

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

La responsabilité précontractuelle, perspectives québécoise et internationale

par

Valérie Blanc

Université de Montréal

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit
option droit international

août, 2008



© Valérie Blanc, 2008

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

La responsabilité précontractuelle, perspective québécoise et internationale

présentée par :
Valérie Blanc

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Patrice Deslauriers, président-rapporteur
Guy Lefebvre, directeur de recherche
Benoît Moore, co-directeur
Brigitte Lefebvre, membre du jury

Résumé

Ce mémoire aborde la question de la responsabilité précontractuelle en regardant son incidence en droit québécois ainsi qu'en droit international. Plus précisément, il s'agit de savoir comment est traitée la rupture des négociations lorsqu'aucun avant-contrat n'a été rédigé à cet effet. Afin de pouvoir déterminer ses grands paramètres, le texte aborde dans un premier temps la nature de cette responsabilité. N'étant pas codifiée en droit québécois et ne faisant l'objet d'aucune spécification dans les grands instruments internationaux, cette nature doit être associée à l'un des deux grands régimes de responsabilité soit : contractuel ou extracontractuel. L'importance de cette détermination n'est pas simplement théorique puisqu'elle a une influence directe sur plusieurs éléments comme la prescription ou le droit international privé. Au Québec, la doctrine et la jurisprudence ont choisi d'associer la responsabilité précontractuelle au domaine extracontractuel. Ainsi, elle devra suivre le modèle classique de faute, dommage et lien causal. Cependant, en droit international, la question de la nature reste encore nébuleuse compte tenu de la diversité des membres qui composent les comités d'élaboration des normes. Tous s'entendent pourtant sur un concept fondamental entourant la responsabilité précontractuelle : la bonne foi. Elle est au centre de la faute et dicte une éthique des pourparlers. Ainsi, dans un deuxième temps, la mise en œuvre de la responsabilité est abordée. De cette notion de bonne foi découlent de nombreux devoirs que les parties négociantes se doivent de respecter. Ils sont de création jurisprudentielle et demandent une étude au cas par cas. La liberté contractuelle étant le principe de base dans la formation des contrats, les tribunaux québécois sanctionnent rarement les cas de rupture des négociations. C'est ce principe de liberté qui empêche les pays de *common law* d'accepter le concept de bonne foi et de responsabilité précontractuelle, même s'ils sanctionnent, par l'intermédiaire de mécanismes, les comportements fautifs dans les pourparlers. Finalement, les dommages et les intérêts pouvant être réclamés varient. Au Québec et en France, autant les pertes subies que les gains manqués sont indemnisés tandis que les instruments internationaux sont plus réticents

pour accorder un montant pour le gain manqué. Bref, la responsabilité précontractuelle est en pleine construction et son utilisation devant les tribunaux est encore peu fréquente.

Mots clés : responsabilité précontractuelle, rupture des négociations, pourparlers, bonne foi, formation des contrats

Abstract

The main focus of this thesis is to investigate pre-contractual liability as it pertains to Quebec and International law. More specifically, it will examine how breaches in negotiations are dealt with when there are no existing pre-contracts. In order to determine the parameters involved, the nature of the liability will be determined. Since it has not been coded within Quebec law and is not specified in any major international documents, liability is considered within the framework of one of two main systems, either contractual or extra-contractual. This is not simply a theoretical issue since it directly influences prescription and private International law. In Quebec, doctrine and jurisprudence have associated pre-contractual liability with the extra-contractual framework, thus following the classic model of fault, injury and causality. The nature of the liability remains unclear under International law due to the diversity among members comprising the committees that elaborate norms. However, all agree that there is a fundamental concept underlying pre-contractual liability: that of good faith. It remains central to the notion of fault and dictates the ethics involved in negotiations. In addition to the nature of the liability, we will also discuss how it is brought into play. The notion of good faith implies that negotiating partners have certain duties with regard to each other that they must respect. These duties have been developed through jurisprudence and each case must be evaluated separately. Quebec courts rarely sanction breaches in negotiations because they relate to the basic concept of freedom of contract. It is this notion of freedom that prevents Common law countries from accepting the concepts of good faith and pre-contractual liability, even though they sanction faulty behavior during negotiations through various mechanisms. The damages that can be sought vary. In Quebec and France, damages for losses and projected losses are awarded, although damages for projected losses are rarely awarded under International law. In conclusion, pre-contractual liability is emerging and developing as an entity even though court claims to this effect remain infrequent.

Key words: pre-contractual liability, good faith, breach of negotiations, contract formation

Table des matières

Partie I : Les fondements de la responsabilité précontractuelle	5
Titre I : La nature de la responsabilité précontractuelle.....	5
Chapitre I : Les théories concernant la nature de la responsabilité précontractuelle.....	6
A. La nature de la responsabilité en droit interne	6
1) Fondements contractuels	6
2) Fondements extracontractuels et régimes mixtes.....	13
B. La nature de la responsabilité dans les instruments internationaux.....	17
Chapitre II : L'importance de la détermination du régime précontractuel.....	23
A. L'obligation d'élection de régime	23
B. La prescription.....	25
C. Les règles de droit international privé	27
D. Les dommages.....	30
Titre II : La détermination de la faute en responsabilité précontractuelle	31
Chapitre I : Les caractéristiques générales de la faute extracontractuelle	33
A. Les sources de la faute extracontractuelle	33
B. L'analyse de la faute extracontractuelle.....	35
Chapitre II : Les caractéristiques de la faute précontractuelle et la notion de bonne foi	39
A. Définition de la faute précontractuelle	40
B. Notion, source et utilisation de la bonne foi.....	41
C. Le rôle de la bonne foi dans la définition de la faute précontractuelle.....	48
Partie II : La mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle.....	52
Titre I : Les devoirs liés à la formation des contrats.....	52
Chapitre I : Les devoirs précontractuels dans les pays civilistes.....	53

A. Les devoirs attachés à l'initiation des négociations	54
B. Les devoirs imposés pendant les négociations	56
C. Les devoirs attachés à la conclusion des négociations	64
Chapitre II : La perspective des pays de <i>common law</i>	68
A. <i>Law of Torts</i>	72
B. <i>Promissory Estoppel</i>	74
C. <i>Unjust Enrichment</i>	78
D. <i>Implied and Collateral Contracts</i>	79
Chapitre III : La perspective des instruments internationaux	82
A. Les devoirs imposés dans les Principes d'Unidroit	82
B. Les Principes d'Unidroit comme compléments de la CISG?	85
C. Les devoirs imposés dans les Principes européens du droit des contrats	90
Titre II : L'indemnisation précontractuelle	100
Chapitre I : Les caractéristiques du dommage précontractuel	101
Chapitre II : Les types de dommages	105
A. Les pertes subies	106
B. Les gains manqués	111
Chapitre III : La causalité	119

*À mon grand-papa, pour sa sagesse, ses
conseils, mais surtout pour sa fierté de voir
perpétuer un amour du droit à saveur
familiale...*

Remerciements

Je voudrais tout d'abord remercier mon directeur, M. Guy Lefebvre ainsi que mon codirecteur M. Benoît Moore, pour leur aide précieuse, mais aussi pour leur sens de l'humour qui a rendu ma tâche beaucoup plus agréable et divertissante tout au long de cette rédaction. Je tiens aussi à remercier mes parents pour leur compréhension, leur soutien et leurs conseils pendant cette période de deux ans. J'ai également une pensée spéciale pour mes amies et ma belle-sœur qui m'ont si bien écouté, aidé et parfois sauvé lors des difficultés que j'ai pu rencontrer. Je veux aussi souligner la patience, l'ouverture et le support de mon copain qui m'a toujours encouragé à m'accomplir et à persévérer. Finalement, je tiens à remercier les avocats praticiens qui m'ont poussé, malgré eux, dans cette direction plus académique et mon ancien collègue stagiaire, docteur en droit, qui m'a en quelque sorte inspiré.

Introduction

Dans un monde où les droits diffèrent, où les cultures s'entrechoquent, une institution reste pourtant familière à tous, le contrat. Cette rencontre des volontés, entre deux parties désireuses d'entrer en affaire, est utilisée autant pour régir des situations de droit familial que commercial. Son rayonnement est grand et les moyens technologiques d'aujourd'hui permettent à des entreprises situées dans différents États de conclure un marché. Cet accord, vu l'ouverture mondiale qui ne cesse d'augmenter, demande un temps d'élaboration et de nombreuses discussions entre les partenaires afin de construire ce projet commun. Cette phase préalable, que l'on nomme aussi formation des contrats, est un moment non négligeable sur lequel nos connaissances doivent être approfondies afin de résoudre les différents problèmes qui peuvent y survenir.

Les négociations sont une étape préliminaire qui s'écoule « entre le moment où les futures parties entrent pour la première fois en contact et celui où le contrat se conclut »¹. Il arrive que cette période de discussion ne dure que quelques secondes, par exemple lorsque nous achetons un article en magasin, mais aussi s'étende sur un laps de temps qui peut représenter parfois des années, comme une entente commerciale entre deux grandes entreprises de différents pays. En entrant en pourparlers, les parties commencent une période d'exploration. Elles échangent des propositions, s'entendent sur différents points importants du contrat, ce qui leur permet d'atteindre un équilibre dans les obligations qu'elles devront remplir et une rédaction de l'entente la plus optimale possible². C'est à ce moment que les négociations peuvent soit échouer ou se concrétiser avec l'émission d'une offre par l'une des parties. Quoique similaires, les notions de pourparlers et d'offre doivent être différenciées. En effet, il est vrai que la pollicitation ferme est antérieure au contrat et fait partie des discussions préalables, mais elle comporte tous les éléments essentiels du

¹Michel COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p.31

²François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2002, p.182

contrat³. Il s'agit d'une proposition ferme et précise du type « à prendre ou à laisser »⁴. Elle exprime déjà le consentement de son auteur au contrat. Les pourparlers, quant à eux, constituent une invitation à entrer en contact où les partenaires explorent la possibilité de devenir cocontractants. Il n'y a aucun engagement, seulement un désir d'en arriver à une convention.

Nous pouvons dégager de cet environnement précontractuel une liberté dans les négociations. Ainsi, les parties peuvent choisir de se retirer des pourparlers ou même de négocier parallèlement avec des concurrents afin d'obtenir le contrat le plus avantageux possible. Cette liberté contractuelle est la représentation ou le résultat de l'entreprise capitaliste⁵. Elle rejette l'intervention des juges et donne l'entière place aux parties dans la détermination du contrat. Son importance est grande puisque étant donné sa souplesse, elle favorise les contacts commerciaux entre les partenaires qui se sentent libres. C'est donc la liberté contractuelle qui domine autant dans les systèmes de *common law* que dans ceux de droit civil. Il faut alors envisager la phase des négociations dans cette perspective. Pourtant, ce principe comporte certaines limites qui se trouvent dans la sécurité que les parties doivent s'apporter⁶. Elle se traduit plus communément par le respect de la bonne foi. Celle-ci introduit alors un nouvel élément, la loyauté, qui se rattache directement aux agissements et comportements des négociateurs. L'importance de respecter la bonne foi variera selon le degré de confiance qui existe entre les partenaires, bien souvent en corrélation avec la durée des pourparlers. Ainsi apparaît deux principes opposés dans la phase précontractuelle, la liberté et la bonne foi, qui créent une dualité, surtout quant au retrait par une des parties des

³ Alain BÉNABENT, *Le droit civil, Les obligations*, 9e éd., Paris, L.G.D.J., 2003, p. 43; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2e éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 229

⁴ A. BÉNABENT, *op. cit.*, note 3, p. 43

⁵ Friedrich KESSLER et Edith FINE, «Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study», (1964) 77 *H.L.R.* 401 409

⁶ Sylvette GUILLEMARD, «De la phase préalable à la formation de certains contrats», (1993) 24 *R.G.D.* 147-189 160

négociations⁷. La rencontre de ces éléments contradictoires est la source de bien des problèmes et d'hésitations dans l'adoption d'un instrument international contraignant régissant la formation des contrats. Lorsque la bonne foi n'est pas respectée dans les négociations, cela entraîne une responsabilité que l'on qualifie de précontractuelle, compte tenu de son emplacement dans le développement du contrat. Pour plusieurs, cette responsabilité viendrait contrecarrer la liberté, mais il ne s'agit pas de la seule perspective possible. En effet, elle pourrait compléter une bonne utilisation de la liberté. Elle balancerait les abus tout en donnant une certaine éthique qui est souhaitable pour ne pas tomber dans l'anarchie. C'est donc cette responsabilité précontractuelle que nous étudierons dans le présent texte et que nous tenterons de délimiter autant dans une perspective québécoise qu'internationale, car les frontières des négociations dépassent depuis bien longtemps le cadre national.

Notons qu'il existe dans la phase préalable, plusieurs instruments pour régir de façon formelle les négociations. Ce sont les avant-contrats ou contrats préparatoires⁸. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une rencontre des volontés entre les parties désireuses de conclure un contrat final, ayant pour objectif de définir le déroulement des pourparlers. Nous pensons par exemple à un engagement d'exclusivité dans lequel les parties promettent de ne pas négocier parallèlement ou à un contrat d'organisation qui stipule les différentes modalités de la formation. Bref, ces pré-accords sont nombreux et variés et peuvent être d'une très grande utilité. Il est alors libre aux parties de les utiliser afin de mieux contrôler l'élaboration de leur contrat. Leur effet contraignant est variable et dépend de l'intensité que les parties veulent lui donner⁹. La lettre d'intention, par exemple, vient restreindre la

⁷ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 2, p.182; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note 3, p. 229

⁸ Jean-Marc MOUSSERON, «Le droit de la négociation contractuelle», (1995) *R.J.T.* 288 297; A. BÉNABENT, *op. cit.*, note 3, p. 45; M. COIPEL, *op. cit.*, note 1, p. 32; Jean-Marc MOUSSERON, «Le droit de la négociation contractuelle», (1995) *R.J.T.* 288

⁹ Christopher K. ASSIÉ et Louis PÉLOQUIN, «La lettre d'intention», (2006) 40 *R.J.T.* 175

liberté des parties de mettre fin à leurs négociations, mais ne cristalise pas les termes de l'accord¹⁰. Cependant, pour les fins de la présente étude, les avant-contrats ne seront pas traités. En effet, la problématique opposant la liberté des négociations à la bonne foi sans qu'aucun document ne soit rédigé par les parties au sujet du respect d'une telle étiquette, demeure un sujet très épineux et nous tenons à l'analyser en profondeur. La responsabilité précontractuelle devra alors être entendue dans un environnement où aucun accord n'a été passé entre les parties. Ainsi, afin de mieux comprendre comment elle s'articule, nous découvrirons, dans la première partie, plus théorique, d'où elle provient ou plus précisément quels en sont ses fondements. Nous tenterons de déterminer sa nature autant dans le droit interne que dans les instruments internationaux et nous justifierons l'importance d'une telle qualification. En deuxième partie, nous aborderons sa mise en oeuvre par l'étude des différents devoirs que les acteurs doivent respecter en regardant de quelle manière ils sont énoncés dans les pays civilistes, de *common law* et dans les instruments internationaux. Puis, afin de compléter ce dernier volet pratique, nous traiterons de l'indemnisation précontractuelle en parlant des questions liées au dommage et au lien de causalité. Ces deux parties, théorique et pratique, nous permettront de bien cerner la question de la responsabilité précontractuelle pour tenter de voir plus clair dans ce moment un peu négligé du droit positif. Ces spécifications étant faites, entrons ensemble dans le vif du sujet et tentons de comprendre un peu mieux cette période des négociations.

¹⁰ I.d., p. 179

Partie I : Les fondements de la responsabilité précontractuelle

L'étude d'un sujet comme celui de la responsabilité précontractuelle qui n'est pas nécessairement définie dans la loi, doit être replacée dans son contexte de création. En effet, à travers la recherche de ses fondements, cela permet de mieux la mettre en œuvre et de l'appliquer dans la pratique quotidienne du droit. Ses éléments théoriques que nous déterminerons, nous serviront de base, mais aussi de réponse aux différentes questions qui touchent la formation des contrats.

Titre I : La nature de la responsabilité précontractuelle

La compréhension d'un concept de droit comme celui de la responsabilité précontractuelle passe souvent par l'identification de sa nature. Elle permet, dans un premier temps, de catégoriser le problème, puis d'établir les différentes règles qui s'appliqueront à la responsabilité. Cependant, la difficulté posée par la responsabilité précontractuelle est qu'elle ne possède pas une nature qui lui est propre. En effet, il n'existe pas de régime autonome dédié au seul traitement des phases de négociation ou de la formation des contrats. Il faut donc, dans un pareil cas, la qualifier à partir de notions déjà connues du droit soit les régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Au fil du temps, différentes théories ont fait leur apparition, chacune apportant une idée nouvelle sur le traitement juridique que l'on devrait donner à la responsabilité précontractuelle. Elles sont la base des solutions modernes que l'on retrouve dans les différents systèmes juridiques nationaux. Elles expliquent également pourquoi l'on se range derrière la qualification contractuelle ou extracontractuelle de cette responsabilité. Nous verrons aussi que cette qualification n'est pas qu'un simple exercice théorique puisqu'elle a une influence pratique et concrète sur son application. En effet, elle peut déterminer selon le cas la prescription, le fardeau de preuve ou même les dommages que la partie lésée peut réclamer. Son

incidence s'étend aussi aux règles de droit international privé autant dans la détermination de la juridiction compétente que dans le droit applicable¹¹. Finalement, nous regarderons, compte tenu de toutes ces différences, comment, sur la scène internationale, ce problème de qualification est traité.

