios ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ». Pour une jurisprudence ancienne voir : « on ne devrait pas tenir compte des avantages dont la partie lésée a été privée par l'inexécution de la convention, ce qui indirectement rendrait la convention obligatoire mais

chance de conclure avec le cocontractant. En effet, pour la première fois, un arrêt se prononce de façon décisive sur les chefs de préjudice à prendre en compte en cas de rupture fautive des pourparlers. Avant cette décision en effet, les juges français admettaient parfois le droit à la réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure le contrat avec le cocontractant. Comme l'ont souligné les professeurs Ghestin, Loiseau et Sérinet, « [l]a jurisprudence des cours d'appel a longtemps été partagée. Il semble qu'elle s'orientait vers la réparation de la perte de la chance qu'avait le négociateur déçu de tirer un profit de la conclusion du contrat »¹²⁰³.

Ce fut le cas dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, qui, le premier avril 1999, a admis la réparation du préjudice tenant « à la perte de chance de la conclusion d'un accord définitif auquel l'intérêt manifesté par la société [auteur de la rupture] pour l'entrée sur le marché hollandais donne une probabilité sérieuse »¹²⁰⁴.

uniquement du préjudice acquis c'est-à-dire des dépenses et dérangements que la promesse non tenue a provoqués, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné » (Rennes, 8 juil. 1924, *DH* 1929.548).

¹²⁰³J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, préc., note 163.

¹²⁰⁴Versailles, 1^{er} avr. 1999, J.C.P. E. 2001.422, note Violet. Pour un exemple plus récent de décision rendue par une Cour d'appel : Paris, 21 janvier 1974, Inédit : admet la réparation de la perte de la chance « offerte de réaliser des bénéfices en cas de création du centre de recherches » informatique faisant l'objet de la négociation. La Cour de cassation elle-même (Civ. 3^{ème}, 12 nov. 2003 : *Juris-Data*, n° 02-10252) ordonne la réparation du préjudice subi par la victime « du fait des démarches accomplies vainement en vue de la vente et de la perte de chance de réaliser une opération envisagée pour loger sa famille et percevoir des revenus locatifs intéressants ». Même positionnement dans l'arrêt de la chambre commerciale (Com. 4 déc. 1990, n° 89-16338, Inédit), approuvant une cour d'appel d'avoir « tenu compte de l'aléa subsistant alors sur la réalisation de ces projets, en affectant d'un coefficient de minoration le préjudice considéré de façon à manifester qu'il ne consistait qu'en une perte de chance) ou encore Com. 25 févr. 2003, n° 01-12660. *Contra* : Versailles, 14 avril 1988 : « en l'absence de contrat conclu l'appelante ne peut prétendre à réparation pour les bénéfices manqués sur lesquels elle ne dispose pas d'un

L'argument de ces juridictions et, de manière générale, des tenants de l'idée suivant laquelle le gain manqué par la perte de chance de conclure avec le cocontractant devrait être indemnisé, est que ce chef de préjudice est réparable lorsque les pourparlers sont avancés et que la conclusion d'un accord ferme et définitif est proche¹²⁰⁵. En effet, alors que les chances de conclure le contrat final sont trop incertaines lorsque les pourparlers ont cours, elles s'intensifient et deviennent de réelles probabilités lorsque ces pourparlers ont atteint un stade avancé ou qu'ils sont formalisés par des accords de principe ou des avant-contrats puisque la passation d'un avant-contrat serait significative de la volonté des parties de faire aboutir leurs discussions.

Ainsi, en cas de pourparlers avancés ou de formalisation des pourparlers, « la victime disposerait d'un droit acquis à sa conclusion du contrat et aux avantages qu'elle peut légitimement en espérer »¹²⁰⁶. En d'autres termes, l'intérêt positif doit être admis « dès l'instant que les partenaires décident de concrétiser leurs négociations en passant un contrat préparatoire »¹²⁰⁷ car « en raison de la rupture de pourparlers très avancés, la victime a

droit acquis ». De même, « la société PMG ne peut en outre prétendre se voir indemnisée, s'agissant de la rupture de pourparlers d'une perte de profit consécutive à la non-réalisation de la cession mais uniquement de la perte de chance de conclure le contrat envisagé et d'en tirer un profit » (Paris, 16 décembre 1998).

¹²⁰⁵Cet argument a également été maintenu après la décision de principe dans l'arrêt *Manoukian*. Certains ont vu dans l'expression « accord ferme et définitif » l'admission par la Cour de la réparation de l'intérêt positif en cas de formalisation des pourparlers par des accords de principe ou des avant-contrats (S. MENU, préc., note 988 ; P. JOURDAIN, préc., note 1117).

¹²⁰⁶*Id.*

¹²⁰⁷S. MENU, préc., note 988.

réellement perdu une chance de conclure le contrat négocié et qu'elle obtienne, de ce fait, une réparation pécuniaire »¹²⁰⁸.

L'affaire *Dooly's* dont nous avons préalablement parlé semble reprendre de tels arguments. Elle laisse à penser qu'en présence de pourparlers très avancés qui auraient, sans la faute du partenaire, mené à la conclusion du contrat final et permis à la victime déçue de retirer de nombreux avantages de l'exécution de ce même contrat, la réparation de ce chef de préjudice pourrait être admise. Dans cette affaire en effet, le juge admet le versement de dommages et intérêts pour compenser une partie des redevances qui auraient été payables en vertu des contrats proposés que le franchisé avait refusé de signer. Cette réparation est accordée car il y avait plus qu'un accord de principe mais un engagement réel à contracter. Le doute est d'autant plus permis qu'une partie de la doctrine québécoise a défendu l'idée¹²⁰⁹.

Dans ces conditions, et en l'attente d'une confirmation jurisprudentielle de la solution de la Cour d'appel dans l'affaire *Dooly's*, il pourrait être intéressant de clarifier la situation en modifiant le *Code civil du Québec* en conséquence. Nous ne sommes pas convaincus par

¹²⁰⁸ *Id.*

¹²⁰⁹ P. LEGRAND jr., « Precontractual Relation in Quebec Law : Towards a Theoretical Framework » (Rapport canadien au Congrès international de droit comparé), Montréal, 1990, dans *Contemporary law*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 213. Un doute est également permis à la lecture de la décision de la juge Bich : « *since there never was any binding agreement to that effect nor a promise to contract, this loss is not a prejudice for which, in my opinion, compensation can be awarded* » (*Singh c. Kohli*, préc., note 85, par. 95). De même, « *With respect, I disagree with the view that such damages may be successfully claimed as a result of the violation of the duty to conduct negotiations in good faith. If that were the case, there would indeed be little or no difference, as far as prejudice and damages are concerned, between violating this duty and violating a promise to contract (art. 1397 C.C.Q.) or refusing to perform a contract (art. 1590 and 1607 C.C.Q.)* » (*Id.*). Si on se fie au discours de la juge, on pourrait dire que s'il y a un contrat ou une promesse, alors le chef de préjudice est admissible.

l'argument suivant lequel le gain manqué par la perte de chance de conclure avec le cocontractant devrait être accordé en cas de pourparlers avancés ou formalisés. Les accords de principe ne peuvent préjuger du résultat des négociations. L'accord de principe est en effet par définition préliminaire et provisoire et ne peut se confondre avec les avant-contrats formalisés comme le pacte de préférence ou la promesse de contrat si bien qu' :

« [a]ussi fautive que soit la rupture des pourparlers, aussi grande que soit la déception, aucune indemnité ne peut être allouée pour compenser la chance perdue de réaliser le profit attendu du contrat. Et peu importe, comme on le voit ici, que ce contrat apparaisse comme le prolongement d'une première phase contractuelle déjà conclue et exécutée ; peu importe que les pourparlers viennent se greffer sur une précédente relation contractuelle »¹²¹⁰.

De plus, l'affaire *Dooly's* ne semble pas être une confirmation de la réparation de l'intérêt positif. Elle a été admise en partie dans cette affaire car l'on se trouvait dans une situation particulière pour laquelle plusieurs contrats avaient déjà été conclus en lien avec la négociation toujours en cours¹²¹¹. Les parties n'étaient plus dans des pourparlers. Elles étaient bel et bien dans une phase contractuelle. Le seul élément qui manquait était la formalisation de l'accord ferme et définitif qui avait déjà commencé à être exécuté. Il n'y a donc pas réparation d'un préjudice précontractuel, sujet qui nous intéresse, mais réparation d'un préjudice subi en raison de la violation d'un contrat. Notre positionnement rejoint ainsi l'opinion de la doctrine majoritaire selon laquelle, comme l'indique un auteur, « *the rupturing of negotiations does not lead to the loss of such an advantage and, certainly, does not allow for compensation of the*

¹²¹⁰Bertrand FAGES, « Rupture des pourparlers : toujours pas d'indemnisation de la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat », *RTD civ.* 2012.721.

¹²¹¹Voir pour un commentaire de cette décision Sébastien LAPOINTE, « Commentaire sur la décision *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Prébour ltée* – Terminaison abusive et ententes interdépendantes dans un contexte de franchises », (2014) *Repères* (EYB2014REP1540).

*profits that the “négociateur déçu” was hoping for, had the contract been concluded, or the loss of the chance to make such profits »*¹²¹².

Surtout, reconnaître un tel chef de préjudice poserait selon nous des difficultés tant juridiques, que pratiques et politiques. Le professeur Cabrillac parle à ce sujet d'« obstacles juridiques fondamentaux »¹²¹³. D'un point de vue juridique en effet, la réparation du gain manqué par la perte de chance de conclure avec le cocontractant contrevient aux règles posées par le législateur en matière de réparation d'un préjudice¹²¹⁴. Nous l'avons déjà évoqué, afin d'être réparé, le préjudice doit être direct et certain même s'il ne s'est pas encore produit s'il s'agit d'un préjudice futur¹²¹⁵. Le gain manqué par la perte de chance de conclure avec un cocontractant est un préjudice futur. Cela signifie que pour être réparé, il faut qu'il « soit susceptible d'appréciation exacte au moment où le tribunal doit le liquider »¹²¹⁶. Autrement dit, les chances d'obtenir des avantages de la conclusion du contrat avec le cocontractant doivent être probables.

Or, une telle probabilité ne nous semble pas exister. Les pourparlers sont par nature incertains et rien ne dit qu'ils auraient mené à la conclusion du contrat dans la mesure où même si le contrat avait été conclu, rien n'indique qu'il aurait correctement été exécuté et aurait permis au

¹²¹²Alessandra IONATA, « Commentaire sur la décision *Singh c. Kohli*, 2015 QCCA 1135 », (2015) *Repères* (EYB2015REP1792).