Chapitre I : Les théories concernant la nature de la responsabilité précontractuelle

A. La nature de la responsabilité en droit interne

1) Fondements contractuels

L'une des premières théories à avoir vu le jour concernant la responsabilité précontractuelle est celle de la *culpa in contrahendo* avancée par l'Allemand, B. von Jhering, en 1861¹². Le commerce de l'époque faisait face à une nouvelle réalité à laquelle le droit ne répondait pas. Pour Jhering, il était inconcevable de ne pas protéger une partie qui s'était engagée de bonne foi dans des négociations et dans lesquelles elle avait mis sa confiance¹³. Cet auteur a donc élaboré un régime spécial afin de résoudre le problème en s'appuyant sur le droit romain. Il en vient à la conclusion que seule la responsabilité contractuelle peut répondre adéquatement pour qualifier la responsabilité précontractuelle. Le professeur Roubier dans

¹¹ Nous pouvons penser à un pays X où la responsabilité précontractuelle est considérée comme extracontractuelle et qui, selon les règles de compétence, réfère la demande à un autre pays, Y, où la responsabilité précontractuelle est contractuelle!

¹² Rudolf Von IHERING, «De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites» dans *Oeuvres choisies*, Paris, Par O. de Meulenaere, 1893

¹³ Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998, p. 148

son essai sur la responsabilité précontractuelle réfère à la théorie de Jhering et explique bien son cheminement :

« (...) L'action de dol est en effet insuffisante; et l'*actio legis Aquilix* ne peut être donnée, car il ne s'agit pas ici d'une lésion matérielle et perceptible d'un corps extérieur, mais simplement d'une atteinte au concept abstrait de patrimoine. »¹⁴

Par cette déduction Jhering rejette la responsabilité extracontractuelle comme source de la responsabilité précontractuelle. Cependant comment justifie-t-il l'emploi de la responsabilité contractuelle? L'auteur explique qu'en manifestant le désir de contracter ensemble, les parties ont voulu sortir des obligations reliées aux devoirs généraux humains (ceux qui sont demandés par la responsabilité extracontractuelle) pour entrer dans une autre sphère, celle des relations contractuelles.¹⁵ Les parties forment donc, entre elles, un contrat tacite ou un avant-contrat. Cet accord a pour objet la conduite de bonne foi dans les négociations et la volonté d'arriver à la conclusion d'un contrat définitif¹⁶. Ainsi, les parties se doivent de respecter la *diligentia in contrahendo* ou, en d'autres termes, tenter d'éviter toute faute qui pourrait mettre fin à leur négociation. Donc, en cas de rupture des pourparlers, il faudra prouver la *culpa in contrahendo*, soit la faute au devoir de *diligentia in contrahendo*¹⁷.

¹⁴ Paul ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 49

¹⁵ Françoise LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 130; P. ROUBIER, *op. cit.*, note 14, p. 58-59

¹⁶ Pierre JR. LEGRAND, «Pre-contractual Relations in Quebec Laws towards a theoretical framework» dans *Congrès international de droit comparé, Montréal: Université McGill*, 1990, p.7; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 148; Philippe LE TOURNEAU, «La rupture des négociations», (1998) 3 *R.T.D. com.* 479, p. 481

¹⁷ F. LABARTHE, *op. cit.*, note 15, p. 130; P. ROUBIER, *op. cit.*, note 14, p. 58-59; P. LETOURNEAU, *loc. cit.*, note 16, p. 481

Dans un même ordre d'idée, Windscheid dans ses *Pandectes*¹⁸, expose la perspective contractuelle et la création d'un contrat tacite entre les parties négociantes. Selon lui, lors de leurs premières rencontres, les parties forment tacitement un autre contrat qui garantit les risques pouvant naître lors des pourparlers. Ainsi, ce contrat de garantie oblige les parties à répondre des suites préjudiciables qui auraient pu être engendrées pendant la formation du contrat¹⁹. C'est la confiance qui a été suscitée par les deux parties lors de la décision de former un contrat qui est la base de cette garantie. C'est elle qui, comme elle a été exigée, ne doit pas être trahie et oblige les parties à garantir les suites de leurs gestes²⁰.

Ces théories contractuelles ne font pas toujours l'unanimité. Toutefois, elles ont servi de base à la loi suisse, italienne et allemande qui utilisent toujours le concept de la *culpa in contrahendo*. Contrairement aux systèmes délictuels québécois ou français, le système allemand comprend certaines spécificités qui ont rendu essentielle une théorisation propre à la *culpa in contrahendo*²¹. Quoique ne faisant l'objet d'aucune disposition dans le BGB allemand, le régime de responsabilité précontractuelle fût développé essentiellement par la doctrine et la jurisprudence²². Il est basé sur les enseignements de Jhering, qui, comme nous l'avons mentionné, cherche la création d'un lien juridique particulier lors de l'entrée en négociations des parties. Celles-ci doivent alors faire preuve de prudence et de loyauté et sont responsables des dommages causés par le manquement à l'une de ses obligations soit par sa négligence ou sa faute²³. C'est le lien de confiance créé entre les parties, lors des

¹⁸ Bernhard WINDSCHEID, *Lhrbuch des Pandektenrechts* 6e éd., Frankfurt, Rütten & Löning, 1887, 3v

¹⁹ P. ROUBIER, *op. cit.*, note 14, p. 53-54

²⁰ *Id.*, p. 53-54

²¹ Paul BRASSEUR *et al.*, *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 56

²² *Id.*, p. 55

²³ *Id.*, p. 54-55

pourparlers qui, lorsque trompé, entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé²⁴. Il faut cependant ajouter que la responsabilité précontractuelle, telle qu'entendue par les allemands, n'est ni de nature contractuelle, ni de nature délictuelle. Elle répond plutôt à un régime de responsabilité particulier et indépendant²⁵. Cependant, ses effets seront appréciés par le juge selon la responsabilité contractuelle²⁶. Les caractéristiques du régime délictuel allemand ont pour conséquence d'empêcher son application dans le domaine précontractuel. En effet, il ne peut être utilisé que pour « les atteintes à des droits absolus ou des violations d'une loi protectrice ou encore un agissement contraire à la morale (...) »²⁷. En d'autres termes, il n'est pas suffisant de démontrer, comme dans le système québécois ou français, la faute, le dommage et le lien de causalité, il faut aussi prouver que ce fait préjudiciable a transgressé un droit protégé par la loi²⁸. C'est ce qu'on appelle l'acte illicite ou illicéité. Bien qu'il s'agisse à proprement parler d'un concept suisse, il reprend plus généralement l'idée du système allemand et explique bien la particularité de leur régime extracontractuel²⁹. Pierre Engel dans son traité des obligations en droit suisse, décrit cette notion :

« (...) l'acte illicite est un acte ou une omission par quoi une personne viole une injonction générale -commandement ou défense- statuée par l'ordre juridique en vue de protéger les particuliers³⁰. L'ordre juridique qui contient la règle protectrice violée, c'est le droit écrit et le droit non écrit, le droit fédéral comme le droit cantonal »³¹.

²⁴ Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 34

²⁵ *I.d.*, p. 54

²⁶ *I.d.*, p. 36; Michel FRÉMONT, *Droit allemand des affaires*, Paris, Éditions Montchrestien, 2001, p. 107

²⁷ M. FRÉMONT, *op. cit.*, note 26, p. 107

²⁸ Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Éditions Staempfli, 1997, p. 447-448

²⁹ *I.d.*, p. 447

³⁰ *I.d.*, p. 448

³¹ *I.d.*, p. 449

Ainsi, dans le cas de la faute précontractuelle, l'élément d'illicéité n'est pas toujours présent puisque l'atteinte à un droit purement patrimonial, sans qu'il soit spécifiquement protégé par la loi, ne rencontre pas le critère d'illicéité. Par conséquent, l'utilisation de la responsabilité délictuelle n'est pas la plus appropriée. À travers cette analyse du droit allemand, il est possible de constater que les enseignements de Jhering et de sa *culpa in contrahendo* sont toujours utilisés dans le droit moderne, mais il faut aussi comprendre la raison pour laquelle ce concept a été créé, c'est-à-dire pour combler ce que la responsabilité délictuelle allemande ne pouvait couvrir. Nous pouvons donc nous demander s'il ne s'agit pas plutôt d'un concept qui ne devrait pas dépasser les limites nationales. En effet, quelle serait sa pertinence dans un système de droit où le régime extracontractuel peut englober la responsabilité précontractuelle?

Si aujourd'hui, nous le verrons plus tard, le droit québécois penche pour l'utilisation du régime extracontractuel afin de définir la période des pourparlers, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, après l'analyse d'une certaine jurisprudence, la tendance juridique de l'époque était en faveur d'une approche contractuelle dans la formation des contrats. Nous croyons pourtant qu'il faut y voir une certaine nuance et pour cela, il est important de la replacer dans son contexte factuel en plus de regarder les arguments avancés. Le Cour dans l'arrêt Renfrew Flour Mills c. Sanschagrin³², s'est prononcée sur une demande en dommage et intérêt faisant suite au retrait d'une offre avant la date d'expiration du délai d'acceptation. La compagnie appelante, Renfrew Flour Mills, avait, en septembre 1925, par l'intermédiaire d'une lettre, offert à M. Sanschagrin, président de la compagnie intimée, quarante mille sacs de farine. L'offre était assortie d'un délai de 8 semaines au cours duquel, le contrat devait être conclu sous peine d'expiration de l'offre après le temps imparti. Le lendemain, M. Sanschagrin confirmait par écrit les termes de l'entente et demandait la conclusion officielle du contrat. Cependant, avant la fin du délai de 8

³² Renfrew Flour Mills c. Sanschagrin, [1928] 45 B.R. 29

semaines, Renfrew Flour Mills, retirait son offre sans plus d'explication. M. Le juge Letourneau, dans son jugement, se penche sur la validité de l'octroi de dommages et intérêts pour inexécution du contrat en regardant deux aspects importants, dont un particulièrement intéressant pour les fins de la présente étude. Il s'agissait en fait de savoir si la lettre de septembre 1925, énonçant l'offre, était un contrat unilatéral selon le droit québécois. La cour est affirmative quant à cette question. Elle dit que la lettre de septembre 1925 était annonciatrice de la conclusion d'un accord et n'était plus une simple sollicitation, mais un contrat unilatéral engageant la compagnie Renfrew à respecter son offre tant et aussi longtemps que le délai ne serait pas expiré. De plus, la lettre de M. Sanschagrin suivant l'offre était une confirmation que celle-ci était déjà suffisamment acceptée et que seuls certains détails restaient à être entrevus. Le juge base de plus son argumentation sur les enseignements de M. Demolombe qui mentionne que :

« (...) Dans les usages de commerce, il est universellement admis que celui qui fait une offre par lettre, est réputé prendre l'engagement tacite de ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui il l'a adressée, puisse y répondre et l'accepter »³³.

Malgré le fait que la Cour ait considéré cette partie des pourparlers comme étant contractuelle, elle a rejeté l'octroi des dommages et intérêts. En effet, la deuxième question abordée dans la décision était la détermination de la loi gouvernant la demande. Il s'agissait en fait de celle de l'Ontario où, ces notions étaient inconnues et par conséquent aucune indemnisation ne pouvait être octroyée puisqu'il y avait absence de faute de la part de la compagnie Renfrew. Cependant, nous pouvons croire que, si la décision avait été jugée selon le droit québécois, la Cour aurait donné une compensation à Sanschagrin. En effet, le retrait brusque des négociations avancées sans offrir d'explication est considéré comme une faute puisqu'il va à l'encontre d'un comportement de bonne foi demandé par la

³³ Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris, Hachette et Cie, p. 64

responsabilité précontractuelle. Nous croyons que certaines nuances doivent être apportées. Il est important de bien comprendre qu'avant la lettre de septembre 1925 de nombreuses négociations avaient eu lieu entre les parties et que sans celles-ci, la conclusion de la cour quant à la nature contractuelle de l'offre n'aurait probablement pas été la même. En fait, cette façon d'aborder les pourparlers se rapproche des théories mixtes que nous verrons un peu plus loin où, plus les négociations avancent, plus la confiance augmente, plus l'on s'approche d'une contractualisation des pourparlers. De plus, il ne faut pas oublier la dissidence du juge Cannon qui voit plutôt la lettre de septembre 1925 comme une proposition, faite par le président qui ne peut lier la compagnie sans l'accord de la direction, suivit d'une contre-proposition de M. Sanschagrin et finalement un refus de celle-ci par le retrait de l'offre au mois d'octobre.

Encore aujourd'hui, malgré que la thèse extracontractuelle soit majoritaire, la conception contractuelle reçoit l'appui de certains auteurs. C'est le cas de Vincent Karim qui défend toujours le résonnement de Jhering et son concept de *culpa in contrahendo*. Selon Karim, la façon dont l'article 1375 CCQ a été rédigé, demande un changement dans la perception traditionnelle de la responsabilité précontractuelle³⁴.

1375 : « 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 »³⁵.

À la lecture de cet article, Karim explique que « la naissance de l'obligation » fait référence à l'obligation de négocier de bonne foi, prévue dans le concept de la *culpa in contrahendo*,

³⁴Vincent KARIM, «La règle de bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec: sa portée et les sanctions qui en découlent», (2000) 41 *C. de D.* 435 459

³⁵ C.c.Q., art. 1375

soumettant ainsi la phase précontractuelle au régime contractuel³⁶. Il reprend donc l'idée voulant qu'au moment d'entrer en négociations, les parties s'engagent dans une sorte d'avant-contrat ayant pour but d'assurer une collaboration de bonne foi dans la formation du contrat envisagé. Ainsi, « si la conduite de l'une des parties durant les négociations et lors de la rupture n'est pas conforme à la règle de la bonne foi exigée dans l'article 1375 C.c.Q. en matière contractuelle, la responsabilité de cette partie sera retenue »³⁷. Cette idée est loin de faire l'unanimité et se retrouve plutôt isolée dans une doctrine assez unanime quant à la nature de la responsabilité précontractuelle. Il serait curieux que le législateur ait voulu changer de façon marquée le régime de la responsabilité précontractuelle lorsque la doctrine et la jurisprudence s'entendent pour la soumettre à un régime extracontractuel. De plus, si l'on accepte 1375 comme étant un devoir de négocier de bonne foi, cette obligation devient alors légale et non contractuelle ce qui milite en faveur de la nature extracontractuelle de cette responsabilité. De manière plus générale, il ne faut pas oublier que 1375 réfère à la naissance de l'obligation et non pas du contrat. Ainsi cette obligation peut être légale, ce qui enlève la nature uniquement contractuelle de cet article. C'est d'ailleurs pour cette raison que la bonne foi, hors du contrat, tend à remplacer la faute. Pour conclure, la théorie de Karim est d'autant plus questionnable lorsque l'on sait que quand Jhering a écrit son œuvre, il n'existait ni en droit allemand ni en droit romain de régime général de responsabilité extracontractuelle³⁸. Bien évidemment, ceci n'est pas le cas en droit québécois et nous pouvons nous demander si aujourd'hui, Jhering, placé dans un contexte québécois ou français, en serait venu au même résultat.

2) *Fondements extracontractuels et régimes mixtes*

³⁶ V. KARIM, *loc. cit.*, note 34, 459

³⁷ *I.d.*, p. 460

³⁸ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 148; S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 6, p. 175

De nos jours, la majorité des auteurs penchent pour qualifier la responsabilité précontractuelle d'extracontractuelle. C'est le cas, entre autres, du Québec et de la France où les tribunaux se sont clairement prononcés en faveur de ce régime. Même s'il n'existe aucun article traitant particulièrement du sujet dans le *Code civil du Québec* ou dans le Code civil français, la doctrine et la jurisprudence ont répondu à la question de la nature de la responsabilité précontractuelle. Pour eux, la *culpa in contrahendo* et l'emploi de son contrat tacite n'est qu'une fiction³⁹. De nos jours, l'utilisation des avant-contrats afin de régir la phase précontractuelle est très répandue et prend plusieurs formes⁴⁰. Il n'est donc pas pertinent de déduire un contrat de bonne foi tacite entre les parties négociantes si les outils afin de créer un véritable avant-contrat sont disponibles et accessibles à tous. De façon beaucoup plus simple, pour qu'il y ait application du régime contractuel, il faut être en présence d'un contrat. Or, dans la définition même de cette notion, il est demandé de pouvoir identifier une offre, une acceptation, une rencontre claire des volontés⁴¹. La phase de formation des contrats ne répond pas à ces critères, justement elle met en place l'élaboration d'une ultime rencontre des volontés entre les parties. Ainsi, une faute commise pendant cette période est complètement en dehors d'un engagement contractuel puisque celui-ci est en formation⁴². Pierre Mousseron qualifie cette perspective de qualification de la phase précontractuelle de critère chronologique.

« Le critère d'affectation le plus pertinent est, en vérité le critère chronologique. La faute dommageable commise avant la conclusion du

³⁹ P. LETOURNEAU, *op. cit.*, note 16, p. 481

⁴⁰ F. LABARTHE, *op. cit.*, note 15, p. 130; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 149

⁴¹ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 149

⁴² Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007, ; Pierre MOUSSERON, «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», (1998) 2 *R.T.D. com.* 243p. 41

contrat négocié ou d'un accord de négociation préalable entraîne une responsabilité délictuelle...et vice versa »⁴³.

Il faut quand même remarquer qu'il arrive que les tribunaux reconnaissent un lien contractuel entre les parties, antérieur à la signature du contrat. Il faut donc porter attention à l'échange de volonté et l'intention des parties de contracter. C'est en fait ce moment qui est déterminant dans la qualification de la nature de cette responsabilité.