¹²¹³R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 25.

¹²¹⁴Dans ce sens voir : « La compensation de la perte de chance remettrait en cause plusieurs éléments traditionnels de la responsabilité civile, plus particulièrement, le caractère certain du préjudice et l'exigence d'un lien de causalité allant au-delà d'une simple possibilité » (CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 43, « Perte d'une chance », p. 253).

¹²¹⁵1611 C.c.Q.

¹²¹⁶J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-359, p. 398.

partenaire d'en retirer des gains importants. Comme le soulignent les professeurs Baudouin, Deslauriers et Moore, « [s]i l'acte fautif n'était pas survenu, nul ne peut dire avec certitude si la perte aurait pu être évitée ou le profit réalisé »¹²¹⁷. À cet obstacle juridique s'ajoute donc un obstacle pratique. Comment en effet, le juge peut-il évaluer le gain manqué par la perte de chance de contracter avec le partenaire à la négociation ?

Par ailleurs, le droit de la réparation enseigne également que pour être réparable, le préjudice doit être direct. Autrement dit, ce dernier doit être la conséquence de la faute du cocontractant potentiel. Or, cette condition n'est pas non plus satisfaite. Le fait de rompre les pourparlers empêchant ainsi la conclusion du contrat avec le partenaire potentiel n'est pas une faute en soi. De plus, ce préjudice n'est pas causé par la rupture abusive de la négociation. Il procède exclusivement de la rupture de la négociation, laquelle, en raison du principe de liberté précontractuelle qui domine cette phase du processus contractuel, ne constitue pas une faute. Autrement dit, ce préjudice n'est pas réparable, parce qu'il résulte de la seule rupture de la négociation. Peu importe que cette rupture ait été abusive ou non. Il n'y a donc pas de lien de causalité entre la faute et le préjudice¹²¹⁸ qui est pourtant une condition *sine qua non* pour

¹²¹⁷*Id.*, n° 1-361, p. 400.

¹²¹⁸*Id.*, n° 1-663, p. 709.

qu'un préjudice soit réparé¹²¹⁹. Le professeur Brun a parlé de la « dilution progressive des caractères requis du préjudice pour donner lieu à réparation »¹²²⁰.

Par ailleurs, la réparation de ce chef de préjudice contreviendrait au principe de la liberté contractuelle qui est un des principes essentiels des pourparlers. En vertu de ce principe, chaque partie reste libre de ne pas conclure le contrat envisagé. Or, octroyer à la victime de la rupture des pourparlers, le gain manqué par la perte de chance de conclure avec l'auteur de la rupture de la négociation, reviendrait à obliger ce dernier à conclure indirectement le contrat puisque l'on attribue au demandeur une partie des avantages qu'il aurait eus si les tractations n'avaient pas été rompues et que le contrat avait été conclu. Comme l'indique la professeure Lefebvre « [l]ui donner ouverture reviendrait à accorder, à l'une de parties, le bénéfice d'un contrat qu'elles n'avaient pas l'obligation de conclure »¹²²¹. Dans le même sens, pour le professeur Cabrillac, « le principe de réparation intégrale conduit à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si les négociations n'avaient pas été abusivement rompues, pas à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si les négociations avaient abouties »¹²²².

¹²¹⁹Cet élément a été réaffirmé récemment dans l'affaire *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, par. 140. Le lien de causalité est en revanche présumé en cas de faute lourde. Voir également : « On ne peut logiquement tenir l'auteur d'un acte fautif responsable d'un dommage qui est sans relation avec la faute ou dans la réalisation duquel il n'est pour rien » (J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-665, p. 710).

¹²²⁰Philippe BRUN, « Personnes et préjudice », (2003) 332 *R.G.D.* 187.

¹²²¹B. LEFEBVRE, préc., note 73, à la p. 131.

¹²²²R. CABRILLAC, préc., note 11, p. 25. Voir aussi : Ph MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., note 55, n° 468, p. 269.

Enfin, ce chef de préjudice ne devrait à nos yeux pas être réparable pour des raisons politiques. Selon nous, si le gain manqué par la perte de chance de conclure avec le cocontractant était admis, les juges auraient une grande marge de manœuvre dans leur interprétation du montant de dommages et intérêts à allouer aux parties¹²²³. De plus, si la réparation de ce chef de préjudice était admise, elle pourrait se solder par l'octroi d'un montant particulièrement important de dommages et intérêts. Or, cela conduirait à créer des « victimes avides non seulement de compensation, mais aussi de stigmatisation des responsables »¹²²⁴.

Pour toutes ces raisons, nous pensons que le gain manqué par la perte de chance de conclure avec le partenaire aux négociations ne devrait pas être admis en tant que chef de préjudice. Nous pensons même qu'il est nécessaire de l'inscrire dans la lettre du *Code civil du Québec* suivant ce qui a été fait en France.

Le présent chapitre nous a permis de voir que la réparation par équivalent à travers l'octroi de dommages et intérêts est le remède le plus souvent utilisé afin de compenser un préjudice découlant des pourparlers. Ce préjudice consiste en la perte subie qu'elle soit d'ordre matériel tel que les dépenses occasionnées durant ou à la suite des pourparlers, ou bien d'ordre moral tel qu'une atteinte à la réputation commerciale d'un ancien partenaire à la négociation. Le préjudice consiste également en un gain manqué. Ce dernier est un chef de préjudice plus difficile à reconnaître. Alors qu'il est souvent admis lorsqu'il correspond à la perte de chance de négocier ou de conclure le contrat avec un tiers, il est controversé quand il s'agit de compenser la perte de chance de conclure le contrat envisagé avec le cocontractant.

¹²²³J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 52, n° 1-357, p. 398.

¹²²⁴Ph. BRUN, préc., note 1220.

Le droit québécois actuel ne semble pas suffisamment clair en la matière. Cette remarque vaut également pour tous les autres chefs de préjudice que le chapitre nous a permis d'étudier. C'est pourquoi, nous considérons qu'une modification du *Code civil* est nécessaire afin de préciser les règles en matière de réparation d'un préjudice découlant des pourparlers et la question de son étendue. Certes cette question est avant tout factuelle. Néanmoins, elle est aussi une question de droit à laquelle le législateur doit répondre en posant un cadre qui permettra aux juges de statuer dans les meilleures conditions. Cela permettra de renforcer la sécurité juridique, en mettant fin aux incertitudes de la jurisprudence sur des questions particulièrement importantes. Cela garantira également plus d'égalité entre les justiciables en réduisant les divergences entre les décisions rendues par les juges en la matière. En effet, « la détermination du préjudice réparable fait l'objet d'une appréciation assez contrastée de la part des juges, qui allouent des montants de dommages-intérêts pour le moins divers »¹²²⁵. À ce titre, l'ordonnance du 10 février 2016 entrée en vigueur en droit français en octobre de la même année est particulièrement inspirante. Nous proposons donc la formulation suivante :

« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser le gain manqué par la perte des avantages attendus du contrat définitif non conclu. ».

¹²²⁵J. MESTRE et B. FAGES, « De la rupture fautive de pourparlers », *RTD civ.* 2000.104.

Conclusion du titre

Ce titre relatif à la réparation du préjudice découlant des pourparlers nous a permis de mettre en exergue le fait que les droits québécois, français et allemand préfèrent réparer le préjudice précontractuel à travers l'octroi de dommages et intérêts plutôt qu'en ayant recours à la réparation en nature. Pourtant, nous considérons que dans certains cas, la réparation en nature peut être efficace afin de compenser le préjudice subi. Il ne faudrait donc pas rejeter trop rapidement ce remède et garder à l'esprit la nécessité de toujours s'adapter aux cas d'espèce.

Conclusion de la partie

La question de la réparation du préjudice découlant des pourparlers et celle de la nature de la responsabilité engagée en cas de comportement fautif durant ou à la suite des négociations, sont essentielles. Ce sont elles qui permettent d'assurer la pleine efficacité des règles et des principes applicables aux pourparlers comme le devoir de négocier de bonne foi.

Pour que le droit positif québécois soit plus efficace, il est selon nous nécessaire de modifier le *Code civil du Québec*. Ce dernier reste en effet trop silencieux sur les conditions de mise en œuvre des règles relatives à la négociation précontractuelle, alors qu'il devrait explicitement prévoir la nature de la responsabilité mise en cause en cas de faute commise durant la période précontractuelle, ainsi que la mesure de la réparation qui en découle. Nous proposons en cela de nous inspirer directement des nouvelles dispositions françaises introduites par l'ordonnance du 10 février 2016.

Conclusion

Monsieur Rouiller a souligné que :

« le praticien confronté aux malices de la pratique des affaires est parfois pris de doutes. Tout bien considéré, toutes ces réflexions de juristes sur une responsabilité précontractuelle ne seraient-elles pas autre chose qu'une innocente comptine ? (...) Il faut énergiquement se ressaisir face à ces doutes. Le droit n'a pas à capituler devant les pratiques contraires qui existent dans la vie des affaires ; il doit remplir, le cas échéant malgré elles, et d'autant plus résolument, son rôle et ses fonctions spécifiques »¹²²⁶.

Le droit positif québécois ne capitule pas et remplit son rôle et ses fonctions spécifiques en matière de pourparlers précontractuels. Bien qu'ils ne soient pas directement reconnus et pris en charge par le législateur québécois, les pourparlers sont une réalité juridique. Les cocontractants potentiels qui décident de négocier un contrat en initiant des pourparlers restent libres tout en étant soumis au respect de nombreuses règles juridiques. La plus fondamentale d'entre elles est sans nul doute le devoir de négocier de bonne foi. En cas de non-respect de ces règles, les cocontractants potentiels pourront être sanctionnés à travers le mécanisme de la responsabilité civile qui les obligera à réparer le préjudice subi par un ancien partenaire à la négociation.

Nous le voyons à travers ces quelques lignes, bien que les pourparlers représentent un thème peu traité en droit civil québécois, ils sont loin de représenter une « zone de non droit »¹²²⁷ ou

¹²²⁶N. ROUILLER, préc., note 781, à la p. 58.

¹²²⁷Jean CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, 2^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, n° 24, p. 67.

bien un « no man's land juridique »¹²²⁸. L'objectif de notre thèse de doctorat était de le démontrer.

Notre thèse nous a permis également d'insister sur le fait que, bien que les pourparlers constituent une réalité juridique, celle-ci n'est pas pleinement satisfaisante. C'est pourquoi, nous avons proposé, tout au long de notre étude, des solutions pour compenser les lacunes du droit québécois en la matière. En particulier, nous avons insisté sur la nécessaire modification du *Code civil du Québec* afin qu'il intègre dans sa lettre et de manière explicite la question des pourparlers précontractuels. Actuellement, sans pouvoir parler d'un « silence assourdissant » du législateur, ce dernier ne prend qu'indirectement en charge la période pourtant déterminante de la négociation des contrats.

Cet état du droit positif québécois pourrait convenir si les pourparlers étaient une pratique peu répandue. Or, ceci est loin d'être le cas. En raison de plusieurs facteurs tels que la mondialisation, la libéralisation des échanges ou encore l'internationalisation des affaires, les contrats sont devenus de plus en plus complexes. Leurs enjeux économiques ou financiers et l'impact qu'ils peuvent avoir sur le patrimoine des parties sont également bien plus importants qu'avant la révolution industrielle. Dans ces conditions, la nécessité de recourir à des pourparlers afin conclure un contrat final est devenu quasi-systématique.

Ce phénomène n'est pas exclusif au Québec. Ceci se distingue en revanche quant à la réponse juridique qui y est apportée. Comme l'a illustré notre étude, nombreux sont les systèmes juridiques occidentaux qui ont fait un choix de politique juridique en réformant leur code civil

¹²²⁸D. MAZEAUD, préc., note 82, également cité dans : J. M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, préc., note 82, n° 24, p. 37.

afin d'édicter des règles pour encadrer la phase délicate des pourparlers précontractuels. Nous nous sommes particulièrement intéressés aux cas de la France et de l'Allemagne dont les réformes sont plutôt récentes.

Cette démarche a, nous le pensons, contribué à clarifier le droit tout en assurant davantage de sécurité juridique pour les justiciables et les praticiens du droit. D'un point de vue symbolique, elle a également permis de reconnaître à la phase précontractuelle toute son importance. C'est pourquoi, il serait opportun que le Québec s'inspire du droit comparé afin de faire évoluer la lettre de son *Code* en fonction de ses propres réalités locales. Comme l'explique à propos la professeure Cantin Cumyn :

« [l]'œuvre de modernisation du droit commun a été substantiellement avancée par la codification. Il faut certes s'en réjouir, mais les praticiens du droit insistent sur la nécessité de poursuivre de manière réfléchie et cohérente ce travail afin de conserver au Code civil du Québec la vigueur de la jeunesse (...) l'actualisation du droit et la correction des imperfections restantes »¹²²⁹.

Parmi les pistes destinées à modifier la lettre de la loi générale des contrats, nous ne nous sommes pas positionnés en faveur de l'intégration dans le *Code civil du Québec* du principe de la liberté précontractuelle. Une telle démarche est selon nous inutile. En effet, cette codification nous a paru pertinente dans le cas français car fortement menacée par une appréciation de plus en plus stricte des juges à l'égard du comportement éventuellement fautif d'un cocontractant potentiel. En revanche, nous avons démontré que le positionnement des juges québécois est loin de recouper celui des juges français. Les juges québécois sont plus réticents à reconnaître la responsabilité découlant des pourparlers au motif que la liberté précontractuelle reste le maître mot durant cette période. On a pu y voir une influence marquée

¹²²⁹M. CANTIN CUMYN, préc., note 85, 479.

de la *common law* plus libérale, et qui, de ce fait, refuse encore de reconnaître de manière générale la bonne foi.

En revanche, nous avons repris le choix français de codifier, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le principe relatif au respect des exigences de la bonne foi durant tout le processus précontractuel. Une telle idée permettrait de dépasser la célèbre controverse relative à l'article 1375 du *Code civil du Québec* en tranchant le fait que les parties à la négociation sont soumises, dès leur entrée en pourparlers, au respect du devoir de négocier de bonne foi. Nous proposons donc de reformuler l'article 1375 du *Code* afin qu'il puisse se lire comme suit :

« La bonne foi doit gouverner la conduite des parties dès l'entrée en pourparlers jusqu'à leur rupture éventuelle en passant par leur déroulement, au moment de la naissance de l'obligation, de son exécution ou de son extinction ».

Toutefois, nous n'avons pas été convaincus par la nécessité de définir précisément le contenu d'un tel principe. À nos yeux, seul le devoir précontractuel d'information qui est un corollaire du devoir de négocier de bonne foi et dont le respect est fondamental, non seulement pour le succès des négociations, mais aussi pour la bonne exécution du contrat final devrait être consacré. Pour ce faire, nous avons formulé la disposition suivante :

« Chaque partie qui entreprend des négociations précontractuelles est tenue d'informer son partenaire lorsque ce dernier n'a pas la possibilité de se renseigner lui-même et que cette information est déterminante pour le consentement à donner au contrat final envisagé.

La responsabilité extracontractuelle de celui qui était tenu à ce devoir précontractuel d'information mais ne l'a pas respecté peut être engagée. Si un contrat est conclu en dépit de ce manquement, la théorie des vices du consentement peut s'appliquer et le contrat peut être annulé ».

Partant du postulat suivant lequel des règles ne sont efficaces que si elles sont sanctionnées, il nous est apparu intéressant de codifier de manière expresse le fait que la responsabilité civile d'un cocontractant potentiel peut être engagée en cas de faute précontractuelle. Plus précisément, la nature de la responsabilité découlant des pourparlers doit être clairement présentée en adoptant le positionnement de la doctrine majoritaire qui reconnaît que bien qu'elle soit généralement de nature extracontractuelle, la responsabilité découlant des pourparlers peut, dans le cas de pourparlers formalisés, être contractuelle. Nous proposons donc l'intégration dans le *Code civil du Québec* de la disposition suivante :

« La responsabilité encourue en cas de faute lors de l'initiative, le déroulement ou la rupture des pourparlers est de nature extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité est de nature contractuelle si les pourparlers ont été précédés de la conclusion d'un avant-contrat. La preuve de cet avant-contrat pourra être apportée par tous moyens, notamment l'échange de documents ».

Enfin, notre thèse de doctorat nous a permis d'insister sur le fait que lorsque la responsabilité d'un ancien cocontractant potentiel est engagée, ce dernier doit réparer le préjudice subi par son partenaire à la négociation du fait de sa faute. À cette fin, il serait intéressant que le Québec s'inspire du droit français afin d'admettre la réparation en nature en cas de violation d'un avant-contrat. L'article 1397 du *Code civil du Québec*, qui rejette actuellement cette idée, pourrait être formulé ainsi :

« Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'une promesse de contracter, le bénéficiaire de celle-ci, peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu s'il prouve que le tiers connaissait l'existence de la promesse et son intention de s'en prévaloir.

« Le bénéficiaire de la promesse de contracter peut également formuler un recours en dommages-intérêts contre le promettant et le tiers qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier.

« Il en est de même d'un contrat conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence ».

Dans le même temps, la mesure de la réparation par équivalent qui est bien souvent préférée à la réparation en nature mais qui soulève de nombreuses difficultés pratiques devrait être délimitée. C'est pourquoi, nous proposons de préciser que :

« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser le gain manqué par la perte des avantages attendus du contrat définitif non conclu. ».

Ces propositions ont été formulées afin que le *Code civil* ne fasse plus l'impasse sur la négociation précontractuelle. Dans la mesure où, « [a]ucune règle de droit n'est neutre, et en particulier toutes les règles de droit des contrats sont inspirées par des choix politiques »¹²³⁰, nous avons tenté à travers cet exercice de formulation de nouvelles dispositions de préserver un équilibre entre la liberté et la justice contractuelles. Cette thèse de doctorat s'adresse en partie au législateur québécois. Nous espérons qu'elle lui permettra de nourrir sa réflexion relative à la modification éventuelle du *Code* pour y consacrer les pourparlers précontractuels, une phase dans la vie des contrats devenue essentielle. Néanmoins, nous sommes conscients que ce chemin est encore long car, comme l'a souligné le professeur Cabrillac, « [l]a naissance et l'épanouissement des codes sont consubstantiels à une volonté politique »¹²³¹.

¹²³⁰M. FABRE-MAGNAN, préc., note 55, n° 107, p. 132.

¹²³¹R. CABRILLAC, préc., note 108, 537.

Table de la législation

Textes québécois

Charte québécoise des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12

Code civil du Bas Canada, S.Q. 1865, c. 41

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q. c. P-40.1

Textes français

Code civil des français

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26

Texte allemand

Bürgerliches Gesetzbuch

Table de la jurisprudence

Jurisprudence canadienne et québécoise

- 2760-1699 *Québec Inc. c. Lamarre*, [2004] R.D.I. 128 (C.S.)
- 3090-6499 *Québec Inc. c. Hartt*, [1995] R.D.I. 289 (C.Q.)
- 9096-9031 *Québec Inc. c. Champagne*, 2004 CanLII 27314 (QC C.S.)
- 9096-9031 *Québec Inc. c. Champagne*, 2005 CanLII 616 (QC C.A.)
- 9099-7594 *Québec Inc. c. Les investissements Imqua Inc.*, REJB 2001-25144 (C.S.)
- 2991292 *Canada Inc. c. JCorp Inc.*, 2010 QCCS 6022
- 4300912 *Canada Inc. c. Landry*, 2011 CanLII 3297 (QC C.S.)
- 4300912 *Canada Inc. c. Landry*, 2016 CanLII 1273 (QC C.S.)
- 4379047 *Canada Inc. c. Papagiannis*, 2017 CanLII 576 (QC C.A.)
- Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt Inc.*, 1999 CanLII 10611 (QC C.Q.)
- Axor Construction Canada Inc. c. Bibliothèque et Archives nationales du Québec*, 2012 QCCA 1228
- Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554
- Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429
- Banque nationale c. Courtemanche*, J.E. 94-390 (C.S.)
- Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339
- Béland c. Thibeault*, 1997 CanLII 6403 (QC C.Q.)
- Bergeron c. Di Palma*, 2017 CanLII 7722 (QC C.Q.)
- Bergeron c. Pharmaprix Inc.*, 2015 QCCA 687
- Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71
- Billards Dooly's Inc. c. Entreprises Prébour Ltée*, 2014 CanLII 842 (QC C.A.)
- Blum-Lussier c. Lirange*, 2006 CanLII 657 (QC C.S.)
- Bolduc c. Decelles*, J.E. 96-598 (C.Q.)
- Caisse Populaire Desjardins St-Paul c. 2858-3870 Québec Inc.*, REJB 98-05991 (C.S.)