Sans être complètement associée à la responsabilité de source contractuelle telle que proposée par la doctrine allemande ni tomber dans la responsabilité extracontractuelle, certains auteurs ont trouvé une façon intermédiaire de qualifier la responsabilité précontractuelle⁴⁴. Selon eux, la responsabilité est, selon le cas, extracontractuelle ou contractuelle. Elle varie selon différentes circonstances et obéit à des règles qui sont basées sur l'accord négocié entre les parties. La responsabilité précontractuelle n'est donc plus vue comme un moment entier qui mérite une qualification juridique, mais plutôt comme une phase divisible en fonction de l'accord qui a été ou est en voie d'être conclu. L'un des meilleurs exemples qui illustrent la double nature de la responsabilité précontractuelle est celui proposant de qualifier la phase précontractuelle par l'aboutissement ou non de l'accord négocié entre les parties. Plus précisément, si une faute est commise lors de la formation du contrat et que celui-ci est avorté, la nature de la responsabilité est extracontractuelle. Cependant, si un contrat est finalement intervenu malgré une faute lors des négociations, celle-ci devra être jugée selon les règles de la responsabilité contractuelle⁴⁵. Dans un même ordre d'idées, on peut faire varier la nature de la responsabilité précontractuelle avec l'incidence que la faute commise a eu sur le

⁴³Pierre MOUSSERON, «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», (1998) 2 *R.T.D. com.* 243, 250-251

⁴⁴P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 43, p. 249

consentement ou sur l'exécution du contrat. Ainsi si cette faute a vicié le consentement, la nature de celle-ci est extracontractuelle, mais si elle a plutôt eu un impact sur l'exécution du contrat, celle-ci est contractuelle. Comme le fait pertinemment remarquer Pierre Mousseron, cette méthode n'est pas toujours aussi simple d'application. Nous pouvons, par exemple, penser aux cas de rupture abusive des pourparlers où étant donné qu'aucun contrat n'a été conclu, il est difficile de savoir si la faute a influencé le consentement ou l'exécution du contrat⁴⁶.

Les solutions qu'apportent les théories mixtes donnent l'impression de bien répondre à cette dualité présente dans la formation des contrats. Quoique intéressantes, nous les croyons difficiles d'application. En effet, d'un point de vue plus pratique, elles pourraient apporter des confusions supplémentaires quant au moment où les négociations passent de la nature extracontractuelle à la nature contractuelle. L'idéal serait que chacun crée un régime autonome de responsabilité précontractuelle en déterminant ses règles d'application, la prescription qui lui est associée ou même ses principes de droit international privé.

Force est donc de constater qu'il existe une variation de solutions quant à la nature de la responsabilité précontractuelle. Chacune de ces différentes théories a été créée dans le but de répondre aux nécessités et aux contraintes juridiques, afin d'adapter le concept des pourparlers à leur système de lois nationales. Il y a même des pays comme l'Espagne où le choix n'est pas encore fait⁴⁷. Cependant, il faut remarquer que la formation des conventions semble prise entre ces deux régimes. D'un côté, il n'existe pas de contrat à proprement parler, mais d'un autre côté, elle est intimement reliée à celui-ci puisqu'elle en est ses

⁴⁵ *Id.*, p. 250

⁴⁶ *Id.*, p. 250

⁴⁷ Georges ROUHETTE *et al.*, *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p.152

prémisses. Ce désaccord peut entraîner plusieurs problèmes lorsque des entreprises ou des individus de pays différents décident d'entrer en négociation. Qu'arrive-t-il si l'une des parties rompt soudainement les pourparlers en causant un préjudice à l'autre? Que se passe-t-il si chacun des États membres de ses parties offre une solution différente quant à la nature du régime précontractuel? La réponse n'est certes pas très évidente, mais peut-être qu'une analyse des instruments internationaux abordant la question de la responsabilité précontractuelle serait en mesure de guider les parties quant au régime à adopter?

B. La nature de la responsabilité dans les instruments internationaux

Afin de répondre à la demande croissante de l'établissement des grandes lignes concernant la responsabilité précontractuelle, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ont été les premiers à répondre à cet appel. La diversité des théories et des applications concernant la période des pourparlers et l'accroissement du nombre de contrats à caractère international ont grandement contribué à la nécessité de bien définir cette période. L'élaboration d'un outil de référence était donc important. Après de nombreuses négociations et réécriture, les Principes de l'Unidroit en sont venus à un consensus afin de rallier la majorité des opinions. Cet instrument prévoit alors à son article 2.1.15, un régime de responsabilité précontractuelle.

2.1.15 :

- 1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord
- 2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre personne.

3) Est notamment de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord.⁴⁸

À titre de guide et d'illustration des principes énoncés dans l'article, les commentaires qui suivent celui-ci donnent, entre autres, des exemples concrets d'application de la responsabilité précontractuelle. On y précise aussi le type de dommages qu'il sera possible à la partie lésée de demander. Cependant, la question concernant la nature de la responsabilité précontractuelle ne semble pas avoir été abordée. Une telle omission n'est pas surprenante vue la diversité des systèmes juridiques des différents acteurs ayant participé à sa construction⁴⁹. La reconnaissance dans un outil international d'une responsabilité précontractuelle et des obligations qui l'entourent est déjà une grande étape de franchise et un bel effort afin d'unifier les concepts relatifs à la formation des contrats. Cependant, même si aucune précision claire n'a été fournie sur la nature de la responsabilité précontractuelle, est-il possible de la déduire à partir de l'ensemble du texte des Principes d'Unidroit? À la lecture de son préambule, certains pourraient être tentés de penser que sa nature est contractuelle. En effet, il y est spécifié que le champ d'application des Principes ne s'étend qu'aux contrats du commerce international⁵⁰. Cette restriction pourrait vouloir rattacher l'ensemble des Principes, y compris la responsabilité précontractuelle, au domaine contractuel, et ce, même si aucun contrat n'a été conclu. Nous croyons pourtant qu'il ne faut pas interpréter le préambule ainsi et en y voyant une intention de contractualisation de la phase précontractuelle. Le mot contrat devrait plutôt être compris dans son sens large c'est-à-dire en incluant sa formation et ses phases préliminaires qui peuvent être de nature extracontractuelle. Nous croyons plutôt que

⁴⁸ UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994, art. 2.1.15

⁴⁹ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 100-101

⁵⁰ *I.d.*, p. 102-103

cette spécification avait simplement pour but d'exclure du champ d'application des Principes, tout ce qui touche aux contrats qui ne sont pas relatifs au commerce international. Malgré les nombreuses solutions que cet instrument apporte quant à la responsabilité précontractuelle, certains problèmes persistent toujours. Nous pouvons penser, bien sûr, aux questions de prescription et de charge de la preuve qui dépendent directement de la nature de cette responsabilité et qui ne semblent pas avoir été abordées dans les Principes⁵¹. La tâche consistant à déterminer si la phase des négociations relève du régime contractuel ou extracontractuel reviendra alors aux juges ou aux arbitres. Les règles de conflits de lois ainsi que les droits nationaux seront alors inévitables afin de compléter et d'appliquer les règles énoncées dans les Principes. Évidemment, nous pouvons prévoir que certaines difficultés se feront ressentir quant à l'interprétation de la période précontractuelle vu la grande diversité de traitement à travers les États. Cependant, qu'en est-il des Principes du droit européen des contrats ? Discutent-ils de la nature de cette responsabilité ou font-ils aussi la création d'un régime autonome?

Établis en 2000 et restreint au champ d'application territoriale des États formant l'Union européenne, ces Principes ont été fortement inspirés de ceux d'Unidroit⁵². Tout comme le fait l'article 2.1.15, l'article 2:301 des Principes du droit européen rendent responsable la partie, qui lors des négociations, n'a pas respecté les exigences de bonne foi et a causé, par sa faute, un préjudice à l'autre partie⁵³. Toutefois, contrairement à leur prédécesseur, les commentaires des Principes du droit européen des contrats contiennent une tentative de réponse quant à la nature de la responsabilité précontractuelle.

⁵¹ Martina SUCHANKOVA, «Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations», (1997) 6 *R.D.A.I.* 691, 698

⁵² P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 106-107

⁵³ *I.d.*, p. 107

« La responsabilité peut être fondée sur le dol : dans les illustrations 1 et 2, A a induit B à croire qu'il entendait conclure le contrat. Bien que dans plusieurs des États membres, ce dol soit une cause de responsabilité délictuelle, il est gouverné par les Principes s'il intervient dans un contrat régi par les Principes(...) »⁵⁴

Ce commentaire relatif au fondement de la responsabilité reste très vague et n'apporte, en réalité aucune réponse claire quant à la nature de celle-ci. Il répète simplement qu'il n'existe pas de manière uniforme de traiter de la question à travers les différents États membres. De plus, ces Principes n'élaborent pas de manière aussi explicite que ceux de l'Unidroit les modes de réparation des dommages. Seule l'attribution de dommages et intérêts serait envisagée.

L'absence de cette détermination entraîne bien sûr certains problèmes quant à son application par les tribunaux des États membres lorsqu'une question de rupture des négociations fait surface. En effet, un arrêt de 2002 de la Cour de justice des communautés européennes⁵⁵ traite spécifiquement de la nature de la responsabilité précontractuelle par l'intermédiaire d'une question préjudicielle posée à la Cour par un tribunal italien. Il s'agit en fait de la première fois où la qualification de la phase des négociations fait l'objet d'une analyse par la Cour européenne. Dans cette affaire, le demandeur, Fonderie Tacconi⁵⁶, avait concédé un contrat de *leasing* à la compagnie B.N.⁵⁷ pour l'établissement de certaines installations en vue de la conclusion d'un contrat de vente de moulage avec la compagnie défenderesse, HWS⁵⁸. Le contrat de vente n'étant pas survenu entre B.N. et HWS, Tacconi a assigné ce dernier devant un tribunal italien afin de faire constater l'absence de contrat et

⁵⁴ G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 47, p. 151

⁵⁵ Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, [2002] C-334/00 (C.J.E.)

⁵⁶ I.d.

⁵⁷ B.N. Commerco e Finanza SpA

⁵⁸ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik

le manque, par cette société, à son obligation de loyauté et de bonne foi dans la rupture des négociations. En effet, Tacconi affirmait avoir subi un dommage quant à son contrat de *leasing* qui était alors devenu inutile en l'absence de la vente de moulage. Elle invoqua au soutien de ses prétentions l'article 1337 du code civil italien en soutenant qu'il s'agit d'une question de nature délictuelle et que par conséquent c'est l'article 5 point 3 de la convention de Bruxelles⁵⁹ qui est applicable. Suivant cette disposition sur les règles de droit international privé, le tribunal italien serait alors compétent pour entendre l'affaire puisqu'il s'agit du lieu où le fait dommageable s'est produit. Cependant, selon la compagnie allemande HWS, à l'image de l'esprit des dispositions de leur État, la responsabilité précontractuelle n'est ni extracontractuelle ni contractuelle. Ce serait les tribunaux allemands qui, selon la disposition générale de l'article 2 de la convention de Bruxelles, ont compétence pour entendre le litige. Devant cette confusion, le juge italien s'est alors adressé à la Cour de Justice des communautés européennes afin d'appliquer les règles de compétence appropriées en interprétant la convention de Bruxelles à la situation particulière de la rupture des pourparlers.

La Cour a jugé, après analyse que la responsabilité précontractuelle telle qu'entendu dans les faits particuliers de cette affaire était de nature délictuelle. En effet, elle explique que pour que l'article 5 point 1 trouve application, un accord doit exister entre les parties. Il n'exige pas la conclusion d'un contrat, mais la présence d'un engagement librement assumé entre les parties avec des obligations identifiables qui en découlent. Or, dans le cas présent aucun engagement n'existait entre HWS et Tacconi. L'avocat général dans ses conclusions ajoute qu'il faut distinguer les obligations contractuelles des « obligations que les parties ont l'une envers l'autre des espoirs – justifiées ou non – qu'elles peuvent avoir conçues. Il peut s'agir, par exemple, de la conviction qu'a une partie que les négociations ne seront pas

⁵⁹ Conventions de Bruxelles et de Lugano : «Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions», Luxembourg : Cour de justice des communautés européennes, 1997

interrompues de manière inopinée (...)»⁶⁰. Ayant rejeté l'article 5 point 1, la Cour a alors décidé que la rupture injustifiée des négociations tombait dans le champ de l'article 5 point 3. Comme l'explique l'avocat général, cette disposition est de nature résiduelle et par conséquent le rejet de la première entraîne l'adoption de l'autre⁶¹. Cependant, il ajoute une certaine nuance en disant que la responsabilité précontractuelle peut, dans certaines circonstances, être de nature contractuelle⁶². À l'image de la conception néerlandaise, l'avocat général distingue dans la période des négociations trois stades où les obligations et la nature de la responsabilité varient⁶³. Dans le premier, les parties sont libres à tout moment de se retirer des négociations sans justifications. Dans le second, qui correspond à une période plus avancée des discussions où les parties voient naître entre-elles une confiance, l'interruption des négociations peut engager la responsabilité délictuelle. Finalement on doit distinguer un troisième stade où les relations entre les acteurs sont très étroites et où la majorité des points essentiels du contrat ont été décidés ce qui entraîne l'application de la responsabilité contractuelle en cas de rupture. Il est donc important de regarder les circonstances particulières de chaque cas et comprendre la gradation dans l'espace-temps précontractuel.

Suite à cette décision, l'Union européenne a adopté, en juillet 2007, un règlement⁶⁴ régissant les règles de conflit de loi où elle décide de la compétence des tribunaux en matière précontractuelle sans toutefois déterminer de façon claire la nature de la cette responsabilité. Il faut donc constater après cette analyse que ni les Principes d'Unidroit, ni

⁶⁰ M.L.A. GEELHOED, «Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH», Conclusions de l'avocat général, (31/01/ 2002) paragraphe 77

⁶¹ *I.d.*, paragraphe 73

⁶² *I.d.*, paragraphes 83-84

⁶³ *op. cit.*, note 60, p.65-66; Michael Joachim BONELL, «Pre-contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the Unidroit Principles» dans *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2003 p. 364

les Principes du droit européen des contrats n'apportent d'éclaircissement sur le statut de la responsabilité précontractuelle. Seule une jurisprudence peu abondante s'attaque au problème afin de résoudre les difficultés ponctuelles dans son application. Les discussions sur le sujet font toujours couler beaucoup d'encre et nous pouvons nous poser la question quant à la nécessité d'un tel débat. Quels sont les enjeux réels derrière cette volonté de déterminer la nature de la responsabilité précontractuelle?

Chaptire II : L'importance de la détermination du régime précontractuel

Le choix entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle peut sembler pour certains une question rhétorique. Cet entêtement peut parfois ressembler à un débat doctrinal qui n'a pas de conséquences pratiques dans l'application quotidienne du droit. Cependant, il serait faux de juger ainsi la détermination de la nature de la responsabilité précontractuelle. En effet, même si le choix d'un régime peut sembler accessoire, il a une incidence importante, voire essentielle, sur la partie qui veut entamer une action en responsabilité.

A. L'obligation d'élection de régime

Dans certains systèmes civilistes comme celui de la France ou du Québec, il est impératif, avant d'engager des poursuites, de choisir si l'action est contractuelle ou extracontractuelle. En effet, il n'est pas possible, pour un même litige, d'intenter une action en vertu des deux régimes. De plus, la loi prohibe l'option c'est-à-dire de choisir le régime le plus avantageux

⁶⁴ C.E., *Règlement 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*, J.O.L. 1999/40 [2007],

pour le problème de droit posé. C'est le deuxième alinéa de l'article 1458 C.c.Q. qui a établi cette règle. Elle mettait fin, du même coup, à l'option de régime qui avait été permise par deux arrêts de la Cour Suprême du Canada⁶⁵ sous le *Code civil du Bas-Canada*⁶⁶.

1458 alinéa 2 : « (...) ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leurs seraient plus profitables. »⁶⁷

Nous pouvons donc comprendre qu'il existe un lien contractuel entre les parties, celle qui intente l'action doit, obligatoirement, placer sa demande sous les normes du régime contractuel. Cette règle semble inspirée du droit français qui, par la jurisprudence et la doctrine, s'est prononcé en faveur du non-cumul des deux responsabilités. Il s'agit en fait d'une interdiction d'option qui a pour but premier de protéger l'intégrité du contrat⁶⁸. Pour certains auteurs, comme Geneviève Viney, le refus de l'option devrait s'appliquer que pour obligations explicites et non les obligations implicites⁶⁹. Ce principe tente de faire échec à ceux qui chercheraient, en utilisant la responsabilité délictuelle, à écarter les règles contractuelles qui lui sont peut-être moins favorables. Nous pouvons aussi penser à quelqu'un qui voudrait se servir de dispositions purement extracontractuelles, normalement inconnues du régime contractuel, et les introduire d'une certaine manière dans le champ du contrat⁷⁰. Le principe de non-cumul vient aussi empêcher de bloquer l'efficacité d'une clause compromissoire par l'utilisation de la responsabilité délictuelle, mais aussi à éviter le

⁶⁵ National Drying Machinery c. Wabasso, [1891] 1 R.C.S. 578 ; Air Canada c. McDonnell Douglas Co., [1989] R.C.S. 1554

⁶⁶ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, op. cit., note 42, p. 30-31

⁶⁷ C.c.Q., article 1458

⁶⁸ Geneviève VINEY, «Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du *Code civil du Québec*)», (1994) 39 *McGill L.J.* 813, 817

⁶⁹ I.d., 825

contournement de certaines règles de prescription, de preuve ou de compétence territoriale⁷¹.