Camions Freightliner (Montréal) Inc. c. Entreprises Solidline Inc., 2003 CanLII 19710 (QC C.Q.)

Centre commercial Innovation Inc. c. Métro Richelieu Inc. 2008 QCCS 2870

Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. c. Hydro-Québec, 2016 QCCA 1229

Cinar corporation c. Robinson, 2013 CSC 73

Christie v. York Corp., [1940] S.C.R. 139

Comeau c. Société immobilière Trans-Québec Inc. J.E. 97-112 (C.S.)

Compagnie France Film Inc. c. Imax Corporation, 2001 CanLII 18466 (QC C.A.)

Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec c. Services informatiques Decisionone, 2003 CanLII 29394 (QC C.A.)

Cosmo Underwear Co. c. Valleyfield Silk Mills Ltd., [1962] R.C.S. 418

Dorval c. Montréal, 2015 QCCA 1607

Dostie c. Sabourin, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.)

Dunkin' Brand Canada Ltd c. Bertico Inc., 2015 QCCA 624

Emballages Box Pack Inc. c. Emballages DG Inc., 2009 CanLII 1968 (QC C.S.)

Érablière G.F. Marois Inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec, 2016 CanLII 87 (QC C.A.)

Ferme Gross et Fils Inc. c. Fafard, 2011 CanLII 1406 (QC C.S.)

Fiorito c. Contingency Insurance Co., [1971] C.S. 1

Fiset c. Développement Québec métro Inc., J.E. 96-41 (C.A.)

Fortier c. Gagné, 1998 CanLII 11864 (QC C.S.)

Friedman c. Ruby, 2012 CanLII 1778 (QC C.S.)

Gareau auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce, 1989 CanLII 594 (QC C.A.)

Goulet c. Carrière, 2014 CanLII 5801 (QC C.S.)

Houle c. Banque canadienne nationale, [1990] 3 R.C.S. 122

Immobilière (L'), société d'évaluation conseil Inc. c. Évaluations BTF Inc., J.E. 2009-1835 (C.A.), EYB 2009-164412

Importations de chaussures Vulcano Ltée c. Garderie A moi mes enfants Inc., 2014 QCCA 1225

Industries Dettson Inc. c. Courchesne, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.)

Infineon Technologies AG c. Option consommateurs, 2013 CSC 59

Jacol Realty Holdings Inc. c. Conseil d'expansion économique d'Argenteuil, [1986] R.J.Q. 2295 (C.A.)

Jolicoeur c. Rainville, 2000 CanLII 30012 (QC C.A.)

Journey Freight International Inc. c. 9228-8299 Québec Inc., 2014 QCCQ 3296

Kechichian c. RRX Medical Inc., 2012 QCCA 2077

Kyriacou c. London, 2011 CanLII 186 (QC C.S.)

Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574

Lafferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541

Landry c. 4300912 Canada Inc., 2013 CanLII 835 (QC C.A.)

Lirange c. Blum-Lussier, 2007 QCCA 1735

Maltais c. Simard, 2006 QCCA 614

Martel Building Ltd. c. Canada, [2000] 2 R.C.S. 860

Meunerie Philippe Dalphond & Fils Inc. c. Joliette (ville de), J.E. 97-450 (C.S.)

Nouveautés Camac Inc. c. Promotions atlantiques Inc., J.E. 94-796 (C.S.)

Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc., 2007 CanLII 476 (QC C.S.)

Péladeau c. Placements Péladeau Inc., 2015 QCCA 1724

Premier Tech Ltée c. Dollo 2015 QCCA 1159

Produits forestiers Fortin c. Lemay, J.E. 95-1393 (C.S.)

Proulx c. Bouliane, J.E. 97-238 (C.S.)

Quaker Oats Co. of Canada v. Côté, [1949] B.R. 389

Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Caron, [1992] R.J.Q. 1084 (C.S.)

Raschella c. 3633713 Canada Inc., 2003 CanLII 25950 (QC C.A.)

Reliable Parts Ltée c. Midbec Ltée, 2014 QCCA 4

Romanesky c. Romanesky, [1989] R.D.I. 636 C.A.

Salvatore-Lirange c. Blum-Lussier, 2007 QCCA 1735

Singh c. Kohli, 2015 CanLII 1135 (QC C.A.)
Société en commandite de Copenhague c. Corporation Corbec, 2012 QCCS 169
Société immobilière du Québec c. C. & G. Fortin Inc., 2014 QCCA 730
Société immobilière Trans-Québec Inc. c. 2981092 Canada Inc., 1998 CanLII 13209 (QC C.A.)
St-Denis c. Quévillon et al., [1915] R.C.S. 603
St-Laurent c. Ouellet, [1984] C.A. 124
St-Pierre Gendron c. Bourque, [1991] R.L. 25 (C.A.)
Turpin c. Banque de développement du Canada, 2013 QCCA 893
Vachon c. Lachance, 2001 CanLII 39911 (QC C.S.)
Varin c. Laprade, REJB 98-05724 (C.Q.)
Verrelli c. Brave, J.E. 94-297 (C.S.), [1994] R.D.I. 85
Versant nord Tremblant Inc. (Le) c. BRCE Inc., 2007 QCCS 59
Vidéotron ltée c. Rogers Wireless Partnership, 2009 QCCS 996
Viel c. Entreprises immobilières du Terroir Inc., 2002 CanLII 63135 (QC C.A.)
Vince-Iafa Construction Inc. c. Magil Construction Ltée, J.E. 97-145 (C.S.)
Wabasso c. The National Drying Machine, [1981] 1 R.C.S. 578
Walsh et Brais Inc. c. Montréal (Communauté urbaine), REJB 2001-26439
Warnex Pharma Inc. et al c. Cirion Biopharma Recherche Inc., EYB 2003-38229
Wolofsky c. Trust général Inc., 1993 CanLII 3569 (QC C.A.)
Wrebbit Inc. c. Benoit, [1998] R.J.Q. 3219 (C.S.)

Jurisprudence française

Req. 15 avr. 1902, S. 1902.1.316 ; *DP* 1903.1.38

Paris, 27 mars 1912, *Gaz. Pal.* 1912.2.210

Req. 12 janv. 1926, S. 1926.1.183, *DH* 1926.116

Colmar, 5 déc. 1928, *Revue de Jurisprudence d'Alsace-Lorraine* 1929.324

Soc. 24 mars 1958, obs. Carbonnier
Civ 1^{ère}, 20 juin 1961, D. 1962.3
Pau, 14 janv. 1969, D. 1969.716, *RTD civ.* 1970.358, obs. Durry
Civ. 3^{ème}, 3 oct. 1971, *Thémexpress* n° 46
Com. 11 oct. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 237
Civ. 1^{ère}, 30 nov. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 288
Com. 20 mars 1972, *Bull. civ.* IV, n° 93, J.C.P. G. 1973.II.17543, note Schmidt, *RTD civ.* 1972.779, obs. Durry
Civ. 3^e, 3 oct. 1972, *Bull. civ.* III, n° 491
Civ 3^{ème}, 15 nov. 1972, *Bull. civ.* III, n° 616
Paris, 15 mai 1975, J.C.P. 1976.II.18265, note Boitard et Dubarry
Rennes, 9 juill. 1975, D. 1976.417
Civ. 1^{ère}, 12 avr. 1976, *Bull. civ.* I, n° 122
Civ 3^{ème}, 22 avr. 1976, *Bull civ.* III, n° 165
Com. 3 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 208, D. 1980.55, note Schmidt-Szalewski, *RTD com.* 1979.250, obs. Chavanne et Azéma
Com. 25 juin 1980, n° 78-13532, *Bull. civ.* IV, n° 276
Rouen, 13 janv. 1981, D. 1983.53, note Lucas
Com. 25 févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 109
Com. 4 oct. 1982, n° 002-028
Com. 11 janv. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 16
Cons. const. 20 juill. 1988, *Rec. Cons. const.*, p. 244
Paris, 1^{er} févr. 1989, *Juris-Data* n° 1989-02-0420
Riom, 10 juin 1992, *RTD civ.* 1993.343, obs. Mestre
Angers, 25 nov. 1992, jurisprudence n° 71
Com. 15 déc. 1992, *RTD civ.* 1993.577, obs. Mestre
Aix-en-Provence, 16 sept. 1993, jurisprudence n° 72

Com. 12 oct. 1993, *Express Documents*, n° 2513.12

Civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 91-10199, *Bull. civ. I*, n° 174

Com. 22 fév. 1994, *Bull. civ. IV* n° 79, *RJDA* 1994.765, *RTD civ.* 1994.849, obs. Mestre, *Rev. jur. com.* 1996.105, note Karimi

Civ. 3^e, 16 mars 1994, *Bull. civ. III*, n° 58

Versailles, 6 janv. 1995, *IBM c. CGE*, Inédit

Civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, J.C.P. 1996.II.22736, note Lucas

Paris, 18 janv. 1996, *D. Affaires* 1996.292, 294

Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, D. 1997.551, note Matsopoulo et Mestre, *RTD civ.* 1998.97, obs. Mestre

Com. 7 janv. 1997, D. 1998.45, note Chauvel

Paris, 14 févr. 1997, J.C.P. 1998.II.0000, note Fages

Com. 22 avr. 1997, D. 1998.45, note Chauvel

Civ. 3^{ème}, 30 avr. 1997, *Bull. civ. III*, n° 96, D. 1997.475, note Mazeaud, *Défrénois*, 1997.1007, obs. Delebecque, J.C.P. G. 1997.II.22963, note Thuillier, *RTD civ.* 1997.685, obs. Gautier, et 1998.98, obs. Mestre

Civ. 1^{ère}, 6 janv. 1998, *D.A.* 1998.242, J.C.P. 1998.II.10066, note Fages, *Rép. not.* 1998.741, obs. Mazeaud

Com. 7 avr. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 126, *RTD civ.* 1999.78, obs. Mestre, J.C.P. E. 1999.IV.169, note Mousseron