Ces principes de non-cumul ou de refus de l'option de régime entraînent des conséquences très importantes pour les différentes parties. En effet, l'une d'entre elles peut voir son recours rejeté et être ainsi forcée à recommencer son action, si celle-ci n'a pas été fait sous la bonne base juridique. Bien évidemment une application trop stricte peut mener à des résultats fâcheux et devenir un moyen dilatoire contraire au but premier de ces règles de non-cumul visant la protection du contrat. Cependant, il est possible, dans les cas où la détermination du régime est ambiguë, d'intenter une action, par exemple en responsabilité contractuelle et subsidiairement en extracontractuelle, ce qui évite de recommencer l'action, si le juge décide qu'il n'y a pas de contrat. La détermination du régime précontractuel prend alors toute son importance. L'existence ou non d'un lien contractuel entre les parties lors de cette période pourrait avoir des répercussions à la base de la requête, voir une obligation de recommencer la demande si le mauvais régime a été choisi. Quoiqu'il en soit, même si cette difficulté n'est présente que dans certains pays, il existe d'autres facteurs qui montrent que le débat sur la nature de la responsabilité précontractuelle n'est pas seulement théorique.

B. La prescription

Avant d'intenter toute action, il est important pour la partie demanderesse de vérifier si son recours est toujours possible. En effet, la loi établit une prescription extinctive par laquelle, si aucune action n'est entreprise par l'une des parties dans un délai imparti, le temps libère

⁷⁰ I.d., p. 818

⁷¹ I.d., p. 819

l'autre des fautes commises. Il est alors important, pour une partie lésée lors des négociations, d'agir avant la fin de ce délai.

Au Québec, l'article 2922 C.c.Q. fixe le délai de droit commun à dix ans. Cependant, il existe un article plus spécifique 2925 C.c.Q. qui lui prescrit une action qui fait valoir un droit personnel ou réel mobilier, à trois ans. Ces délais de prescription n'ont pas toujours été ainsi. Sous le *Code civil du Bas-Canada*, le législateur faisait varier les délais selon le domaine où l'on se trouvait soit délictuel, contractuel et même commercial, mais aussi selon le type d'action comme une nullité⁷². Bien qu'aujourd'hui, il n'est plus essentiel, en ce qui concerne la prescription, de déterminer si un recours en responsabilité précontractuelle est de nature contractuel ou extracontractuel, il n'en reste pas moins qu'à une certaine époque, la question était pertinente et nous pourrions supposer qu'il en est toujours ainsi dans d'autres pays. En effet, Sylvette Guillemard, dans son article sur la qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi⁷³, mentionne que dans plusieurs États de tradition civiliste comme la Suisse ou l'Italie, les délais de prescription varie entre le domaine contractuel et extracontractuel.

Ainsi, dans un contexte international, la qualification de la responsabilité précontractuelle peut devenir importante afin de vérifier la prescription d'un recours⁷⁴. Il ne faut pas oublier que lorsqu'une partie invoque la prescription de l'action, il est important de déterminer si celle-ci est une question de fond ou de procédure, car des règles différentes

⁷²Sylvette GUILLEMARD, «Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi», (1994) 25 *R.G.D.* 49, 66-67

⁷³I.d.

⁷⁴La convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise, modifié par le Protocole modifiant la convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandise de la CNUDCI fixe le délai à 4 ans.

s'appliqueront⁷⁵. Il s'agit des règles de droit international privé qui sont une autre conséquence appuyant la qualification de la responsabilité précontractuelle.

C. Les règles de droit international privé

Lorsqu'il existe entre les parties négociantes un élément d'extranéité, nous nous retrouvons avec une diversité de systèmes juridiques nationaux avec lesquels il faut composer. Comme nous l'avons vu précédemment, tous les pays ne traitent pas de la même façon la question de la responsabilité précontractuelle et chacun possède ses propres règles. Il devient donc important, quand un problème survient, de déterminer la loi qui s'appliquera au litige. Des mécanismes de conflits de lois ont donc été mis au point par les différents États afin de résoudre ce genre de situation. Cependant, afin de connaître quelle loi sera appliquée, il faut définir dans quel domaine de droit l'action se situe. Est-ce, par exemple, une matière matrimoniale, une question de succession ou est-ce plutôt une responsabilité contractuelle ou extracontractuelle? Ainsi, la nature de la responsabilité précontractuelle reprend de l'importance puisque sa détermination aura un effet direct sur la loi applicable au recours.

Au Québec, le livre 10 du Code civil est consacré exclusivement au droit international privé et son titre 2 aux règles des conflits de loi. Évidemment aucun article n'est consacré à la responsabilité précontractuelle et il faut donc se rabattre sur la qualification de base soit contractuelle ou extracontractuelle.

3126 C.c.Q. : « L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois si

⁷⁵S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 72, 66

le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.

Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique. »⁷⁶

Cet article fait référence à la responsabilité extracontractuelle et rattache la loi applicable au préjudice causé. Ainsi, si l'on considère la phase des négociations comme étant de cette nature, il faudra utiliser cette disposition.

Cependant, si l'on considère que la responsabilité précontractuelle découle d'un contrat tacite entre les parties ayant pour principal objet une obligation de bonne foi lors des pourparlers, c'est l'article 3127 C.c.Q. qu'il faudra appliquer.

3127 C.c.Q. : « Lorsque l'obligation de réparer un préjudice résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle, les prétentions fondées sur l'inexécution sont régies par la loi applicable au contrat. »⁷⁷

La loi applicable au contrat a souvent été déterminée à l'intérieur de celui-ci par les parties. Or, dans un contrat tacite, il est difficile de prévoir une telle clause. L'article 3112 C.c.Q. résout cette impasse en énonçant que la loi applicable sera celle de l'État possédant les liens les plus étroits avec l'acte juridique. Par liens plus étroits, le législateur entend l'État dans lequel la partie doit fournir la prestation caractéristique⁷⁸.

Force est de constater qu'il est possible d'obtenir un résultat différent quant à la loi applicable au litige, si l'on considère la responsabilité précontractuelle comme étant d'une

⁷⁶ C.c.Q., art. 3126

⁷⁷ C.c.Q., art. 3127

⁷⁸ C.c.Q., art. 3113

nature ou d'une autre. Il ne faut pas oublier que ces règles de conflit de lois sont propres à chaque État et qu'il est fréquent d'observer une variation au niveau de la détermination de la loi applicable. Évidemment cette situation est génératrice de nombreux problèmes et il est important d'y remédier afin d'obtenir une plus grande uniformité quant à la détermination de la loi applicable aux relations précontractuelles.

Ce n'est que tout récemment, face à l'ampleur du problème, que l'Union européenne a décidé de se prononcer sur la question des pourparlers et des conflits de lois. Ainsi le règlement (CE) No 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelle (Rome II), a vu le jour. Ce règlement « vise à uniformiser les règles de conflit de lois des États membres en matière d'obligations non contractuelles (...). Il ne s'agit pas d'harmoniser le droit matériel des États membres, mais d'harmoniser les règles en vertu desquelles la loi applicable à une obligation déterminée.»⁷⁹ En effet, le règlement reconnaît la variation du concept d'obligation non-contractuelle, entre les différents États membres. Cependant, afin d'assurer une plus grande uniformité, il faut entendre celui-ci comme étant autonome et que le règlement s'applique de la même façon que le concept soit fondé sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle. De plus, afin d'éviter toute confusion, les conceptions de *common law* sur les obligations non-contractuelles, comme l'enrichissement sans cause, ont aussi reçu leur propre loi applicable. C'est l'article 12 qui traite spécifiquement de la responsabilité précontractuelle.

« Article 12 «culpa in contrahendo»

⁷⁹ Synthèse de la législation Activités de l'Union européenne et Coopération judiciaire en matière civile. «Obligation non contractuelles: Rome II». 2007. NOTE: The downloaded or imported citation did not fit with any Web Page that is handled by this GCULC Output Style. Please enter the citation manually using one of the Web Pages set up for the GCULC Output Style.

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu.

2. Si la loi applicable ne peut être déterminé sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est:

a) celle du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent; ou

b) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait générateur du dommage se produit, la loi de ce pays; ou

c) s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays. »⁸⁰

Cet outil créé par l'Union européenne est particulièrement intéressant puisqu'il résout le problème des règles de conflits de lois sans répondre à la question très controversée de la nature de la responsabilité précontractuelle. Il serait donc souhaitable de reproduire au niveau international c'est-à-dire en dépassant les barrières européennes, ce type d'instrument.

D. Les dommages

Avant de conclure sur cette partie, il existe un autre aspect qui varie selon la nature du régime de la responsabilité précontractuelle. Il s'agit des dommages. En effet, l'indemnisation que pourra réclamer la partie lésée diffère si l'on est en terrain contractuel

ou extracontractuel. En matière de contrat, pour qu'il y est compensation, le dommage doit être direct et prévisible⁸¹. Cependant, en ce qui concerne les délits, seule la condition du préjudice direct est retenue⁸². Ceci s'explique par le fait que lors de l'élaboration d'un contrat, les parties peuvent déterminer l'étendue de leur responsabilité⁸³. Ainsi, elles sont en mesure de prévoir qu'elles seront les conséquences auxquelles elles s'exposeront, si elles ne respectent pas leurs engagements. La prévisibilité du dommage dans le domaine contractuel vient donc restreindre la réparation du préjudice par rapport au régime extracontractuel. En plus de déterminer si le dommage est une conséquence directe de la faute, le tribunal devra se demander si le contractant, raisonnablement prudent et diligent, aurait pu prévoir, dans les mêmes circonstances, de tels dommages⁸⁴. Cependant, dans les cas de fautes lourdes ou de dol, la condition de prévisibilité tombe et la compensation ressemblera à celle du régime extracontractuel⁸⁵.

Titre II : La détermination de la faute en responsabilité précontractuelle

Bien qu'il n'existe pas d'interprétation unique en ce qui concerne la nature du régime de la responsabilité précontractuelle, au Québec ainsi qu'en France, les juristes utilisent depuis

⁸⁰ Règlement 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), précité, note 64, article 12

⁸¹ C.c.Q., art. 1613

⁸² C.c.Q., art. 1607

⁸³ S. GUILLEMARD, loc. cit., note 72, 74-75

⁸⁴ I.d.

⁸⁵ I.d.

plusieurs années, le régime extracontractuel ou délictuel. C'est ce dernier que nous emploierons aux fins de l'analyse du présent texte et qui nous guidera à travers les différentes problématiques. Afin de bien cerner la phase des pourparlers et son incidence juridique, il faut déterminer la faute précontractuelle. En d'autres termes, quand considère-t-on que l'une des parties commet un écart et engage sa responsabilité? Nous verrons que tout comme la détermination de la nature, la question de la faute dans la formation des contrats n'est pas aussi simple qu'elle semble l'être.

La multiplicité d'interprétations et l'ambiguïté qui règne concernant la nature de la responsabilité précontractuelle est un facteur qui explique peut-être un autre phénomène, très présent dans l'analyse de la phase des pourparlers, que nous appellerons la dénaturation. La reconnaissance de la bonne foi comme outil de contrôle de la raisonnable du comportement à la fois contractuel et extra contractuel est la source d'une convergence à un double niveau entre les ordres de responsabilité. D'une part, le vocable de la bonne foi accompagne, voire, remplace celui de la faute en matière extracontractuelle⁸⁶, sans se demander si cela porte à conséquence et, ensuite, la bonne foi joue le même rôle de «gardien de la raisonnable du comportement à l'intérieur du contrat»⁸⁷ à l'extérieur du contrat. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est important de rappeler, dans un premier temps, les caractéristiques générales de la faute extracontractuelle, puis, dans un deuxième temps, de regarder de plus près cette confusion entre les deux régimes en analysant différentes théories sur la faute précontractuelle.

⁸⁶ Xavier DIEUX, «Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui: principe général de droit (l'exemple d'un ordre juridique frontalier)» dans Nicholas Kasirer et Pierre Noreau, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002

⁸⁷ Daniel GARDNER, MOORE, Benoît, «La responsabilité contractuelle dans la tourmente», (2007) 48 *C. de D.* 543

Chapitre I : Les caractéristiques générales de la faute extracontractuelle

Afin d'établir les prémisses de la faute précontractuelle, il nous faut tout d'abord analyser la faute telle que décrite par le régime extracontractuel. En effet, cette faute nous servira de guide puisqu'elle est la base même de la responsabilité précontractuelle. Certes, nous verrons que les notions extracontractuelles ont été adaptées par les auteurs et la jurisprudence, vu la situation particulière de la phase des pourparlers qui d'un côté reste intimement reliée au contrat, mais qui d'un autre reste un moment, bien distinct, où les parties sont libres de négocier et ne sont aucunement attachées à un contrat.

A. Les sources de la faute extracontractuelle

Il est difficile de donner une définition générale de ce qui constitue une faute extracontractuelle puisqu'elle demande l'analyse de divers éléments et varie en fonction de chaque cas. Cependant, il se dégage de cet ensemble la présence de certaines caractéristiques essentielles qui permettent de déterminer et de distinguer la faute extracontractuelle. Il s'agit du manquement à un devoir ou la violation d'une norme de conduite⁸⁸. Nous verrons en quoi et de quelle manière ils établissent une différence avec la faute contractuelle.

Le manquement à un devoir est, comme il l'énonce, une transgression à une norme de conduite. Celle-ci peut-être commise de façon volontaire ou par simple négligence. Ce devoir peut-être imposé par la loi, un règlement ou la jurisprudence, mais il en existe un plus général et commun à toute faute extracontractuelle : le devoir de ne pas nuire à

autrui⁸⁹. Il s'agit d'un comportement exigé par le législateur et que tous se doivent de respecter afin de ne pas engager sa responsabilité civile délictuelle⁹⁰. Même s'il est vrai que le devoir peut découler d'une norme statutaire ou réglementaire, il arrive qu'une personne ayant respecté toutes les lois voit quand même sa responsabilité engagée⁹¹. En effet, la base de la faute extracontractuelle reste cette norme de conduite générale de ne pas nuire à autrui et par conséquent il n'est pas nécessaire de montrer la violation d'une loi ou d'un règlement. Ceci se distingue de la faute contractuelle qui demande la transgression d'un devoir conventionnel ou d'une obligation qui découle directement du contrat.⁹² Elle peut provenir du contenu explicite des dispositions de la convention entre les parties, des usages ou d'une obligation imposée par la loi⁹³. Cette distinction entre les deux fautes est importante et sera reprise un peu plus tard afin d'expliquer le phénomène de dénaturation en responsabilité précontractuelle.

Ce manquement à un devoir de ne pas nuire à autrui doit être apprécié afin d'engager la responsabilité extracontractuelle de quelqu'un. Le juge devra donc décider s'il y a eu violation d'une norme de conduite. Cette norme est évaluée par rapport au comportement d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que la partie fautive⁹⁴. Les standards de ces agissements socialement acceptables sont directement rattachés à la société et donc peuvent varier selon les époques, les cultures et les mentalités. Un comportement acceptable au début du siècle ne l'est peut-être plus aujourd'hui. C'est donc une norme évolutive et bien adaptée à la situation de chaque individu. Afin de créer un

⁸⁸ J.L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 151

⁸⁹ *I.d.*, p.151

⁹⁰ C.c.Q., art. 1457

⁹¹ J.L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 169-170

⁹² C.c.Q., art. 1434

⁹³ *I.d.*, p. 162

⁹⁴ *I.d.*, p. 152

certain standard, elle est en général déterminée par le législateur, la jurisprudence ou les usages⁹⁵.

À la lumière de ces deux caractéristiques, la faute extracontractuelle est donc une violation au devoir de ne pas nuire à autrui qui ne correspond pas au comportement d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. C'est en fait une évaluation directement basée sur les agissements de l'auteur du dommage en fonction de ce qui est acceptable dans la société⁹⁶. La source de la faute vient plutôt rejoindre l'aspect d'une moralité sociale que nous appelons devoir et non une obligation imposée par la loi ou un contrat. Nous savons maintenant d'où provient la faute, mais regardons de quelle manière elle se présente.

B. L'analyse de la faute extracontractuelle

Lorsqu'une personne commet une faute, nous pensons, bien souvent, à quelqu'un qui par ses agissements, nuit à une autre personne en lui causant un dommage. C'est ce qu'on appelle une faute d'action. Elle se caractérise par la commission d'un geste positif ou plus simplement par le fait de faire quelque chose⁹⁷. Dans le cas de la formation des contrats, nous pouvons penser à une partie qui rompt subitement les négociations. Ainsi, par son action, la rupture, elle peut entraîner un dommage qui, par conséquent, nuit à l'autre partie. Cependant, il existe un autre type de faute, il s'agit de celle d'omission. Ici ce n'est pas l'action qui la caractérise, mais plutôt l'inaction d'une personne⁹⁸. Il peut paraître difficile d'imaginer comment quelqu'un peut causer un dommage à autrui en restant passif. Pourtant, il existe plusieurs exemples de ce genre de faute. Dans le domaine précontractuel,

⁹⁵ I.d., p. 152

⁹⁶ I.d., p. 152-153

⁹⁷ I.d., p. 163-164

il arrive qu'une partie au contrat cache sciemment des renseignements à l'autre partie afin de prolonger les négociations. En effet, il peut arriver que ces informations, si elles avaient été connues au début, n'auraient pas entraîné des pourparlers entre les deux acteurs. Le dommage se situe donc dans la perte de temps, les frais inutilement engagés et même dans la possibilité d'avoir conclu le contrat avec une autre partie. Comme le font remarquer Baudouin et Deslauriers dans le livre sur la responsabilité civile⁹⁹, certains auteurs croient que pour que l'omission soit fautive, il doit exister, dans la loi, une obligation ou un devoir d'agir. Nous pouvons, par exemple, penser au devoir de porter secours. Or, comme Baudouin et Deslauriers l'explique, cette idée est influencé par la *common law* et sa recherche du devoir d'agir (*duty to act*) pour qu'il y ait responsabilité de la partie.¹⁰⁰ Cependant, en droit civil, nous avons vu qu'il existe un devoir général de ne pas nuire à autrui inhérent à la responsabilité extracontractuelle. Celui-ci, combiné à la demande d'une conduite prudente et diligente de l'article 1457 sont suffisants pour fonder une faute d'omission.¹⁰¹ Il n'est donc pas nécessaire d'avoir une disposition comportant un devoir d'agir afin de la justifier.

Que se soit par son action ou son inaction, un autre élément doit être soulevé: l'intention. En effet, nous pourrions nous demander s'il est nécessaire pour parler de faute qu'il y ait un dessein malveillant de la part de son auteur. Inversement une personne pourrait-elle être tenue responsable pour une action ou une omission sans intention de causer un dommage à autrui? La réponse est positive. En effet, la faute non-intentionnelle est plus connue sous le nom de négligence ou imprudence¹⁰². Même si elle peut paraître moins grave qu'une faute commise volontairement c'est-à-dire avec l'intention de nuire, elles peut, au même titre que la faute intentionnelle, engager la responsabilité extracontractuelle de quelqu'un. Dans un

⁹⁸ *I.d.*, p. 163-164

⁹⁹ *I.d.*, p. 164

¹⁰⁰ *I.d.*, p. 164

¹⁰¹ *I.d.*, p. 164

¹⁰² *I.d.*, p. 165

même ordre d'idée, il faut aussi savoir que dans le régime délictuel, il n'existe pas de gradation de la faute. Aucune distinction n'est faite par rapport à l'intensité du devoir qui incombe à une personne sauf s'il existe une présomption à cet effet¹⁰³. Ceci se distingue du régime contractuel qui fait une distinction entre une faute simple, lourde ou intentionnelle dans les clauses d'exonération de la responsabilité. Malgré tout ceci, il est important d'ajouter que dans certaines circonstances, le législateur ou la jurisprudence attache certaines conséquences juridiques particulières à une personne commettant une faute lourde caractérisée par une insouciance grossière ou une faute intentionnelle volontaire et dolosive.¹⁰⁴

Finalement, nous avons vu que la faute extracontractuelle peut-être intentionnelle ou non, qu'elle se reflète autant dans une action ou une omission de son auteur et qu'il n'existe pas d'intensité de la faute mis à part certaines exceptions bien définies par le législateur. Il reste donc à regarder de quelle manière cette faute doit être analysée par le décideur. En effet, de quelle façon et par rapport à qui le juge devra placer l'auteur du dommage afin d'analyser son comportement? Il existe deux conceptions différentes au niveau de l'examen de la norme de la personne raisonnable. La première est une évaluation concrète de la situation. Elle place le juge dans la perspective même de la partie fautive et de ses habitudes de vie. Elle devient donc son propre point de référence. Il est alors important de bien connaître quelles sont ses manières d'agir, quelle est sa façon de réfléchir, son comportement voir même ses qualités et ses défauts¹⁰⁵. Le décideur se posera alors la question si les gestes reprochés sont ou non raisonnables par rapport au comportement normal de cette personne. Bien évidemment, cette méthode, très personnelle, soulève plusieurs problèmes et incongruités¹⁰⁶. En effet, qu'arrive-t-il si la personne agit normalement de manière douteuse

¹⁰³ *I.d.*, p. 165-166, Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL et Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, Levallois, Les Éditions Francis Lefebvre, 2001, p.59

¹⁰⁴ J.L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p.109

¹⁰⁵ *I.d.*, p. 170

¹⁰⁶ *I.d.*, p. 170

et possède une attitude négligente ou malveillante? Il ne semble alors pas logique quelle reste impunie. La justice veut qu'à plus forte raison, si elle agit toujours de cette manière, l'on puisse tenter d'arrêter le comportement fautif. En fait, en utilisant cette méthode, on retire de l'analyse la dimension de la société dans l'évaluation. Nous ne croyons pas que le législateur l'ait voulu ainsi. C'est pourquoi, cette solution doit être rejetée pour déterminer la faute extracontractuelle.

Le deuxième modèle est quant à lui un peu plus abstrait. Le point de comparaison n'est plus l'auteur du dommage, mais plutôt une personne raisonnable abstraite. Il ne s'agit pas d'un être supérieur dépourvu de défaut et ne commettant aucune erreur¹⁰⁷. Nous faisons référence à quelqu'un qui représente un comportement optimal en société et qui serait souhaité par tous. L'élever au cran de super personne serait reproduire les problèmes de la première méthode, mais dans l'autre sens. Tous seraient alors fautifs puisqu'il est impossible d'atteindre les objectifs du modèle parfait de comparaison. Il ne s'agit pas ici non plus de l'objectif du législateur. Il faut alors simplement penser à une personne ordinaire normalement diligente et raisonnable. En plus de ce critère, il ne faut pas oublier de la replacer dans les mêmes circonstances que l'auteur du dommage¹⁰⁸. En effet, une attitude pourra être jugée fautive dans un secteur d'activité tandis que dans un autre elle est acceptée. Nous pouvons penser dans le domaine précontractuel aux parties qui engagent des négociations avec des tierces personnes afin d'augmenter leur chance de conclure un contrat et de ne perdre aucune opportunité. Il se peut que, dans certains secteurs ce comportement ne soit pas toléré, mais dans les circonstances du marché d'aujourd'hui, la majorité des auteurs et la jurisprudence s'entendent pour déterminer cette façon d'agir comme normale. Ainsi, cette méthode d'analyse abstraite permet de rejoindre le but de la responsabilité extracontractuelle soit dédommager pour une transgression à un devoir moral demandé par la société afin d'assurer une meilleure harmonie.

¹⁰⁷ I.d., p. 171

¹⁰⁸ I.d., p. 171 et 172

Par cet examen, il a été possible de voir et comprendre les fondements et les buts de la responsabilité extracontractuelle ainsi que ses différentes caractéristiques et ses méthodes d'analyse. Ses bases permettront d'approfondir et de critiquer la faute précontractuelle, puisqu'elle est intimement reliée au régime délictuel. Ces grandes lignes serviront de canevas et de point de référence afin d'établir ce qu'est la faute précontractuelle.

Chapitre II : Les caractéristiques de la faute précontractuelle et la notion de bonne foi

Dans ce chapitre, nous traiterons plus particulièrement de la faute précontractuelle et de ses différentes caractéristiques. Nous verrons, dans un premier temps, la définition que la doctrine lui donne, mais aussi l'importance qu'accordent les auteurs et la jurisprudence à la bonne foi au sein même de son existence. Ceci nous mènera, dans un deuxième temps, à regarder d'où provient cette notion de bonne foi, que veut-elle dire dans un contexte de formation des contrats, mais aussi quelle est son utilisation et sa portée. Nous constaterons que, dans plusieurs cas, la relation bonne foi et la faute précontractuelle résulte d'une extrapolation de la loi, tandis que, dans d'autres, elle est clairement énoncée dans une disposition législative. Finalement, tel qu'annoncé au début du titre, nous nous pencherons sur la véritable importance de la bonne foi dans la phase des pourparlers et cette dénaturation de la responsabilité délictuelle qui semble prendre place dans toute cette analyse.

A. Définition de la faute précontractuelle

Il n'existe pas en droit français, ni en droit québécois de définition, à proprement parler, de la faute précontractuelle. Joanna Schmidt, dans la négociation et la conclusion des contrats, la définit ainsi : « une erreur de conduite qu'un homme normalement avisé ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances de fait »¹⁰⁹. Il s'agit, en fait, de la définition générale de la faute en responsabilité délictuelle. Cependant, elle spécifie, que le point de comparaison ou de référence n'est pas, en responsabilité précontractuelle, l'homme abstrait raisonnable et diligent, mais plutôt un comportement basé sur la bonne foi réciproque¹¹⁰. La bonne foi devient donc une norme objective de comportement qui servira à la détermination du caractère démesuré ou déraisonnable de l'attitude d'une des parties dans le déroulement des négociations¹¹¹. Par conséquent, nous parlons d'un homme raisonnable qui négocie loyalement et de bonne foi. Le critère de la faute devient la mauvaise foi ou plutôt le fait de laisser raisonnablement croire à l'autre partie qu'un contrat sera conclu entre-elles¹¹². Il ne faut pas oublier, que lorsque l'on parle de bonne foi, il ne faut pas nécessairement y voir une intention de nuire. Comme nous l'avons vu précédemment, la faute extracontractuelle peut-être intentionnelle ou non et ceci s'applique à la responsabilité précontractuelle puisqu'elle en est sa source. En effet, Joanna Schmidt dit que « conformément au principe de la généralité de la faute en matière délictuelle, on doit affirmer que toute faute quelconque peut être source de responsabilité, qu'elle soit ou

¹⁰⁹ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, *La négociation et conclusions de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p. 107

¹¹⁰ *I.d.*

¹¹¹ Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 113

¹¹² Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, «La sanction de la faute précontractuelle», (1974) 1 *R.T.D.* 46, p. 53

non intentionnelle. »¹¹³ Ainsi, l'on vient ajouter à la définition classique de la faute délictuelle, un élément nouveau, c'est-à-dire la bonne foi et par conséquent les devoirs qui en découlent. Nous pouvons alors nous demander d'où vient cette insertion, de quoi découle la bonne foi et quelle est son utilité. C'est ce que nous tenterons d'expliquer dans le prochain point afin de mieux comprendre les facteurs entourant la faute précontractuelle.

B. Notion, source et utilisation de la bonne foi

Il est vrai que cette notion est utilisée autant dans le langage juridique que dans le langage courant. Elle est employée à différents usages et sert à la fois à définir un état d'esprit ou un comportement objectif. Cette réalité fait en sorte que la définition de la bonne foi peut mener à une certaine confusion. Il est alors important, à ce moment, de bien déterminer ses paramètres et ses frontières. Lorsque nous parlons de bonne foi à quoi fait-on référence? Quelle est la définition que nous devrions lui donner dans le domaine précis de la phase des pourparlers?

La notion de bonne foi peut, tout d'abord, être entendue dans son sens psychologique¹¹⁴. Elle se définit alors comme étant la connaissance ou l'ignorance d'un fait par une personne¹¹⁵. Nous pouvons penser, par exemple, à un acheteur de bonne foi qui détient un objet volé sans le savoir. C'est cette croyance de posséder un objet en toute légalité ou plutôt l'ignorance du fait qu'il est volé qui représente cet état d'esprit de bonne foi. Il existe

¹¹³ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, note 109, p. 110

¹¹⁴ Sylvette GUILLEMARD, « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », (1993) 24 *R.G.D.* 369 372; Patrice JOURDAIN, « Rapport français » dans *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Litec, 1992 p. 121

¹¹⁵ S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 114, p. 372

de nombreux exemples dans le Code civil faisant effet de cette notion psychologique de la bonne foi. Toutefois, ce n'est pas ce volet qui nous intéresse dans le cas particulier de la formation des contrats. En effet, la bonne foi telle que comprise dans cette période est une règle morale, un comportement¹¹⁶. C'est une notion objective qui décrit une conduite demandant loyauté et honnêteté de la part d'un individu lors des négociations¹¹⁷. Elle reflète les mœurs de la société et de la culture, ici, commerciale. Bien que jouant un rôle central dans le droit précontractuel, de nombreux États, comme les pays de *common law*, ignorent ce principe en temps que règle générale¹¹⁸.

Au Québec, la notion de bonne foi telle qu'entendu dans le contexte moral du terme, fait partie du paysage juridique depuis plusieurs années. En effet, le Code civil du Bas-Canada contenait une disposition, l'article 1024 C.c.B-C¹¹⁹, qui élargissait les obligations du contrat à celles non exprimées dans le contenu de l'acte lui-même, comme l'équité¹²⁰. Elle est en fait, l'ancêtre de la notion de bonne foi que nous connaissons aujourd'hui. Le Code civil du Québec reprend cette idée en l'exprimant dans ses articles 6, 7 et 1375 (voir note 21).

Article 6 : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. »¹²¹

Article 7 : « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »¹²²

¹¹⁶ *I.d.*, p. 373, P. JOURDAIN, *op. cit.* note 114, p. 121

¹¹⁷ P. JOURDAIN, *op.cit.*, note 114, p. 121

¹¹⁸ S. GUILLEMARD, *loc.cit.*, note 114, p. 377-378

¹¹⁹ C.c.B.C., art. 1024

¹²⁰ S. GUILLEMARD, *loc.cit.*, note 114, p. 373, D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p. 110-111

¹²¹ C.c.Q., art. 6

¹²² C.c.Q., art. 7

Bien que ces dispositions ne mentionnent pas directement la bonne foi comme devant être respectée dans les négociations, la jurisprudence et la majorité des auteurs y voient un élargissement possible. En effet, Mme Brigitte Lefebvre s'exprime ainsi dans son article sur la rupture des pourparlers : Négociateurs, appel à la prudence¹²³:

« Les négociations font indéniablement partie du processus de conclusion de plusieurs contrats. Pour certains, « c'est une phase essentielle, car de son bon déroulement dépendra bien souvent l'équilibre du contrat et la qualité de sa rédaction. » 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 de faire fi d'un principe majeur du Code civil. La bonne foi est un principe qui doit être respecté en tout temps. »¹²⁴

Même si l'article 1375 parle de la naissance des obligations, il est possible d'extrapoler et d'appliquer la bonne foi au moment où s'engagent les parties dans les négociations¹²⁵. De plus, il existe bon nombre de décisions reconnaissant cette obligation dans la phase précontractuelle, même si, dans la majorité des cas, la responsabilité précontractuelle n'a pas encore été engagée¹²⁶. Nous pouvons penser, par exemple, à la décision de la Cour d'Appel, Wolofsky c. Trust-Général¹²⁷ où, autant les juges majoritaires que le juge dissident ont reconnu une obligation de négocier de bonne foi dans le contexte immobilier.

¹²³ Brigitte LEFEBVRE, «Rupture des pourparlers: négociateurs, appel à la prudence!» dans *Développements récents en droit commercial: Barreau du Québec service de formation permanente*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1998

¹²⁴ *I.d.*, p.2

¹²⁵ Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6e éd., Cowasville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 41-42

¹²⁶ Warnex Pharma inc. c. Cirion Biopharma Recherche inc., [2003] R.L. 228 ; Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc., B.E. 2007BE-1038 (C.S.) ; Le Versant Nord Tremblant inc. c. B.R.C.E. inc., J.E. 2007-447 (C.S.) ; Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc., B.E. 2007BE-1038 (C.S.)

¹²⁷ Wolofsky c. Trust Général Inc., J.E. 93-461 (C.A.)

En droit français, il n'existe pas d'articles à caractère général énonçant le principe de la bonne foi tels que ceux vu précédemment en droit québécois. Seul l'article 1134 du Code civil français fait état de la nécessité pour les parties d'observer la bonne foi, mais ce, seulement en contexte purement contractuel.

Article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi . »¹²⁸

La formulation de cet article est-elle suffisante pour imposer une obligation de bonne foi dans la période des pourparlers? La doctrine est partagée sur cette question. D'un côté, les auteurs Mestre et Lassalle rappellent l'avant-projet du Code civil qui prévoyait, pour l'article 1134, d'étendre la bonne foi non seulement à l'exécution des conventions, mais aussi à leur formation¹²⁹. Selon l'auteur Pierre Mousseron, cette solution n'est pas favorable. Premièrement, si l'on s'en tient au libellé de l'article, la bonne foi ne s'applique que dans l'exécution, puis comme celui-ci est purement contractuel, ce serait ouvrir une fois de plus le débat sur la thèse de Jhering¹³⁰. Il faut donc se pencher sur une autre théorie afin d'inclure la bonne foi dans la période précontractuelle. Patrice Jourdain avance l'idée voulant, qu'à l'heure actuelle, il existe en droit français un principe général de bonne foi s'appliquant à toutes les phases du contrat¹³¹. L'article 1134 doit donc être vu comme une

¹²⁸ C.c.Q., art. 1134

¹²⁹ Pierre MOUSSERON, «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», (1998) 2 *R.T.D. com.* 243, p. 261

¹³⁰ *I.d.*, p. 259

¹³¹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 114, p. 122

conséquence de l'existence du principe de bonne foi et non comme une source¹³². La jurisprudence française semble aussi adopter ce point de vue et utilise ce principe général afin d'imposer la bonne foi dans la formation des conventions. Il est aussi intéressant de mentionner que le projet visant la réforme du droit des contrats en droit français innove en ajoutant un article concernant les négociations.

Article 1104 : « L'initiative, 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 »¹³³

Cet article codifierait plusieurs années de jurisprudence et de doctrine et serait une première, en droit français concernant la phase précontractuelle. Nous pouvons y voir une influence du droit de certains pays, mais surtout des principes de l'Unidroit et des principes du droit européens des contrats.