Com. 12 janv. 1999, n° 96-14604

Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, *RJDA* 2000.949

Cons. const. 19 déc. 2000, *Rec. Cons. const.*, p. 190

Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, n° 98-17494

Com. 20 juin 2000, *RJDA* 2000.1068

Paris, 19 janv. 2001, D. 2001.677

Com. 18 juin 2002, n° 99-16488, *RTD civ.* 2003.282

Com. 15 oct. 2002, *RTD civ.* 2003.282, obs. Mestre et Fages, n° 00-13738

Civ. 3^{ème}, 12 nov. 2003, n° 02-10252

Com. 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 186, D. 2004.869, obs. Dupré-Dallemagne, J.C.P. E. 2004.738, note Stoffel-Munck, *RTD civ.* 2004.80 obs. Mestre et Fages, *R.D.C.* 2004/257, note Mazeaud, CCE 2004.31, note Stoffel-Munck, n° 00-10243 et n° 00-10949

Paris, 16 mars 2004, *Juris-Data* n° 2004-245517

Paris, 7 mai 2004, *RJDA* 2004.1078

Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, D. 2005.1462, note Cathiard

Com. 13 déc. 2005, n° 04-11020, *RTD civ.* 2007.562, obs. Fages

Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376 et n° 03-19496, *RTD civ.* 2006.550, obs. Mestre et Fages, D. 2006.1861, note Gautier et Mainguy, *RDC*, 2006.4.1080, obs. Mazeaud et 1131, obs. Collart Dutilleul, J.C.P. G. 2006.II.10142, obs. Leveneur, *Défrénois* 2006.1206, obs. Savaux

Civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164, D. 2006.2963, note Mazeaud, J.C.P. 2006.II.10130, *RTD civ.* 2006.754, obs. Mestre et Fages, *RTD civ.* 2006.770, obs. Jourdain, n° 04-20040

Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, *Bull. civ.* III, n° 25, D. 2007.2444, note Theron, J.C.P. G. 2007.II.10143, note D. Bert, J.C.P. E. 2007, n° 19, note Lecuyer, *RDC* 2007.70, obs. Mazeaud et 741, obs. Viney, *Défrénois* 2007, p. 1048, note Libchaber, *RTD civ.* 2007.366, obs. Gauthier, et p. 768, obs. Fages.

Paris, 13 sept. 2007, Inédit

Com. 20 nov. 2007, n° 06-17289

Douai, 27 mars 2008, *Juris-Data* n° 2006-06160

Civ. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n° 5, D. 2009.297, *RTD civ.* 2009.113, obs. Fages, *AJDI* 2009.298, obs. Dumont-Lefrand, n° 07-20783

Com. 17 mars 2009, n° 08-12.830, Inédit

Civ. 3^{ème}, 25 mars 2009, n° 08-12.237, *Bull. civ.* V, n° 69, D. 2009.1020, *id.* 2010.224, obs. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson, *AJDI* 2010.72, obs. Prigent

Versailles, 10 sept. 2009, *Juris-Data* n° 08-04982

Com. 13 oct. 2009, n° 08-16634

Com. 4 mai 2010, n° 09-14415

Com. 9 nov. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 172

Civ. 3^{ème}, 3 janv. 2011, n° 10-20936 ; *Bull. civ.* III, n° 185 ; D. 2011.2794, obs. Forest ; J.C.P. G. 2012.63, obs. Gauthier ; *AJDI* 2012.584, note Damas

Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull. civ.* III, n° 77, D. 2011.1457, note Mazeaud, *id.* 1273, édito. Rome, *id.* 1460, note Mainguy, *id.* 2679, chron. Monge et Goanvic, *id.* 2012.459, obs. Amrani-Mekki et Mekki, *AJDI* 2012.55, obs. Cohet-Cordey, *RTD civ.* 2011.532, obs. Fages

Com. 10 janv. 2012, D. 2013.391, note Amrani-Mekki et Mekki, *RDI* 2012/4.222, *RTD civ.* 2012.311, obs. Fages, *RTD com.* 2012.174, obs. Legeais, n° 10-26149

Bourges, 23 févr. 2012, *Juris-Data* n° 2012-21107

Civ. 3^{ème}, 6 juin 2012, n° 11-30142, Inédit

Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2012, n° 11-27340

Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, *RTD civ.* 2013.594, obs. Barbier, *RTD com.* 2013.579, obs. Bouloc, n° 12-16563

Com. 11 juin 2013, n° 12-22296

Civ. 3^{ème}, 12 juin 2013, n° 12-19105

Cons. const. 13 juin 2013, *Rec. Cons. const.*, n° 672

Paris, 20 déc. 2013, *Juris-Data* n° 12-10070, *RTD civ.* 2014.358, obs. Barbier

Paris, 20 mars 2014, *Juris-Data* n° 12-02256

Versailles, 8 avr. 2014, *BRDA* 10/14, n° 10

Civ. 3^{ème}, 9 avr. 2014, n° 13-13949, D. 2014.926

Civ. 3^{ème}, 11 juin 2014, n° 13-18869, Inédit

Com. 16 sept. 2014, n° 13-16524

Com. 2 juin 2015, n° 14-15632

Com. 10 nov. 2015, n° 14-18844

Com. 16 févr. 2016, *Gaz. Pal.*, 2016.16.21, note Houtcieff, n° 13-28448

Com. 6 nov. 2016, n° 11-26582, D. 2012.3014, note Dondero

Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2016, n° 15-25352, Inédit

Jurisprudence allemande

RG, Urteil 29.11.1909

RG, 24 sept 1918

BGHZ 49, 77, 82

BGH *WM* 1955, 728, 729

BGH, *NJW* 1957, 746

BGH *NJW* 1962, 31

BGHZ 66, 51 n° 26, *NJW* 1967, 2199

BGH *WM*, 1969, 595, *NJW* 1970, 1840

BGH *NJW*, 12 juin 1975, vol. 39, p. 1774, cas n° 29

RGZ 78, 239 n° 25

BGH *NJW-RR* 1989, cas n° 627

BGH, 25 nov. 1992, *BGHZ* 120, 281 (284s)

BAG *DB* 1995, 2347

BGH *NJW* 2001, 1065

Jurisprudence anglaise

Walford v. Miles (1992) 2 AC 12, House of Lords

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

ARBOUR, M.-È., *Fragments de droit québécois et canadien. Histoire, mixité, mutations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012

ATIAS, Ch., *Savoir des juges et savoir des juristes : mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, coll. « McGill Legal Studies », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990

BAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

BAUDOIN, J.-L., P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 8^e éd., vol. 1 « Principes généraux », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014

BAUDOIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., par P.-G. JOBIN, avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

BAUDOIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013

BECK, U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, coll. « Champs Essais », Paris, Flammarion, 2008

BEIGNIER, B., C. BLÉRY et A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, 5^e éd., coll. « Cours », Paris, L.G.D.J., 2016

BÉNABENT, A., *Les obligations*, 15^e éd., coll. « Domat droit privé », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2016

BENAC-SCHMIDT, F., *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, t. 177, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1983

BOISSIER, G., *L'Afrique romaine. Promenades archéologiques en Algérie et en Tunisie*, 9^e éd., Paris, Hachette, 1895

BOODMAN, M., J. E. C. BRIERLEY et R. A. MACDONALD, *Quebec civil law. An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993

CABRILLAC, R., *Droit des obligations*, 12^e éd, coll. « Cours. Droit privé », Paris, Dalloz, 2016

CABRILLAC, R., *Droit européen comparé des contrats*, coll. « Systèmes : cours », Paris, L.G.D.J., Lextenso, 2012

CABRILLAC, R., *Droit européen comparé des contrats*, 2^e éd., coll. « Systèmes : cours », Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2016

CABRILLAC, R. (dir.), *Hommage à Pierre Catala*, coll. « Thèmes & commentaires. Actes », Paris, Dalloz, 2013

CABRILLAC, R., *Les codifications*, coll. « Droit, éthique, société », Paris, Presses universitaires de France, 2002

CABRILLAC, R., *Les pourparlers pré-contractuels : regard comparatiste dans une perspective européenne*, 15^e Conférence Albert-Mayrand, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Éditions Thémis, 2012

CARBONNIER, J., *Droit civil*, 2^e éd., t. 2 « Les biens. Les obligations », coll. « Quadriges Manuels », Paris, Presses universitaires de France, 2017

CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 1996

CARON, V., *Jalons pour une théorie pragmatique de l'interprétation du contrat : du temple de la volonté à la pyramide de sens*, coll. « Prix Thémis de la meilleure thèse 2015 », Montréal, Éditions Thémis, 2016

CATALA, P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, coll. « textes et commentaires », Paris, La Documentation française, 2006

COHÉRIER, A., *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Paris, Les Presses Modernes, 1939

COLLART DUTILLEUL, F., *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, coll. « Immobilier, droit et gestion », Paris, Sirey, 1988

CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *La formation du contrat. L'avant-contrat*, 62^e congrès des notaires de France, Lyon, A. Rey, 1964

COURDIER-CUISINIER, A.-S., *Le solidarisme contractuel*, vol. 27, coll. « Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux », Paris, LexisNexis Litec, 2006

CRÉPEAU, P.-A., et É. CHARPENTIER, *Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ?*, Scarborough, Carswell, 1998

DAGOT, M., *Le pacte de préférence*, Paris, Litec, 1988

DANIS-FATÔME, A., *Apparence et contrat*, t. 414, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2004

DAVID, R., C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., coll. « Précis Droit privé », Paris, Dalloz, 2016

DAVID-CONSTANT, S., *La bonne foi : actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1990

- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, vol. 6 « Effets des obligations », Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931
- DESIDERI, J.-P., *La préférence dans les relations contractuelles*, Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1997
- DISSAUX, N. et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Commentaires des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris, Dalloz, 2016
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., Paris, Aubouin, Emery, Clouzier, 1697
- DUCHARME, L., *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005
- FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, coll. « Anthologie du Droit », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J. Lextenso, 2014
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, 2^e éd., t. 1, « Contrat et engagement unilatéral », coll. « Thémis droit », Paris, Presses universitaires de France, 2010
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, 4^e éd., t. 1 « Contrat et engagement unilatéral », coll. « Thémis droit », Paris, Presses universitaires de France, 2016
- FAGES, B., *Droit des obligations*, 3^e éd., coll. « Manuels Droit privé », Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2011
- FAGES, B., *Droit des obligations*, 7^e éd., coll. « Manuels Droit privé », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2017
- FERRARIS, J., *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, coll. « Recherches. Droit & sciences-politiques », Paris, Publibook, 2003
- FLOUR, J., J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, 16^e éd., t. 1 « L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs », coll. « Sirey Université. Série Droit privé », Paris, Sirey, 2014
- FROMONT, M. et A. RIEG, *Introduction au droit allemand : République Fédérale*, coll. « Les systèmes de droit contemporains », t. 1, Paris, Cujas, 1977
- GENDRON, Fr., *L'interprétation des contrats*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015
- GHESTIN, J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, coll. « Anthologie du droit », Paris, L.G.D.J. 1962
- GHESTIN, J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 « Le contrat - Le consentement », 4^e éd. par J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013

- GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. par J.-P. LÉVY, coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2003
- GORPHE, Fr., *Le principe de la bonne foi*, Paris, Dalloz, 1928
- GOUNOT, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912
- GRÉGOIRE, M. A., *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003
- GRÉGOIRE, M. A., *Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010
- HILSENRAD, A., *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, Paris, Éditions internationales, 1932
- JALUZOT, B., *La bonne foi dans les contrats. Étude de droit comparé de droit français, allemand et japonais*, vol. 5, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2001
- JOBIN, P.-G., *Le louage de choses*, coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 1989
- JUEN, E., *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, t. 568, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2016
- KARIM, V., *Les obligations*, 4^e éd., vol. 1 « Articles 1371 à 1496 », Montréal, Wilson & Lafleur, 2015
- LABARTHE, F., *La notion de document contractuel*, t. 241, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1994
- LACROIX, M., *L'illicéité : essai théorique et comparatif en matière de responsabilité civile extracontractuelle pour le fait personnel*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013
- LAITHIER, Y.-M., *Droit comparé*, coll. « Cours Dalloz. Série droit privé », Paris, Dalloz, 2009
- LANGÉVIN, L. et N. VÉZINA, « Le contrat », dans Collection de droit 2017-18, École du Barreau du Québec, vol. 6, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017
- LARROUMET, Ch., *Traité de droit civil*, t. 3 « Les obligations, le contrat », 8^e éd. par Ch. LARROUMET et S. BROS, coll. « Corpus droit privé », Paris, Economica, 2016
- LEDUC, É., *Des avant-contrats*, Paris, A. Rousseau, 1909
- LEFEBVRE, B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

- LEVESQUE, F., *Précis de droit québécois des obligations. Contrat, Responsabilité, Exécution et extinction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014
- LÉVY, J.-P. et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. « Précis Dalloz. Droit privé », Paris, Dalloz, 2010
- LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012
- MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Montréal, Éditions Thémis, Paris, Dalloz, 2008
- MALAURIE, Ph., L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2015
- MALAURIE, Ph., L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9^e éd., coll. « Droit civil », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2017
- MALEVILLE, M.-H., *Pratique de l'interprétation des contrats. Étude jurisprudentielle*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1991
- MARKESINIS, B. S., H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2^e éd., Oxford (Portland), Hart Publishing, 2006
- MARTY, G., et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 2 « Les sources », 2^e éd., Paris, Sirey, 1988
- McENDRICK, E., *Contract law, text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003
- MORIN, M., *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004
- MORIN, S., *Le dommage moral et le préjudice extrapatrimonial*, coll. « La référence (Barreau du Québec) », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011
- MOUSSERON, J. M., *Technique contractuelle*, 5^e éd. par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2017
- MOUSSERON, J. M., M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2001
- OPPETIT, B., *Droit et modernité*, coll. « Doctrine juridique », Paris, Presses universitaires de France, 1998
- OURLIAC, P. et J. de MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit. Les Obligations*, coll. « Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques », Paris, Presses universitaires de France, 1957
- PÉDAMON, M., *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., coll. « Droit des affaires », Paris, L.G.D.J., 2004

PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001

PORTALIS, J.-E.-M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Jourbet, 1844

POTHIER, R. J., *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, t. 1 « Traité du contrat de vente », Débure, Paris, 1762

ROBAYE, R., *Le droit romain*, 5^e éd., Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2016

RODIÈRE, R. (dir.), *La formation du contrat*, coll. « Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché commun », Paris, Éditions A. Pedone, 1976

ROUBIER, P., *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, coll. « Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence », Paris, A. Rousseau, 1911

SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel procédural*, 2^e éd., v. 2, t. 2 « Conséquences et aspects divers de la responsabilité », Paris, L.G.D.J., 1951

SCHMIDT, J., *Négociation et conclusion de contrats*, coll. « Manuel Dalloz de droit usuel », Paris, Dalloz, 1982

SERNA, J.-C., *Le refus de contracter*, vol. 76, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 1967

STOFFEL-MUNCK, Ph., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, t. 337, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2000

TANCELIN, M., *Des obligations : Contrat et Responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988

TANCELIN, M., *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009

TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, 10^e éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2015

TERRÉ, F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2008

TERRÉ, F., Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., coll. « Précis. Droit privé », Paris, Dalloz, 2013

TESTU, F. X., *Contrats d'affaires*, coll. « Dalloz Référence », Paris, Dalloz, 2010

TISSEYRE, S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, coll. « Institut de Droit des Affaires », Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012

Le TOURNEAU, Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 11^e éd., coll. « Dalloz Action 2018/2019 », Paris, Dalloz, 2017

VANWIJCK-ALEXANDRE, M., *La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats*, Liège, Annales de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1980

VINEY, G., P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J. Lextenso, 2013

VOUIN, R., *La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939

WIJFFELS, A., *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005

WITZ, C., *Le droit allemand*, 2^e éd., coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 2013

WITZ, C. et F. RANIERI, *La réforme du droit allemand des obligations : colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, vol. 3, coll. « Droit privé comparé et européen » Paris, Société de législation comparée, 2004

ZWEIGERT, K. et H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, Toronto, Oxford University Press, 1998

Articles de revue et études d'ouvrage collectif

ALBARIAN, A., « De l'impératif de liberté (pré)contractuelle dans le contentieux de la rupture », (2010) 3 *R.D.A.I.* 252

ALBERTINI, J. A., « Les mots qui vous engagent... », D. 2004.230

ALBERTINI, M. et É. AMAR, « La rupture abusive des pourparlers », *LPA* 2013.195.6

ALLARD, F., « La *Charte des droits et libertés de la personne* et le *Code civil du Québec* : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'"harmonie ambiguë" », (2006) *R. du B.* 33

ANCEL, P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », (2011) 45 *R.J.T.* 87

ANGUS, D., « Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec », (1962) 8 *McGill L.J.* 150

ASFAR-CAZENAVE, C., « Le nouveau droit français des contrats », (2015) 49 *RJTUM* 717

AZARD, P., « L'orientation des règles de la responsabilité civile en droit québécois », (1966) 26 *R. du B.* 474

- BALAT, N., « Les malentendus historiques en droit des obligations », dans N. LAURENT-BONNE, N. POSE et V. SIMON (dir.), *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, coll. « Histoire du droit & des institutions », Paris, Mare & Martin, p. 253
- BARBIER, H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.* 2016.2.247
- BAUDOIN, J.-L., « Conférence de clôture », dans P.-A. COMEAU (dir.), *Le Nouveau Code civil du Québec : un bilan*, coll. « Études critiques », Montréal, Wilson et Lafleur, 1995, p. 326
- BAUDOIN, L., « Originalité du droit du Québec », (1950) 10 *R. du B.* 121
- BEIGNIER, B., « La conduite des négociations », *RTD com.* 1998.51.3.463
- BEYNEIX, I. et L.-C. LEMMET, « La négociation des contrats », *RTD com.* 2016.1.1
- BOSCO, D., « Comparaisons franco-suisse autour des clauses de non-concurrence », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, coll. « Institut de Droit des Affaires. Centre de Droit Économique », Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 115
- de BOTTINI, R., « La nature du recours pour rupture de fiançailles », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 135
- BOYER, L., « Les promesses de vente, contribution à l'étude des avant-contrats », *RTD civ.* 1949.1
- BRUN, Ph., « Personnes et préjudice », (2003) 332 *R.G.D.* 187.
- CABRILLAC, R., « La motivation dans les contrats en droit français », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 225
- CABRILLAC, R., « Les enjeux de la codification en France », (2005) 46 (1-2) *C. de D.* 533
- CANTIN CUMYN, M., « L'ordre public et le droit civil », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 269
- CANTIN CUMYN, M., « Les innovations du *Code civil du Québec*, un premier bilan », (2005) 46 (1-2) *C. de D.* 463
- CARON, M., « Approches du problème de la liberté contractuelle », (1956-1957) 7 *R.J.E.U.M.* 12
- CHAGNY, M., « La confiance dans les relations des affaires », dans V.-L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires. Actes », Paris, Dalloz, 2008, p. 35

CHARPENTIER, É., « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme/consensualisme », (2002) 43 (2) *C. de D.* 275

CHAUVEL, P., « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Droit & patrimoine* 1996.36

COIPEL, M., « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », (1990) 24 *R.J.T.* 485

COULOMBE, G. et P. THÉORÊT, « Protocoles d'entente : stratégies et pièges », dans INSIGHT INFORMATION CO., *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Toronto, Insight Press, 2000, p. 57

COUTURIER, H., « Chronique. Les fondements et la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de vente d'entreprise », (1998) 6 *Repères* 66

CRÉPEAU, P.-A., « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1

DAOUST, R. A., « Les avant-contrats concernant la vente d'immeubles à usage d'habitation », dans S.F.P.B.Q., vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 41

DE CONINCK, B., « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », dans M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contribution comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 17

DELEBECQUE, Ph., « L'avant-contrat », *LPA* 23 avril 1997

DELFORGE, C., « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », dans M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contribution comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2002, p. 138

DERAINS, Y., « La valeur interprétative des négociations », *Formation of contract and precontractual liability*, Paris, Publication de la Chambre de commerce internationale, n° 440, 1990

DESHAYES, O., « La conclusion du contrat », *R.D.C.* 2013.2.741

DESHAYES, O., « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004.187

DESLAURIERS, P., « Notes de terminologie juridique autour de la notion de perte de chance », dans G. BRAS MIRANDA et B. MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 220