Finalement, sur la scène internationale, la bonne foi semble aussi jouer un rôle primordial dans l'évaluation de la faute précontractuelle. Prenons, dans un premier temps, les principes de l'UNIDROIT. Comme il a été expliqué dans le premier titre, ceux-ci contiennent des dispositions concernant la formation des contrats. Nous avons parlé plus précisément de l'article 2.1.15 où l'on sanctionne la mauvaise foi de l'une des parties lors des négociations. On y définit, au troisième paragraphe, cette expression. La mauvaise foi est alors considérée comme le fait de poursuivre des pourparlers sans avoir l'intention de conclure le contrat, mais aussi d'induire en erreur l'autre partie en déformant ou en cachant des faits

¹³² Pierre VAN OMMESLAGHE, «Rapport Général: La bonne foi dans les relations entre particulier - Dans la formation du contrat» dans *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Litec, 1992 p. 30

¹³³ Denis MAZEAUD, T. REVE et E. FILIBERTI, «Colloque sur la réforme du droit des contrats: projet et perspective», (2006) *R.D.C.* 1, p.150

relatifs au contrat ou à eux-mêmes¹³⁴. Cet article s'inscrit comme une continuation ou une application d'une autre disposition, mais celle-ci est plus générale. Il s'agit de l'article 1.7.

ARTICLE 1.7(*Bonne foi*)

1) « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.

2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée. »¹³⁵

Comme il est relaté dans les commentaires explicatifs des Principes d'UNIDROIT, la bonne foi y est une idée fondamentale. Elle doit être respectée autant pendant la durée du contrat que lors de sa formation. Même si le terme bonne foi n'est pas défini à l'intérieur du texte, nous pouvons toutefois déduire qu'il s'agit d'une norme objective ayant pour but d'établir des standards commerciaux demandant une certaine loyauté. Il ne s'agit pas d'un simple principe subjectif demandant aux parties d'agir honnêtement¹³⁶. De plus, comme l'explique Joachim Bonell, le fait d'avoir mis l'emphasis sur la bonne foi dans le commerce international veut dire qu'il faut se détacher de l'idée et des conceptions qu'on chacun des États sur le principe de bonne foi¹³⁷. En effet, comme les standards commerciaux varient souvent d'un secteur à l'autre, cette norme a alors besoin d'une certaine adaptation afin de suivre et de mieux répondre au champ particulier du commerce où les parties se trouvent. Tel est le principe d'une norme morale objective, l'auteur du dommage doit être comparé à une personne raisonnable placée dans une situation similaire. Ce sont par les dispositions

¹³⁴ David A. LEVY, «Contract Formation Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement, and CISG», (1998) 30 *Uniform commercial code law journal* 249 290

¹³⁵ Principes relatif aux contrats du commerce international, précité, note 48, art. 1.7

¹³⁶ Michael Joachim BONELL, *An international restatement of contract law*, 2e éd., New-York, Transnational Publishers Inc., 1997, p. 81

¹³⁷ I.d., p. 81

spécifiques suivantes, comme l'article 2.1.15, qu'il est possible de replacer la bonne foi dans un contexte spécifique et d'obtenir plus de détails sur ses différents paramètres.

Dans le même esprit que les Principes d'Unidroit, les Principes du droit européen des contrats traitent, eux aussi, des négociations menées suivant la notion de bonne foi. Comme nous l'avons vu un peu plus tôt, c'est l'article 2 :301 qui aborde le sujet de la responsabilité à l'occasion des pourparlers.

Article 2 :301 : Négociations contraires à la bonne foi

- 1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord.
- 2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.
- 3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre.¹³⁸

En plus de l'exemple fourni au paragraphe 3 de la disposition, les commentaires utilisent d'autres situations reflétant le non-respect de la bonne foi dans les négociations tel qu'entendu par le paragraphe 2. Agit de façon contraire à la bonne foi, toute personne qui continue les pourparlers après avoir décidé de ne pas conclure de contrat. Tout comme dans les Principes d'UNIDROIT cette notion joue un rôle fondamental. En effet dans les dispositions générales, il est expliqué que les Principes du droit européen des contrats ont pour but de promouvoir la bonne foi (article 1 :06). De plus, on demande aux parties d'agir (article 1 :201) et de conclure des contrats (article 1 :102) conformément aux exigences de

¹³⁸ G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 47, art. 2 :301

la bonne foi. Cette norme est alors centrale surtout en ce qui concerne la période des négociations autant pour les Principes européens que ceux de l'UNIDROIT.

Il a donc été possible de voir à travers cette analyse du droit québécois, français et international, que la faute précontractuelle est un reflet de la faute extracontractuelle. Cependant, il semble qu'une certaine exigence soit demandée : la bonne foi. Cette norme, joue un rôle important et plusieurs auteurs s'acharnent à rattacher cette notion à la formation des contrats, car il n'existe pas de dispositions à cet effet à l'intérieur des régimes juridiques nationaux étudiés. La bonne foi est pourtant à la base d'un standard de moralité établi dans le droit contractuel afin de garder un certain respect dans l'exécution des contrats. A-t-elle vraiment sa place dans la formation des conventions? Est-elle vraiment née? De plus, lorsque la responsabilité précontractuelle est rattachée au régime délictuel, est-il nécessaire d'avoir une telle norme de bonne foi? La responsabilité extracontractuelle n'est-elle pas en elle-même une façon de sanctionner un comportement répréhensible? Quelle est en fait la vraie utilité de la bonne foi au niveau précontractuel? C'est ce que nous tenterons de comprendre et d'élucider dans le prochain point.

C. Le rôle de la bonne foi dans la définition de la faute précontractuelle

Lorsque deux entreprises décident d'entamer des négociations dans le but de conclure un contrat, un lien entre celles-ci se forme. Il s'agit en fait de l'installation d'un climat de confiance dans lequel sont préconisées des attitudes honnêtes et loyales. Ils semblent tout à fait logique que pour éviter les mauvaises surprises, que les parties respectent certains devoirs moraux lors des pourparlers. Cette attitude générale est plus connue sous le nom de bonne foi. En effet, nous avons vu qu'elle joue un rôle important dans la détermination de la faute précontractuelle. Elle sert à garantir « l'efficacité et la sécurité dans

pourparlers. »¹³⁹ Ce devoir de bonne foi est créé par des attentes légitimes que les parties ont l'une envers l'autre.¹⁴⁰ C'est l'idée qu'avance Xavier Dieux dans ses textes sur le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : principe général de droit¹⁴¹. Il explique qu'il existerait en droit un principe général du respect aux expectatives légitimes d'autrui qui rallierait ensemble la bonne foi et la responsabilité extracontractuelle.

Ainsi, le rôle de la responsabilité délictuelle est de sanctionner une personne ayant sciemment ou par négligence causé préjudice à autrui par son non-respect d'un devoir et sa violation d'une norme de conduite. Bien évidemment le mot devoir fait référence à un comportement moral que l'on apprécie par rapport à l'attitude d'une personne raisonnable normalement prudente et diligente. Ce devoir général exigé par le législateur est celui de ne pas nuire à autrui. Ainsi, toute personne peut donc s'attendre à ce qu'on ne lui porte pas atteinte de façon intentionnelle ou non. Selon Xavier Dieux, on fait référence au concept des expectatives légitimes. En fait, la responsabilité aquilienne serait une application concrète afin de protéger les attentes légitimes entre les acteurs¹⁴². C'est aussi le rôle que joue la bonne foi dans les relations précontractuelles. Ainsi, il serait juste de dire que ces deux éléments se rassemblent et ne nécessitent donc pas de distinction puisque la bonne foi est en fait une autre façon d'expliquer la règle de conduite de la responsabilité extracontractuelle¹⁴³.

Même si l'on décide de ne pas se rattacher à l'idée de la théorie des expectative légitimes comme principe général de droit, on arrive au même résultat par une analyse logique de la responsabilité délictuelle. Comme nous l'avons vu, il n'est pas nécessaire de rattacher le

¹³⁹ P. JOURDAIN, *op. cit.*, note 114, p. 122

¹⁴⁰ Xavier DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui: essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1995, p. 281

¹⁴¹ *I.d.*

¹⁴² *I.d.*, p. 284

¹⁴³ *I.d.*, p. 271

devoir à une norme statutaire ou réglementaire. Ainsi, l'existence d'un article énonçant un devoir de bonne foi dans la formation des contrats devient superflu afin d'aller chercher la responsabilité délictuelle de l'auteur du dommage. La seule exigence de ne pas nuire à autrui est suffisante, elle inclut la bonne foi sans qu'il y ait besoin de la mentionner¹⁴⁴. C'est ce qu'exprime l'auteur Pierre Mousseron en disant que « l'on peut constater l'inutilité d'une protection supplémentaire au titre de l'article 1134 al 3 C.c.Q.(bonne foi dans le code civil français) du code dans la mesure où les comportements concernés peuvent, d'ores et déjà, relever de son article 1382 (responsabilité aquilienne en droit français) »¹⁴⁵. Pourtant, il n'est pas étonnant que cette notion de bonne foi soit apparue dans la formation des conventions, car, même si cette période est de nature extracontractuelle, elle est intimement liée au contrat. On vient étendre d'une certaine manière la moralité contractuelle qui a été imposée par l'introduction de cette notion. Cependant, est-ce qu'il existe une moralité contractuelle? N'est-ce pas plutôt le rôle spécifique que doit jouer la responsabilité délictuelle? C'est ce qu'affirme l'auteur Philippe Rémy qui remet en question la bonne foi dans son texte sur la responsabilité contractuelle histoire d'un faux concept¹⁴⁶. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck dans leur ouvrage sur les obligations¹⁴⁷ expliquent qu'une telle confusion entre les deux responsabilités est souvent présente lorsque le dommage résulte d'une obligation légale, comme c'est le cas pour la bonne foi lors des négociations. Bref, cette obligation légale n'est alors ni contractuelle, ni délictuelle. Cependant, ceci fait l'objet d'un autre débat bien intéressant qu'il n'est pas essentiel d'aborder pour les fins de cette recherche.

¹⁴⁴ D. GARDNER, B. MOORE, *op. cit.*, note 87, p. 560-561

¹⁴⁵ Pierre MOUSSERON, «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», (1998) 2 *R.T.D. com.* 243, 259

¹⁴⁶ Philippe RÉMY, «La responsabilité contractuelle histoire d'un faux concept», (1997) *R.T.D.C.* 323

¹⁴⁷ P. MAULAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUCK, *op. cit.*, note 3, p. 533

Cette remarque générale sur l'importance de la bonne foi dans la détermination de la faute précontractuelle n'est cependant pas applicable partout. En effet, dans les pays, comme l'Allemagne, qui ne possède pas de régime extracontractuel comparable au nôtre où la notion de bonne foi est englobée dans la généralité de la faute délictuelle, elle paraît essentielle. Elle permet de servir de norme et de sanctionner les comportements non désirables dans la formation des contrats. Il en est de même au niveau des instruments internationaux. En effet, qu'il s'agisse des Principes d'Unidroit ou des Principes du droit européen des contrats, la bonne foi a une utilité non négligeable. Qui dit implications de divers États, dit diversité au niveau des systèmes juridiques. On se retrouve donc en présence de pays pour qui la responsabilité précontractuelle est délictuelle, pour d'autres elle est contractuelle et pour les pays de *common law*, inexistante mis à part certaines situations particulières. Bref, la notion de bonne foi vient donc créer un standard, une certaine uniformité, mais surtout vient expliquer d'où proviennent la faute précontractuelle et la responsabilité qui en découle.

Quoi qu'il en soit, dans les pays où la responsabilité précontractuelle est extracontractuelle, que la notion de bonne foi fasse partie intégrante ou non du paysage de la formation des contrats, elle ne change rien au niveau du résultat concernant la responsabilité précontractuelle sinon de clarifier davantage la détermination de la faute délictuelle. Cependant, elle semble souhaitable dans les instruments internationaux afin de pallier les différences juridiques entre les États et créer une certaine homogénéité dans l'interprétation.

Partie II : La mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle

Dans la partie précédente, nous avons analysé le cadre théorique de la responsabilité précontractuelle. Ceci nous a permis de mieux comprendre quelles étaient ses sources, ses lacunes, mais aussi la façon dont elle devrait être approchée et entendue. Nous avons vu qu'elle tournait autour d'un principe de bonne foi, qui peut-être discutable, mais qui demande un certain comportement de la part des parties engagées dans des négociations. En effet, la responsabilité précontractuelle n'est pas simplement concept théorique, elle est une sorte de code d'éthique de la formation des contrats dans un environnement de liberté contractuelle. Comment s'inscrit-elle dans la pratique? Quelle en est son application concrète? Que doivent respecter les parties pendant les pourparlers et que sont-elles en droit de réclamer? C'est ce que nous verrons dans cette prochaine partie en regardant dans un premier temps les devoirs imposés par la responsabilité précontractuelle, mais aussi, dans un deuxième temps, toutes les questions entourant l'indemnisation et le type de dommage qu'il est possible de réclamer.

Titre I : Les devoirs liés à la formation des contrats

Que l'on se range derrière une nature contractuelle ou extracontractuelle, que l'on reconnaisse ou non un principe de bonne foi ou que l'on préfère y voir l'obligation standard de ne pas nuire à autrui, la responsabilité précontractuelle vise à moraliser les négociations. Elle vient empêcher ou favoriser certains comportements des différents acteurs, en leur

imposant des devoirs, mais aussi des prohibitions¹⁴⁸. Elle vient créer un cadre afin de protéger les parties, en palliant les différents abus que peut entraîner une liberté de négocier, mais aussi en offrant une certaine sécurité par l'imposition de règles morales à respecter. Encore une fois, nous verrons qu'elle ne s'explique pas de la même manière partout à travers le monde. En effet, les pays de *common law* craignent l'idée de créer une responsabilité précontractuelle de peur de limiter la liberté contractuelle. Ils sanctionnent plutôt des comportements reprochables et ponctuels qui donnent, même si l'approche est différente, des résultats semblables à ceux des systèmes civilistes. Nous regarderons aussi si les devoirs contenus dans les Principes d'Unidroit peuvent être étendus et vus comme une continuation de la Convention de Vienne qui ne fait pas état de la responsabilité précontractuelle. Avant tout, examinons, en premier lieu, les devoirs imposés et les comportements à surveiller dans la période de formation des contrats dans les pays civilistes comme la France ou le Québec.

Chapitre I : Les devoirs précontractuels dans les pays civilistes

C'est sous le signe de la liberté que se déroulent les échanges reliés à la formation des contrats. Les parties peuvent ainsi choisir de s'engager dans un accord ou bien de se retirer des négociations à leur guise. En effet, même si cette période précontractuelle est devenue de plus en plus complexe, il n'incombe aux parties aucune obligation de négocier¹⁴⁹. Personne ne peut être contraint, sans avant-contrat, de formuler des propositions et faire des concessions dans l'objectif d'arriver à un accord commun qui les lierait juridiquement. Ce n'est que par l'intermédiaire d'une convention que les parties pourraient s'engager à

¹⁴⁸ Warnex Pharma inc. c. Cirion Biopharma Recherche inc., précitée, note 126 ; Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc., précitée, note 126 ; Le Versant Nord Tremblant c. B.R.C.E. inc., précitée, note 126.

poursuivre les négociations et à prendre tous les moyens disponibles afin d'arriver à un contrat¹⁵⁰. Cependant, ceci ne veut pas dire pour autant que tous les comportements sont acceptables pendant cette période¹⁵¹. C'est ce que tente d'instaurer la responsabilité précontractuelle en édifiant une « étiquette » des négociations. Les parties choisissant d'entrer en pourparlers sont bien sûr libres de se retirer ou de conclure, mais doivent être sérieuses dans leurs intentions et doivent faire preuve d'une certaine courtoisie envers leurs partenaires. L'esprit de bonne foi ou le devoir de ne pas nuire à autrui de la responsabilité extracontractuelle, prend alors toute son importance et dessine les différentes attitudes que les parties doivent respecter ou éviter dans la période des pourparlers.

A. Les devoirs attachés à l'initiation des négociations

Les comportements exigés par l'existence d'une responsabilité précontractuelle doivent, bien sûr, être présents lors du déroulement des pourparlers, mais s'étendent aussi au tout début et à la fin de ceux-ci. Les parties doivent alors adopter un état d'esprit diligent et raisonnable qui les guidera tout au long de la formation du contrat. Cette attitude se traduit différemment en relation avec l'espace-temps précontractuel dans lequel elles se trouvent. Le commencement des négociations est un moment important, puisque l'attitude de chacun déterminera, d'une certaine façon, le reste des pourparlers, mais aussi, puisqu'il est susceptible d'engager, dès les premiers balbutiements, la responsabilité de l'un d'eux.