DEUMIER, P., « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014.597

- DRAETTA, U. et R. LAKE, « Letters of intent and precontractual liability », (1993) 7 *International Business Law Journal* 835
- DUCHARME, L., « La limitation contractuelle de la responsabilité civile : ses principes et son champ d'application », (1957) 3 (1) *C. de D.* 39
- DUFOUR, M.-H., « Droit des contrats de construction et bonne foi : l'obligation de coopération des parties à un contrat d'entreprise de construction », (2016) 49 *R.J.T.U.M.* 56
- DUFOUR, O., « La réforme du droit des contrats est lancée ! », *LPA* 2015.44
- DURAND, P., « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944-1945.73
- DURRY, G., *La distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Montréal, Université McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Propos sur le sens de la réparation en droit français de la responsabilité », (2003) 33 *R.G.D.* 211
- FABRE-MAGNAN, M., « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015.826
- FABRE-MAGNAN, M., « Le devoir d'information dans les contrats : Essai de tableau général après la réforme », *J.C.P.* 2016.706
- FABRE-MAGNAN, M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85
- FAGES, B., « L'importance des pourparlers », *Droit & patrimoine* 1999.72.60
- FAGES, B., « Rupture des pourparlers : toujours pas d'indemnisation de la perte de chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat », *RTD civ.* 2012.721
- FONTAINE, M., « Le rayonnement international du droit français des contrats. Le cas particulier de l'OHADA », *D.* 2016.34.2008
- FONTAINE, M., « Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux », (1977) *DPCI* 73
- FONTAINE, M., « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », dans *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 115
- FRAIMOUT, J.-J., « Le droit de rompre des pourparlers avancés », *Gaz. Pal.* 2000.153.2
- FRANKENBERG, G., « Critical Comparison Re-Thinking Comparative Law », (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 411
- GARDNER, D., « Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel ? : *Houle c. Banque Canadienne Nationale* », (1991) 70 *R. du B. can.* 760

- GARDNER, D. et B. MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48 (4) *C. de D.* 543
- GAUDET, S., « La perte de chances : un miroir aux alouettes ? », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 269
- GAUDET S. et J. PINEAU, « La responsabilité légale : face cachée de la responsabilité extracontractuelle » dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 2012, p. 751
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « L'abus de droit en matière contractuelle au Québec », (1987) 1 *R.J.E.L.* 81
- GILIKER, P., « A Role For Tort In Pre-Contractual Negotiations? An Examination Of English, French, And Canadian Law », (2003) 52 *International and Comparative Law Quarterly* 968
- GILIKER, P., « Regulating Contracting Behaviour : The Duty to Disclose in English and French Law », (2005) 5 *European Review of Private Law* 621
- GOLDSTEIN, G. et N. MESTIRI, « La liberté contractuelle et ses limites. Étude à la lueur du droit civil québécois », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 299
- GRÉGOIRE, M. A., « Articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* : chapeau noir et chapeau melon ou les Dupont et Dupond de la bonne foi », dans G. BRAS MIRANDA et B. MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici : les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 262
- GRÉGOIRE, M. A., « *Economie subjective c. Utilité et intérêt du contrat*. Réflexions sur les notions de liberté, de responsabilité et de commutativité contractuelles à la suite de la codification du devoir de bonne foi », (2010) 44 *R.J.T.* 11
- GRIMAUD, D., « L'exécution forcée des avant-contrats », dans O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 139
- GROSSER, P., « La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *AJCA* 2016.270
- GUILLEMARD, S., « De la phase préalable à la formation de certains contrats », (1993) 24 *R.G.D.* 157
- GUILLEMARD, S., « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », (1994) 25 *R.G.D.* 49
- GUILLEMARD, S., « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 369

- GUY, M., « Le Code civil du Québec, un peu d'histoire, beaucoup d'espoir », (1993) 23 *R.D.U.S.* 453
- HAFTEL, B., « La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015.120.8
- HERZFELDER, F., « L'obligation de renseigner et de rendre des comptes, étude comparative », (1972) *R.I.D.C.* 564
- HOUTCIEFF, D., « La rupture non fautive des négociations ou l'accord sur le désaccord », *Gaz. Pal.* 2016.16.21
- HUET, J. et F. DUPUIS-TOUBOUL, « Violation de la confidentialité des négociations », *L.P.A* 1990.41.4
- IONATA, A., « Commentaire sur la décision *Singh c. Kohli*, 2015 QCCA 1135 », (2015) *Repères* (EYB2015REP1792)
- JAUFFRET-SPINOSI, C., « Comparatistes », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1173
- von JHERING, R., « De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites » dans *Œuvres choisies*, Paris, Marescq trad. par O. de Meulenaere, 1893, p. 1
- JOBIN, P.-G., « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », (2006) 47 (1) *C. de D.* 3
- JOBIN, P.-G., « Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel », (1991) 32 *C. de D.* 153
- JOURDAIN, P., « Le devoir de "se" renseigner. Contribution à l'étude de l'obligation de l'obligation de renseignements », *D.* 1983.139
- JOURDAIN, P., « Préjudice consécutif à la rupture fautive des pourparlers », *RTD civ.* 2006.770
- JOURDAIN, P., « Rapport français », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *La bonne foi : Journées louisianaises*, t. 43, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Paris, Litec, 1994, p. 121
- de JUGLART, M., « L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ.* 1945.1
- JUKIER, R., « *Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law », (1992) 37 (1-2) *McGill L.J.* 221
- KAHN-FREUND, O., « On uses and misuses of comparative law », (1974) 37 (1) *The Modern Law Review* 1

KARIM, V., « La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du *Code civil du Québec* : sa portée et les sanctions qui en découlent », (2000) 41 (3) *C de D.* 435

KARIM, V., « Les recours appropriés en cas d'une offre ou promesse acceptée : l'action en passation de titre, l'action en exécution forcée et l'action en dommages-intérêts », (1991-1992) 94 *R. du N.* 3

KESSEDJIAN, C., « Le temps du droit au XXI^e siècle – Compatibilité avec la codification ? », (2005) 46 (1-2) *C. de D.* 547

de LABARRE, M., « La formation du consentement et le rôle du notaire dans les pourparlers », dans CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *La formation du contrat. L'avant-contrat*, 62^e congrès des notaires de France, Lyon, A. Rey, 1964, p. 5

LACROIX, M., « Le fait générateur de responsabilité civile extracontractuelle personnelle : *continuum* de l'illicéité à la faute simple, au regard de l'article 1457 *C.c.Q.* », (2012) 46 *R.J.T.* 25

LAITHIER, Y.-M., « La consécration par la Cour suprême du Canada d'un principe directeur imposant l'exécution du contrat de bonne foi. Variations sur le droit commun », *D.* 2015.13.749

LAITHIER, Y.-M., « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *R.D.C.* 2013.1.410

LAPOINTE, S., « Commentaire sur la décision *Billards Dooly's inc. c. Entreprises Préboureltée* – Terminaison abusive et ententes interdépendantes dans un contexte de franchises », (2014) *Repères* (EYB2014REP1540)

LARROUMET, Ch., « L'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle en droit français à la lumière des expériences étrangères », (1981-1982) 27 *McGill L.J.* 839

LASSALLE, B., « Les pourparlers », *R.R.J.* 1994.19.3.825

LEBRUN, Ch., « La clause d'intégralité au Québec », (2007-2008) 67 *RdB* 43

LEFEBVRE, B., « La bonne foi », dans B. MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil – Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 75

LEFEBVRE, B., « La bonne foi dans la formation du contrat », (1991-1992) 37 *McGill L.J.* 1053

LEFEBVRE, B., « La bonne foi : notion protéiforme », (1996) 26 *R.D.U.S.* 321

LEFEBVRE, B., « La négociation d'un contrat : source potentielle de responsabilité extracontractuelle », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 571

LEFEBVRE, B., « L'évolution de la justice contractuelle en droit québécois : une influence marquée du droit français quoique non exclusive », dans J.-L. NAVARRO et G. LEFEBVRE (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 197

LEFEBVRE, B., « Liberté contractuelle et justice contractuelle : le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement », dans S.F.P.B.Q., vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 49

LEFEBVRE, B., « Rupture des pourparlers : négociateurs, appel à la prudence ! », dans S.F.P.B.Q., vol. 112, *Développements récents en droit commercial (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 121

LEGRAND jr., P., « Information in Formation of Contracts : a Civilian Perspective », (1991) 19 *Can. Bus. L.J.* 318

LEGRAND jr., P., « Pre-contractual Disclosure and Information : English and French Law Compared », (1986) 6 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* 322

LEGRAND jr., P., « Precontractual Relation in Quebec Law : Towards a Theoretical Framework », dans E. H. HONDIUS (dir.), *Precontractual Liability : reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990*, Deventer, Kluwer, 1991, p. 273

LEIN, É. et B. VOLDERS, « Liberté, loyauté et convergence. La responsabilité précontractuelle en droit comparé », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, coll. « Institut de Droit des Affaires. Centre de Droit Économique », Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 17

LEQUETTE, Y., « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013.491

LOISEAU, G., « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », dans V.- L. BÉNABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. « Thèmes et commentaires. Actes », Paris, Dalloz, 2008, p. 97

LOUSSOUARN, Y., « Rapport de synthèse », dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *La bonne foi : Journées louisianaises*, t. 43, coll. « Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », Litec, 1994, p. 7

LUCAS-PUGET, A.-S., « L'opportunité des clauses de confidentialité aujourd'hui, et demain ? », *L.P.A.* 2016.226-227.50

MAITRE, G., « La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit », dans O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 123

MALKA, D., « La loyauté dans la négociation du contrat », *Gaz. Pal.* 2012.144.161

- MANSOURI, A., « Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé », (2006) 83 (3) *R.I.D.C.* 173
- MARTINEAU, P., « Les dommages-intérêts pour rupture de promesse de mariage », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 175
- MASSE, Cl., « Chronique de droit civil québécois : session 1989-90 », (1991) 2 *S.C.Law Rev.* 493
- MAYRAND, A., « Effets de la rupture des fiançailles sur les dons aux fiancés », dans CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *Quelques aspects du droit de la province de Québec*, Paris, Éditions Cujas, 1963, p. 183
- MAYRAND, A., « L'abus des droits en France et au Québec », (1974) 9 *R.J.T.* 321
- MAYRAND, A., « L'autorité du précédent judiciaire en droit québécois », (1959-1960) 10 *R.J.T.* 69
- MAYRAND, A., « Problèmes juridiques nés de la rupture des promesses de mariage », (1963) 23 *R. du B.* 1
- MAZEAUD, D., « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Droit & patrimoine* 1996.44
- MAZEAUD, D., « La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons », dans O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, coll. « CEPRISCA », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 13
- MAZEAUD, D., « La politique contractuelle de la Cour de cassation », dans *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 371
- MAZEAUD, D., « Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, coll. « Etudes, mélanges, travaux », Paris, Dalloz, 1999, p. 603
- MAZEAUD, D., « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? », *D.* 2006.2963
- MEKKI, M., « Absence de rupture abusive des pourparlers en présence de ... simples pourparlers ! », *Gaz. Pal.* 2016.34.21
- MEKKI, M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.816
- MENU, S., « Réflexions sur le préjudice pré-contractuel », *LPA* 2006.23.6