¹⁴⁹ Jean CEDRAS, «L'obligation de négocier», (1985) 2 *R.T.D. com.* 265 274-275

¹⁵⁰ Bérangère LASSALLE, «Les pourparlers», (1994) 19 *R.R.J.* 827 846-847

¹⁵¹ Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Le droit civil les obligations 2 Contrat*, 6e éd., Paris, Litec, 1998, p. 129

Comme l'expliquent Mousseron, Guibal et Maingny dans leur ouvrage sur l'avant-contrat¹⁵², il existe deux types de conduites reprochables associées à l'initiation des négociations. La première est la négociation leurre. Elle consiste à faire miroiter aux yeux de l'autre partie la possibilité de conclusion d'un accord entre-elles sans toutefois en avoir vraiment l'intention ou en sachant pertinemment qu'il n'y aura aucune conclusion¹⁵³. Que cette supercherie soit réalisée dans le but d'empêcher l'autre partie de négocier avec un concurrent ou pour obtenir des informations confidentielles sur un produit, elle est sanctionnée par le droit, comme en fait état la jurisprudence française. Une des premières décisions ayant énoncé ce devoir d'honnêteté lors de l'enclenchement des négociations provient de la Cour d'Appel de Rennes, en France¹⁵⁴. Les faits à l'origine de cette affaire concernent monsieur G, notaire, qui, en 1925, a sollicité monsieur R, clerc de notaire, dans le but de faire cession à celui-ci de son étude de notaire. Monsieur G, afin de le convaincre, promis à R un long délai de paiement pour l'acquisition de l'étude. Monsieur R a alors quitté son emploi et a commencé à assumer la direction de l'étude de G. G présentait R à tous comme son successeur, il l'avait aidé à se trouver une maison en plus de l'héberger chez lui pendant près de 18 mois. Afin d'assurer une bonne exploitation de l'étude, R s'était acheté une automobile et un coffre-fort. Après quelques temps, G rompit brusquement la mise en place de la succession, sans motif légitime. La Cour d'Appel a jugé monsieur G comme étant responsable du préjudice de R. En effet, faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'un contrat et par la suite refuser de le réaliser, est contraire à une attitude de bonne foi. La Cour d'appel compare cette situation à celle de la promesse de mariage rompue qui était, à l'époque, sanctionnée par l'octroi de dommage et intérêt. Cet

¹⁵² Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL et Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, Levallois, Les Éditions Francis Lefebvre, 2001, p.69

¹⁵³ *I.d.*, p. 69; P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 252; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2e éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 252; Brigitte LEFEBVRE, «Le contrat en général: la bonne foi dans la formation du contrat» dans *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* Paris, Litec, 1992 p.89

¹⁵⁴ Rennes, 8 juillet 1929, DH 1929.258; Ch. civ., 4 janvier 1937, Rev. Sociétés 1937.117

exemple jurisprudentiel, illustre bien cette attitude démontrant de manque d'honnêteté et de sincérité, qui est tout à fait contraire à l'établissement de bons rapports d'affaire. Elle s'inscrit bien dans un climat de bonne foi qui doit régner dans la formation et l'exécution des contrats.

Le deuxième comportement pouvant engager la responsabilité d'une partie dans cette période est la négociation sans droit ou autorité¹⁵⁵. En effet, une personne prenant l'initiative d'entamer une discussion avec l'objectif de conclure un contrat doit être titulaire de ce droit. Ainsi, est sanctionné celui qui n'informe pas son partenaire de son impossibilité d'engager la compagnie, mais aussi celui qui laisse croire qu'il est autorisé, voir habilité à conclure un accord. Ceci peut se traduire de plusieurs façons dans la pratique courante conventionnelle et les motifs soutenant ces gestes diffèrent. Nous verrons, que ces deux comportements blâmables soit les négociations leurres ou sans autorité, peuvent être reliés aux devoirs exigés pendant les négociations.

B. Les devoirs imposés pendant les négociations

L'un des devoirs les plus importants, mais aussi l'un des plus large est celui de loyauté et de rectitude¹⁵⁶. Il est un synonyme plus restreint, de l'obligation de bonne foi¹⁵⁷. Il est possible de rompre les négociations, mais cette rupture doit se faire selon le respect de la confiance que les parties se sont alloués lors de leurs nombreux échanges¹⁵⁸. Avant tout, le

¹⁵⁵ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 69 ; P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 252

¹⁵⁶ Pau, 14 janvier 1969, D. 1969.716

¹⁵⁷ Philippe LE TOURNEAU, «La rupture des négociations», (1998) 3 *R.T.D. com.* 479, 484

¹⁵⁸ *I.d.*, p. 484

devoir de loyauté et de rectitude exige des intentions sérieuses dans l'objectif de conclusion d'un accord¹⁵⁹. Tout comme le premier exemple de comportement fautif lors de l'initiation des pourparlers, il est indispensable d'informer l'autre partie sur le succès véritable des négociations afin d'éviter toute perte de temps pouvant causer un dommage sérieux à celui qui croit réellement qu'un accord sera conclu¹⁶⁰. Dans une décision de la Cour de cassation¹⁶¹, la responsabilité d'un éditeur a été retenue pour avoir entretenu des illusions concernant la publication d'un ouvrage auprès d'un auteur pendant plusieurs années. M. Roussel de Préville avait en 1946 remis à la librairie Gallimard un manuscrit ainsi que les dessins originaux d'un conte pour enfant, dans le but de le faire éditer par celle-ci. Gallimard conserva ceux-ci, cependant, vers la fin de 1948, elle avisa Roussel de Préville qu'elle n'avait pas l'intention de publier son livre. La Cour a tenu la librairie Gallimard responsable d'avoir laissé Roussel de Préville dans l'espérance d'un contrat d'édition. En effet, pendant ces deux années, Roussel de Préville aurait pu chercher un autre éditeur afin de faire publier son ouvrage, ce qu'il n'a pas fait étant donné la confiance qu'il avait envers Gallimard. Dans une décision du tribunal de commerce de Nanterre, la même problématique s'est présentée :

« Doit être condamnée pour faute précontractuelle la société qui n'avait pas informé son futur cocontractant de sa volonté de ne pas conclure le contrat qu'elle avait elle-même proposé alors que cette rupture de pourparlers apparaît abusive. La faute est caractérisée lorsque l'auteur de la rupture avait commencé une publicité résultant du futur accord et lorsque son silence a empêché son cocontractant de poursuivre une prospection commerciale en période de concurrence croissante¹⁶². »

¹⁵⁹ S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 114, p. 382

¹⁶⁰ *I.d.*, p. 382; P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 145, p. 253

¹⁶¹ Civ. 1re, 20 juin 1961, *Bull. civ.*, no 327

¹⁶² Trib. com. Nanterre, 28 septembre 1990, juris-data no 0044379

Il est donc important pour une partie prenant part à des négociations d'informer son partenaire de son intention de rompre et ce, sous peine de voir sa responsabilité précontractuelle engagée. Est aussi déplorable et déloyal, celui qui s'engage dans des négociations dans le but de retirer des informations qui autrement auraient été confidentielles ou celui qui impose des clauses abusives à l'autre partie en profitant d'une faiblesse ou de sa confiance¹⁶³. Plus généralement, il s'agit d'une obligation cherchant un souci de porter attention aux attentes légitimes de l'autre en tenant pour compte les inconvénients qu'elle pourrait ressentir par rapport à un geste posé¹⁶⁴.

Le principe de loyauté sous-entend aussi deux autres devoirs non négligeables dans la formation des contrats c'est-à-dire le devoir de non-discrimination et le devoir de respecter le contradictoire¹⁶⁵. La non-discrimination s'entend, dans un contexte précontractuel, comme une justice ou un équilibre entre le traitement de chacune des parties prenantes aux pourparlers. À titre d'exemple, une attitude reprochable serait celle d'un négociateur qui mène des échanges avec deux parties, mais qui propose à l'une d'elles un prix exorbitant et à l'autre un plus raisonnable¹⁶⁶. Nous pouvons manifestement y voir une intention de faire échouer les négociations ou un désir de faire perdre du temps à l'un des acteurs. C'est cette situation qui s'est présentée devant la Cour de cassation dans l'affaire SCI Saint-Pierre en Haute-Savoie c. commune de Saint-Pierre-en-Faucigny¹⁶⁷. La SCI possédait un droit d'option pour l'achat d'un terrain contigu à l'une de ses propriétés que la Commune de Saint-Pierre-en-Faucigny lui avait vendue. SCI manifesta son intention d'acheter ce terrain pour le même prix qu'elle avait obtenu l'autre. Cependant, la commune lui demandait un

¹⁶³ Pierre VAN OMMESLAGHE, «Rapport Général: La bonne foi dans les relations entre particulier - Dans la formation du contrat» dans *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Litec, 1992 p. 40; S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 114, p. 382

¹⁶⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, note 163, p. 40

¹⁶⁵ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 80

¹⁶⁶ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 253

¹⁶⁷ Jacques MESTRE, «note sous Civ.», (4 juin 1997) *R.T.D. civ.* 1997.921

prix 5 fois plus élevé. Évidemment ceci fit échouer les négociations et la commune vendit son terrain à un tiers pour la moitié du prix qu'elle demandait à SCI. Comme l'explique J. Mestre dans son texte, cette contre-proposition d'un prix 5 fois plus élevé que celui proposé n'en est plus une, car en offrant ceci, la partie veut clairement mener les négociations dans l'impasse. De plus, le fait de proposer des prix totalement différents aux futurs acheteurs surtout lorsqu'un d'entre eux possède un droit de préférence est contraire à la bonne foi. Ainsi, il est important de ne pas faire de discrimination entre les différents partenaires potentiels sous peine de voir sa responsabilité engagée. Le devoir de respecter le contradictoire est quant à lui, un soucis de laisser, à chacun des négociants, le temps de faire valoir les motifs au soutien de leurs positions respectives. Elle prohibe donc un comportement trop hâtif cherchant à se retirer des négociations au premier petit obstacle sans avoir formulé de contre-propositions ou sans avoir laissé l'opportunité à l'autre de faire des concessions¹⁶⁸. Nous pouvons constater comment ce devoir se rattache directement à celui de loyauté quant à l'aspect voulant des intentions sérieuses de la part des parties.

Parallèlement à l'obligation de loyauté et de rectitude qui touche une sphère plus morale de la formation des contrats, il existe deux devoirs, plus techniques, mais tout aussi important, le devoir de confidentialité et le devoir de renseignement. Bien souvent régit par des conventions entre les parties et ce spécialement lorsque les risques sont élevés, le devoir de confidentialité forme une partie de l'obligation générale de bonne foi que les parties se doivent de respecter¹⁶⁹. Lors des négociations, il arrive bien souvent que les parties doivent révéler certaines informations à caractère confidentiel. Nous pouvons penser à des stratégies de marché, un savoir-faire unique à la compagnie, des listes de contacts de clients

¹⁶⁸ I.d., p. 253

¹⁶⁹ P. MOUSSERON, op. cit., note 129, p. 254

ou de fournisseurs ou encore des secrets d'affaires¹⁷⁰. De façon générale, la Cour du Québec dans Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt décrit le caractère confidentiel comme étant « toute information non publique qui comporte une valeur économique, de même qu'aux renseignements publics auxquels un travail privé a été ajouté »¹⁷¹. Dans cette affaire, un promoteur immobilier s'était servi, à des fins personnelles, d'informations obtenues d'un architecte avec qui il devait s'unir afin de construire un complexe résidentiel. À l'aide de ces renseignements, il avait décidé de monter lui-même le projet sans l'aide de l'architecte. La Cour a sanctionné cette attitude en énonçant le principe de confidentialité comme faisant partie du devoir de bonne foi dans les négociations. Nombreuses sont ces informations qui font le succès d'une société et qui pourraient s'avérer désastreuses si elles étaient dévoilées au grand jour pour des raisons bien évidentes d'avantage concurrentiel. Il est donc primordial, et ce à plus forte raison si le contrat n'est pas finalement conclu, que ces indications techniques ne soient pas utilisées, ni divulguées¹⁷². Il en est ainsi en droit français, suisse et belge¹⁷³.

Au Québec, les auteurs Jobin, Vézina dans leur ouvrage sur *Les obligations* mentionnent qu'il est difficile de ne pas commettre un abus de confiance lorsqu'une partie utilise les informations obtenues dans les négociations à leur profit personnel et ce à plus forte raison si le contrat n'est finalement pas conclu¹⁷⁴. Dans une affaire de la Cour Supérieure, Industrie Dettson inc. c. Germain Courchesne et Venmar inc., l'utilisation d'informations privilégiées obtenues lors de négociations est au cœur du litige¹⁷⁵. Monsieur l'Espérance

¹⁷⁰ P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, note 132, p. 40; P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 157, p. 486

¹⁷¹ Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt inc., [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.), p.1

¹⁷² P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 157, p. 486; Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt inc., précitée, note 171

¹⁷³ P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, note 132, p. 40; Paris, 1er février 1989, juris-data no 1989-020420

¹⁷⁴ J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, N. VÉZINA, *op. cit.*, note 125, p.148

¹⁷⁵ Industries Dettson inc. c. Courchesne, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.),

propriétaire de Dettson contacte M. Courchesne, président et propriétaire d'Aston afin de discuter de la possible acquisition d'Aston par Dettson. M. Courchesne, intéressé par la proposition, entre en négociation et demande, afin de l'épauler, l'aide de son comptable de longue date M. Hébert. Celui-ci aura accès à tous les renseignements et documents concernant la négociation entre Dettson et Aston. M. Verrier, associé dans le même cabinet que M. Hébert est le confident financier de Courchesne. Au début des négociations, Courchesne confie à Verrier qu'il cherche à faire un partenariat et vendre toutes ces actions. Verrier lui demande alors si la compagnie intéressée est Venmar. Cette entreprise dirigée par M. Marcouiller cherche depuis plusieurs années à acquérir Aston, mais en vain. Elle avait alors mandaté Verrier afin de l'informer de toute opportunité d'achat concernant Aston. Ainsi, la réponse négative de Courchesne concernant l'acheteur potentiel est l'élément déclencheur qui entraîna une conspiration entre Marcouiller, Verrier et Hébert quant à la vente d'Aston. Vu la confiance que Courchesne prêtait à Verrier, celui-ci lui révéla plusieurs informations concernant la transaction en plus de lui donner le nom de la compagnie intéressée, Dettson. Ceci fit alors réagir Verrier qui contacta M. Marcouiller afin de lui raconter les détails des confidences reçues. Marcouiller demanda alors à Verrier d'intercéder auprès de Courchesne. Verrier accepta le mandat après en avoir informé Courchesne qui, visiblement influencé par celui-ci, n'y vit pas d'inconvénient. Or, Verrier se trouvait clairement dans une position de conflit d'intérêt. M. Hébert, étant associé de Verrier, transmet à celui-ci des informations importantes sur la transaction dont il n'aurait pu avoir connaissance, s'il n'avait pas participé aux négociations. En effet, ces renseignements ont servi à l'élaboration d'une proposition d'achat par Venmar qu'il serait impossible à Aston de refuser. Bref, les négociations entre Dettson et Aston ont finalement échoué, car Courchesne conclut la vente avec Venmar.

Il est clair que le comportement de Courchesne dans les négociations manquait totalement de loyauté et de sincérité. Quant à Verrier et Hébert, en plus de commettre une faute déontologique importante, l'utilisation à des fins personnelles d'informations

confidentielles concernant des négociations est un manque flagrant à la bonne foi. Il en est de même pour Marcouiller qui a tout fait pour obtenir ces renseignements et s'en servir pour ses propres intérêts. La Cour supérieure a alors trouvé Courchesne responsable pour 10% et Marcouiller, Hébert et Verrier pour 30 % respectivement. Il faut comprendre que le devoir de confidentialité doit être respecté dans les pourparlers et ce même si aucune convention ou clause de confidentialité existe entre les parties. De plus, il n'est pas nécessaire, afin de tenir quelqu'un responsable, pour un manque à ce devoir que la partie lésée ait stipulé précisément que l'information en question devait rester confidentielle¹⁷⁶. Elle l'est intrinsèquement de par sa nature et son contexte et toute utilisation abusive et sans autorisation doit être sanctionnée par le biais de la responsabilité précontractuelle.

Il existe, une autre obligation précontractuelle et celle-ci à pour but d'optimiser et faciliter les négociations. Il s'agit du devoir de coopération¹⁷⁷. Il suggère, lui aussi, une communication des informations facilitant la collaboration entre les parties, mais prohibe la formulation de demandes déraisonnables ou à la remise en cause abusive de certaines propositions déjà décidées lors des négociations¹⁷⁸. Ce devoir découle d'une jurisprudence française dont le jugement avait sanctionné une compagnie japonaise qui n'avait pas fait, au cours des négociations, le maximum afin d'effectuer certaines modifications dans un dossier d'autorisation¹⁷⁹. Cependant, trop pousser l'exigence de coopération peut donner des résultats aberrants. Il ne faut pas oublier qu'elle doit s'inscrire dans les limites de la bonne foi c'est-à-dire par rapport à une attitude raisonnable et diligente. La Cour supérieure dans la décision Warnex c. Cirion¹⁸⁰ parle du devoir de coopération entre les parties comme découlant directement de l'obligation de bonne foi. Dans cette affaire, les deux compagnies

¹⁷⁶ Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt inc., précitée, note 171

¹⁷⁷ P. MOUSSERON, op. cit., note 129, p. 254; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, op. cit., note 152, p. 75

¹⁷⁸ P. MOUSSERON, op. cit., note 129, p. 254-255

¹⁷⁹ Com., 7 mars 1972, Bull. civ. no 70-13.454; P. MOUSSERON, op. cit., note 129, p. 254; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, op. cit., note 152, p. 75

oeuvrant dans le domaine de la recherche clinique et biomédicale désiraient que Warnex achète les actions Cirion pour des fins d'investissement. Après le dépôt de l'offre d'achat et la demande de modifications de certaines conditions de celle-ci, les parties mirent fin aux discussions. Même si la Cour supérieure a jugé qu'aucune faute n'avait été commise lors des pourparlers, elle a toutefois voulu décrire les différents devoirs entourant l'obligation de négocier de bonne foi. En effet, elle mentionne qu'il n'est pas suffisant de n'avoir aucune intention d'agir de mauvaise foi lors de la formation du contrat. Les parties doivent collaborer entre elles, poser des gestes concrets qui démontrent leur bonne foi¹⁸¹. Dans une autre décision de la Cour supérieure, une entreprise a été tenue responsable pour la rupture des négociations due à son silence et son manque de collaboration avec l'autre partie¹⁸². La preuve a révélé qu'elle a laissé son partenaire dans l'ignorance quant à ses vraies intentions concernant l'objet du futur contrat. Cette collaboration active ou coopération peut vouloir dire, entre autres, la transmission d'informations nécessaires ou tenter d'arriver à une entente en faisant des concessions. Bref, ce devoir est un peu comme la concrétisation de l'état d'esprit de bonne foi.