MESTRE, J. et B. FAGES, « Curiosités précontractuelles, (TGI Carpentras, 9 juin 1999, *Epoux Bouzelmat c. Commune de Gigondas*, inédit ; Paris, 5^e ch. A, 8 mars 2000, *SARL Repères c. SARL LDM Consultants*, inédit) », *RTD civ.* 2000.562

MESTRE, J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986.100

MESTRE, J., « De diverses références à la négociation précontractuelle », *RTD civ.* 1993.343

MESTRE, J. et B. FAGES, « De la rupture fautive de pourparlers », *RTD civ.* 2000.104

MESTRE, J., « Des limites de l'obligation de renseignement », *RTD civ.* 1986.339

MESTRE, J. et B. FAGES, « Les pourparlers peuvent aussi se rompre à l'amiable », *RTD civ.* 2001.350

MESTRE, J. et B. FAGES, « Un grand arrêt relatif aux pourparlers. Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00.10-949 », *RTD civ.* 2004.80

METTARLIN, D. N., « Contractual and Delictual Responsibility in Quebec the Rediscovery of Contract », (1961-1962) 8 *McGill L.J.* 38

MONTERO, É. et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 », dans P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 61

MONZER, R., « Faute et sanction lors de la rupture des négociations précontractuelles », *LPA* 2007.152.3

MONZER, R., « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle. Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons », (2007) 3 *R.I.D.C.* 523

MOUSSERON, J. M., « La durée dans la formation du contrat », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1974, p. 509

MOUSSERON, P., « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998.51.2.243

NAJJAR, I., « L'accord de principe », *D.* 1991.chr.57

NAJJAR, I., « La rétractation d'une promesse unilatérale de vente », *D.* 1997.chr.119

NAU, L., « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? », dans CENTRE DE RECHERCHE DE DROIT PRIVÉ et X. HENRY (dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation. Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2009, p. 117

NEVEU, Y., « Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle », *Gaz. Pal.* 2000.340.6

PARIZEAU, I., « Le lien de causalité ... au bord du gouffre », (1989) 49 *R. du B.* 514

- PÉLOQUIN, L. et Ch. K. ASSIÉ, « La lettre d'intention », (2006) 40 *R.J.T.* 175
- PERRET, L., « L'évolution du *Code civil du Bas-Canada* ou d'une codification à l'autre : réflexion sur le Code civil et son effet de codification », (1989) 20 *R.G.D.* 719
- PERRET, L., « Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle », (1980) 11 *R.G.D.* 537
- PHILIPS-NOOTENS, S., « La perte de chance détournement du lien de causalité ou dommage distinct ? », (1990) 50 *R. du B.* 611
- PINEAU, J., « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993
- POPOVICI, A., « Des promesses de mariage entre mineurs et de la responsabilité des parents pour rupture », (1964) 6 (1) *C. de D.* 26
- POPOVICI, A., « Les avant-contrats », (1995) 1 *C.P. du N.* 130
- POPOVICI, A., « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54 *McGill L.J.* 223
- POPOVICI, A. et M. LACROIX, « Les dommages-intérêts généraux-*oblivio aut omissio balduini* ? », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 891
- PORTELLI, H., « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits* 2007.44.35
- RAMPELBERG, R.-M., « Le contrat romain : de la convention type à la libéralisation tardive », dans B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, coll. « Systèmes », Paris, L.G.D.J., 2004, p. 11
- RAWACH, E., « La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat », D. 2001.223
- REINMANN, M., « The Good, the Bad, and the Ugly : The Reform of the German Law of Obligations », (2009) 83 *The Tulane European and Civil Law Forum* 878
- RIEG, A., « La *punctation*, contribution à l'étude de la formation successive des contrats », dans *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509
- ROBILLARD, Y., « Le contentieux de l'offre », dans S.F.C.B.Q., vol. 371, *Développements récents en droit des affaires (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 77
- ROLLAND, L., « "Qui dit contractuel, dit juste." (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », (2005-2006) 51 *McGill L.J.* 765
- ROUHETTE, G., « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », (2007) *RDC* 1371

ROUILLER, N., « Rupture des négociations. Liberté et devoirs précontractuels. Droit suisse, droit français et travaux d'harmonisation européenne et internationale », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, coll. « Institut de Droit des Affaires. Centre de Droit Économique », Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 2009, p. 39

ROY, A. et S. LANDRY-MALTAIS, « Convention de confidentialité et de non-concurrence », dans INSIGHT INFORMATION CO., *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Toronto, Insight Press, 2000, p. 321

SALEILLES, R., « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *RTD civ.* 1907.6.697

SCHMIDT, J., « La période précontractuelle en droit français », (1990) 42 (2) *R.I.D.C.* 545

SCHMIDT, J., « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974.46

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., « L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi », *D.* 1999.127

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000.25

SCHNEIDER, W.-T., « La codification d'institutions prétoriennes », (2002) 54 (4) *R.I.D.C.* 959

THIBIERGE-GUELFUCCI, C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.357

THUNIS, X., « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Dalloz, Litec, 1999, p. 313

Le TOURNEAU, Ph., « De l'allègement de l'obligation d'information ou de conseil », *D.* 1987.101

Le TOURNEAU, Ph., « La rupture des négociations », *RTD com.* 1998.51.3.479

Le TOURNEAU, Ph., « Quelques aspects de l'évolution des contrats », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, Sirey, 1985, p. 349

TRUDEL, G., « Des frontières de la liberté contractuelle », dans A. POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain. Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 217

TURGEON, H., « Droit et pacte de préférence », (1951-1952) 54 *R. du N.* 393

VENAT, C., « *B.N.C. c. Houle* ; commentaire », (1988) 22 *R.J.T.* 387

VÉZINA, N., « Dualité de régimes et interdiction d'opter », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Obligations et responsabilité civile*, fasc. 30, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles

VÉZINA, N., « La faute : exercice jurilinguistique autour d'une notion classique du droit civil », dans B. MOORE (dir.), *Les grands classiques du droit civil – Les grandes notions*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 133

de VIGAN, H., « Accords de confidentialité », *Revue des contrats, concurrence consommation*, 2013.2

VINEY, G., « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (art. 1458, deuxième alinéa du *Code civil du Québec*) », (1994) 39 *R.D. McGill* 813

VINEY, G., « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute. Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Éditions Litec, 2001, p. 555

VIVANT, M., « Les clauses de secret », dans *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1990

WILLIAM, A.-M., « L'action en passation de titre et l'action en dommages-intérêts », dans S.F.P.B.Q., vol. 76, *Développements récents en droit immobilier (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 91

Notes de jurisprudence

CHAUVEL, P., note sous Com. 22 avr. 1997, D. 1998.45

MALAUURIE, Ph., note sous Com. 10 mai 1994, D. 1996.520

MESTRE, J., obs. sous Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, *RTD civ.* 1989.738

MESTRE, J., obs. sous Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996.95.143

MESTRE, J. et B. FAGES, obs. sous Paris, 19 janv. 2001, *RTD civ.* 2001.350

SCHMIDT, J., note sous Com. 3 oct. 1978, D. 1978.55

VINEY, G., note sous Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007 et Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2007, *RDC* 2007, p. 741

Document gouvernemental québécois

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec*, Québec : un mouvement de société, 3 tomes, Québec, Publications du Québec, 1993

Documents gouvernementaux français

BUREAU DU DROIT DES OBLIGATIONS DE LA CHANCELLERIE, *Projet de réforme du droit des contrats*, 2008, en ligne : <http://www.chairejlb.ca/files/sites/38/2010/07/reforme_all.pdf>

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>>

Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), 2005, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>

Documents internationaux

ACADÉMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS, *Code européen des contrats : Avant-projet. Livre I*, 2^e éd., Milan, Giuffrè, 2002

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, Paris, 2008

COMMISSION POUR LE DROIT EUROPÉEN DU CONTRAT, *Principes du droit européen du contrat*, vol. 2, coll. « Droit comparé et européen », Société de législation comparée, Paris, 2003

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ (UNIDROIT), *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994

Thèses de doctorat

CAPOGNE-CHARLES, M.-N., *De l'obligation de veiller à ses propres intérêts lors de la formation du contrat*, thèse de doctorat, Toulouse, 1988

DESGORCES, R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse de doctorat, Paris, 1992

GENINET, M., *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse de doctorat, Paris 2, 1985

GOUBINAT, M., *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse de doctorat, Grenoble, 2016

JUSTAFRÉ, C., *De l'abus de droit de contracter*, thèse de doctorat, Montpellier, 1950

MARTINEZ-CARDENAS, B. M., *La responsabilité précontractuelle : étude comparative des régimes colombien et français*, thèse de doctorat, Paris 2, 2013

PÉRIER, J.-C., *Responsabilité pour non-formation ou nullité du contrat*, thèse de doctorat, Montpellier, 1947

Code civil annoté

CHARPENTIER É., S. LANCTÔT, B. MOORE et A. ROY, *Code civil du Québec. Annotations – Commentaires 2017-2018*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017

Dictionnaires

CABRILLAC, R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, 9^e éd., Paris, Lexis Nexis, 2017

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd. mise à jour, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2016

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd. révisée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016

Dictionnaire de français, Paris, Larousse, 2017

Le Petit Robert de la langue française, Paris, Le Robert, 2017

Sites internet

FERRON, D., « Négociation et rédaction de contrats commerciaux au Québec – L'obligation précontractuelle d'agir et de négocier de bonne foi », en ligne : <<http://langlois.ca/negotiation->

et-redaction-de-contrats-commerciaux-au-quebec-lobligation-precontractuelle-dagir-et-de-negociier-de-bonne-foi/>

MARTIN de LAGARDE, R., « La culpa in contrahendo, commentaire du § 311 alinéa 2 BGB », en ligne : <<http://blogs.u-paris10.fr/content/la-culpa-contrahendo-commentaire-du-%c2%a7-311-alin%c3%a9a-2-bgb-par-ren%c3%a9-martin-de-lagarde>>

MEKKI, M., « La place du préjudice en droit de la responsabilité civile. Rapport de synthèse », *La notion de préjudice. Journées franco-japonaise à Tokyo, juillet 2009*, coll. « Travaux Henri Capitant », Bruxelles, Bruylant, 2015, en ligne : <<http://www.mekki.fr/publications/la-place-du-prejudice-en-droit-de-la-responsabilite-civile-rapport-de-synthese/>>