Finalement, tous ces devoirs qu'ils soient d'ordre moral ou pratique font partie intégrante des exigences de la période précontractuelle et leur violation est susceptible d'entraîner la responsabilité de celui qui ne veut pas s'y conformer. Le respect d'un comportement de bonne foi est essentiel et son spectre peut souvent sembler assez large. Cependant, il existe certaines limites qui sont reliées au principe de base, c'est-à-dire la liberté de négocier qui prédomine encore dans les tribunaux québécois. En effet, pour conclure, nous aborderons un devoir qui, au premier abord, peut sembler justifiable, mais qui, après analyse des conditions du commerce d'aujourd'hui, va au-delà de la bonne foi ou contre le principe de

¹⁸⁰ Warnex Pharma inc. c. Cirion Biopharma Recherche inc., précitée, note 148

¹⁸¹ I.d., paragraphe 26

¹⁸² Le Versant Nord Tremblant inc. c. B.R.C.E. inc., précitée, note 126

liberté. Il s'agit de l'obligation d'exclusivité¹⁸³. Nous pouvons alors nous poser la question à savoir si, lorsque des négociations sont engagées avec une partie, il faut s'abstenir de conduire des discussions parallèles avec des tiers? La Cour d'appel a répondu à cette question par la négative¹⁸⁴. Il est tout à fait acceptable dans les conditions du marché actuel de mener de front des négociations avec plusieurs acteurs, dans le but d'obtenir un contrat le plus avantageux possible. Cependant, à ceci se rattache une obligation de transparence et de sincérité¹⁸⁵. Il ne s'agit pas ici de révéler la teneur des pourparlers avec les concurrents pas plus que de donner le taux de progression de ceux-ci. Le devoir de sincérité ne demande que d'informer l'autre partie de la présence de ces négociations parallèles et de leur possible succès¹⁸⁶. Ce devoir peut, en plus de bien renseigner ses partenaires, stimuler les négociations en cours, ce qui transforme l'obligation de sincérité en un atout intéressant¹⁸⁷.

C. Les devoirs attachés à la conclusion des négociations

La fin des négociations est parfois un succès lorsqu'un contrat est conclu entre les parties, mais d'autres fois, pour des raisons bien diverses, les échanges n'aboutissent à aucun résultat commun et les pourparlers échouent. Cette fin, qui forme la partie intégrante de ce que nous avons appelé l'espace-temps précontractuel est, elle aussi, soumise à certains devoirs particuliers que les parties se doivent de respecter et ce, même si, techniquement, il n'existe plus de rapport entre-elles. En effet, nous pouvons penser à la fin d'un contrat de

¹⁸³ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 254

¹⁸⁴ *Compagnie France Film inc. c. Imax Corporation*, J.E. 2005-5 (C.A.)

¹⁸⁵ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 254; B. LASSALLE, *op. cit.*, note 150, p. 845; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, *op. cit.*, note 152, p. 77

¹⁸⁶ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 254; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, *op. cit.*, note 152, p. 77

travail qui demande parfois une certaine discrétion et confidentialité de la part de l'ex-employé. Il en est de même avec la fin des négociations. Comme nous l'avons mentionné précédemment, il arrive bien souvent qu'au cours de ces discussions d'affaires, des informations de nature confidentielles doivent être échangées et il est important que chacun reste discret. Or, le même scénario s'applique lorsque les pourparlers échouent. Les tribunaux français parlent en fait d'un accord tacite de confidentialité qui a pour but de ne pas exploiter ou révéler, postérieurement à la rupture, les renseignements confiés dans les négociations¹⁸⁸. Cette flexibilité convient bien au respect de la bonne foi qui régit les rapports commerciaux et s'inscrit dans une parfaite continuation de la confidentialité dans les négociations. En effet, le but premier est d'empêcher l'utilisation de renseignements qui en dehors des pourparlers n'aurait pas été connus. Qu'ils soient dévoilés pendant ou après la fin des discussions, la conséquence est la même, une partie sera touchée et ce parfois gravement. En lien avec la confidentialité, il existe un autre devoir rattaché à la conclusion des négociations. Il s'agit de l'obligation de courtoisie. Elle consiste tout simplement à garder une certaine discrétion quant aux motifs qui ont entraîné la rupture¹⁸⁹.

En marge de ces obligations rattachées à l'après-rupture, existe un devoir qui lui s'attaque directement au comportement et que les parties doivent adopter afin de rompre de manière correcte les négociations¹⁹⁰. C'est la brutalité ou le caractère abusif de celle-ci qui déterminera si cette rupture est oui ou non fautive. On entend par caractère brutal, l'absence de préavis ou l'insuffisance du délai¹⁹¹. Même si la liberté dans les négociations veut que

¹⁸⁷ B. LASSALLE, *op. cit.*, note 150, p. 845

¹⁸⁸ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 256-257; Rouen, 13 janvier 1981, juris-data no 040239

¹⁸⁹ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 256

¹⁹⁰ Jean Jolicoeur c. André Rainville, (2000) C.A. REJB 2000-15957 par. 52; Warnex Pharma inc. c. Cirion Biopharma Recherche inc., précitée, note 148

¹⁹¹ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, *op. cit.*, note 152, p. 82; P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 255-256

l'on puisse rompre celles-ci à son gré, la confiance légitime qui s'est créée entre les parties ainsi que l'étiquette précontractuelle demande que la partie voulant mettre fin aux négociations donne un préavis à l'autre¹⁹². En effet, plus les discussions avancent, plus un climat de confiance s'installe, d'où naît une relation commerciale¹⁹³. Devient par conséquent déraisonnable, le comportement de celui qui rompt des négociations sans avertir et préparer l'autre partie à un possible échec de celles-ci. Nous pouvons penser à une entreprise qui sait depuis quelque temps qu'elle n'a plus l'intention de conclure de contrat et qui ne donne aucun signe de cette future rupture¹⁹⁴. L'autre partie ne sachant rien est étonnée de la brutalité de la fin des négociations. Cela peut entraîner sur un dommage comme, des frais de production accélérée engendrés pour satisfaire son futur cocontractant. Cette obligation de préavis rejoint le devoir de loyauté qui requiert de la courtoisie entre les parties négociantes.

Le caractère abusif de la rupture sous-entend le fait qu'aucun motif n'a été donné pour justifier cette fin des négociations¹⁹⁵. Les auteurs, Mousseron, Guibal et Maingny pensent qu'il n'existe pas, comme tel, de devoir de motivation, mais plutôt un fardeau de preuve de la victime quant à l'illégitimité des motifs de la rupture¹⁹⁶. Cependant, les tribunaux français semblent pencher en faveur d'une obligation de dévoiler les raisons entourant la fin des négociations¹⁹⁷. C'est en fait ce qu'explique Muriel Fabre-Magnan dans son texte sur

¹⁹² B. LEFEBVRE, op. cit., note 13, p. 151-152-53; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, op. cit., note 152, p. 89-90

¹⁹³ P. MOUSSERON, op. cit., note 129, p. 84

¹⁹⁴ I.d., p.256

¹⁹⁵ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, op. cit., note 152, p. 84-85; Haco Canada inc. c. 9008-0813 Québec inc., J.E. 2006-309 (C.S.)

¹⁹⁶ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGNY, op. cit., note 152, p. 85

¹⁹⁷ I.d., p. 256, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, op. cit., note 112, p. 53; P. LE TOURNEAU, op. cit., note 157, p. 485

l'obligation de motivation en droit des contrats¹⁹⁸. En droit commun des contrats, il n'existe pas à proprement parler dans le Code civil français d'obligation de motivation. Il s'agit plutôt d'une création jurisprudentielle découlant de l'abus de droit de rompre ou de l'obligation d'exécuter de bonne foi. Les justifications données par les juges sont encore très larges et peu définies, mais la question est de plus en plus fréquente devant les tribunaux. Nous croyons en fait que ce devoir de motivation dans la rupture des pourparlers est requis lorsqu'un certain ensemble de facteurs sont réunis. En effet, entre en jeu, la longueur des pourparlers, la relation de confiance entre les parties, les possibilités de succès des discussions, la formulation d'offre ou des relations d'affaire antérieures entre-elles. Ainsi, plus la confiance augmente plus il est important de motiver une rupture des négociations. Bref, il s'agit donc d'une question de cas par cas qui demande une analyse précise et particulière de la part du juge.

Nous avons vu que les devoirs entourant la fin des négociations concernent non pas l'obligation de ne pas rompre, mais plutôt des comportements éthiques que les parties doivent adopter face à cette conclusion. Nous verrons un peu plus loin dans le point sur l'indemnisation précontractuelle, qu'il existe un débat qui cherche à savoir si la faute dans la conclusion des pourparlers se trouve dans la rupture comme telle ou plutôt dans les facteurs l'entourant. Nous étudierons ce que cette distinction provoque comme conséquence, surtout quant au dommage qu'il est possible de réclamer.

Même si la liberté dans les négociations prédomine dans le commerce aujourd'hui, il n'en reste pas moins que les pays de droit civil préconisent une certaine éthique dans la phase de formation des contrats. Les différents devoirs qui ont été exposés précédemment, qu'ils soient au début, pendant ou la fin des pourparlers, ont été créés dans le but d'éviter certains

¹⁹⁸ Muriel FABRE-MAGNAN, «L'obligation de motivation en droit des contrats» dans *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XIIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001

abus et de garder une sécurité dans cet univers libéral. Ces devoirs cherchent le respect d'une confidentialité, d'une courtoisie, mais surtout d'une confiance qui s'est établie entre les parties depuis le début de l'entrée en discussion. La majorité de ces comportements éthiques sera jugée en fonction du niveau de confiance entre les parties. En effet, plus les négociations avancent, plus la confiance augmente et donc plus importante est l'instauration de la bonne foi dans les pourparlers. Pourtant, malgré cette acceptation générale du principe de bonne foi, les tribunaux québécois hésitent toujours à appliquer la responsabilité précontractuelle. Peu de décisions ont sanctionné une faute lors des négociations. Le dogme dominant lors des pourparlers reste celui de la liberté contractuelle. Il s'agit peut-être d'une influence de nos voisins jouissant d'un système juridique de *common law* qui acceptent mal cette restriction morale de la liberté des négociations. Ils éprouvent une retenue quant à l'adoption d'un principe général de bonne foi, mais sanctionnent tout de même certains comportements des parties dans la formation des contrats.

Chapitre II : La perspective des pays de *common law*

Avec la montée grandissante d'une morale contractuelle et l'élaboration d'une responsabilité précontractuelle dans les pays de droit civil, les *common lawyers* qui prônent une liberté des négociations sont néanmoins touchés par le phénomène du principe général de bonne foi. Le droit anglais encore bien frileux sur cette question se fait dépasser par le droit américain qui dans son « *American Uniform Commercial Code* » ou dans son « *American Law Institute, Restatement of Law of Contracts* » impose une obligation de

bonne foi dans l'exécution ou la mise en oeuvre d'un contrat¹⁹⁹. Cependant, cette obligation ne semble pas s'étendre à la phase précontractuelle et à ses pourparlers. En effet, les mots utilisés par le législateur américain semblent limiter la bonne foi à la seule exécution des contrats²⁰⁰. Il faut toutefois noter que l'article 205 du « *Restatement of Law of Contracts* » fait mention de la mauvaise foi dans les négociations comme la source possible de poursuites judiciaires²⁰¹. Cette règle quoique très intéressante du point de vue de la responsabilité précontractuelle, a été très peu utilisée devant les tribunaux²⁰². Les cours américaines ont refusé de dégager, des nombreux cas dans lesquels des dommages avaient été accordés pour certains comportements dans les négociations, une obligation générale de bonne foi²⁰³. La rareté de l'application de l'article 205 ou le rejet de généraliser la bonne foi, est surtout dû au fait que les juges considèrent le concept comme trop vague, difficile d'application et difficile à prouver²⁰⁴. De plus, ils éprouvent une certaine réticence puisque autant dans le libellé de l'« American Uniform Commercial Code » que dans celui du « *Restatement of Law of Contracts* » la bonne foi n'est pas étendue aux négociations.²⁰⁵ Au Canada cependant, la décision Lac Minerals c. International Corona Resources²⁰⁶, semble ouvrir les portes à l'adoption d'un tel principe. Dans cette affaire, LAC et Corona négociaient afin de créer un joint venture dans le domaine minier. Lors des discussions, Corona a partagé avec LAC des informations concernant des tests effectués sur la propriété minière. Ces renseignements révélaient, d'une certaine façon, que les propriétés adjacentes

¹⁹⁹ Michael FURMSTON, Cecil Herbert Stuart FITFOOT et Geoffrey Chevalier CHESHIRE, *Law of Contract*, London, Edinburg, Dublin, Butterworths, 1996, p.27

²⁰⁰ Ugo DRAETTA et Ralph LAKE, «Lettres d'intention et la responsabilité précontractuelle», (1993) *R.D.A.I.* 835 839

²⁰¹ *I.d.*, p. 839

²⁰² *I.d.*, p. 390

²⁰³ Edward Allan FARNSWORTH, «Negociation of Contracts and Precontractual Liability: General Report» dans *Conflicts et harmonisation: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990 p. 664-665

²⁰⁴ U. DRAETTA, R. LAKE, *op. cit.*, note 200, p. 840

²⁰⁵ E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, note 203, p. 665

²⁰⁶ LAC Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574

avaient de la valeur. LAC s'est donc empressé de bloquer l'acquisition par Corona des terrains voisins et les a achetés afin d'y exploiter sa propre mine. La Cour s'est prononcée en faveur du plaignant en déclarant qu'il s'agissait d'un bris de confiance (breach of confidence). Cependant, ce sont les commentaires du Juge La Forest concernant l'apparition du principe de bonne foi dans les pourparlers qui retiennent l'attention. Selon lui, le défendeur a violé une obligation fiduciaire basée sur le devoir de négocier de bonne foi qui protège les attentes légitimes de chacune des parties²⁰⁷. Il insiste de plus sur l'importance de la relation de confiance entre les négociants et la coopération qui doit exister entre eux afin d'en arriver à un résultat final, soit un contrat²⁰⁸. Ainsi, une certaine attente est créée de la part de chacun et elle doit être respectée. Bien évidemment tout ceci ne demande pas qu'il y ait un contrat à cet effet entre les parties. Cette utilisation de renseignements, qui ont profités grandement au défendeur, ne résulte pas d'une faute du demandeur de ne pas les avoirs bien protégés par l'utilisation d'un contrat²⁰⁹. Il est du ressort de chacun, lors des négociations, de respecter les attentes de l'autre, soit une certaine discrétion quant aux informations révélées. Bien que n'ayant pas convaincu la majorité de la cour, l'opinion du Juge La Forest constitue une reconnaissance plus explicite du principe de bonne foi dans la période de formation des contrats, en *common law*.²¹⁰ Quoiqu'il en soit, de façon plus générale, le concept de liberté des négociations est très ancré dans les systèmes de *common law*. Pour eux, il est important que chacune des parties puisse rompre à sa guise les négociations. Également, les dommages pouvant être encourus suite à une rupture des pourparlers forment les risques qu'une entreprise doit assumer dans le marché d'aujourd'hui²¹¹. C'est plutôt la peur de décourager les parties d'entrer en

²⁰⁷Jamie CASSELS, «Good Faith in Contract Bargaining: General Principles and Recent Developments», (1993) 15 *Advocates' Q.* 56 71

²⁰⁸*I.d.*, p. 71

²⁰⁹*I.d.*, p. 72

²¹⁰*I.d.*, p. 73

²¹¹E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, note 203, p. 659

négociations qui empêche l'instauration d'une responsabilité précontractuelle²¹². Malgré cela, nous verrons que la *common law* sanctionne à sa manière les comportements non désirables dans la période de formation des contrats en arrivant à des résultats similaires à ceux des systèmes de droit civil.

²¹² I.d., p. 659

A. *Law of Torts*

L'utilisation de la *Law of Torts* est un moyen envisagé pour engager la responsabilité d'une partie dans les négociations. Contrairement au régime extracontractuel de droit civil, la *Law of tort* est beaucoup plus restrictive. Il n'existe pas dans le système de *common law* le devoir général de ne pas nuire à autrui. Pour engager sa responsabilité en torts, il faut contrevenir à l'un des comportements reprochables énoncés dans la loi. Ainsi, la responsabilité d'une partie pourra être engagée. Nous constatons l'aspect plus limitatif de cette loi de type extracontractuel puisqu'il existe un nombre restreint de torts auxquels il faut rattacher son recours. Bien évidemment aucun d'entre eux ne fait spécifiquement référence aux négociations et donc la réponse se trouvera en dehors de la relation précontractuelle comme telle²¹³.

La première hypothèse afin de sanctionner un comportement précontractuel par l'intermédiaire de la *Law of Torts* est celle de la fraude. Même si ce moyen a été conçu davantage dans le but de contrer les transactions entachées de vices, il peut quand même être utilisé dans le contexte de formation des contrats²¹⁴. Bien souvent, c'est cette fraude qui a intéressé l'autre partie à entrer en négociation. Ainsi, si elle est prouvée par la victime, une compensation lui sera versée. Le meilleur exemple pour illustrer un comportement frauduleux dans les pourparlers est celui de la partie qui s'engage sans jamais avoir l'intention de contracter ou celle qui tente de détourner l'attention de l'autre de

²¹³ Michael FURMSTON, Takao NORISADA et Jill POOLE, *Contract Formation and Letters of Intent*, Chichester, West Sussex, England, Toronto, John Wiley & sons, 1998, p. 286

²¹⁴ *I.d.*, p. 287

toutes les opportunités par l'intermédiaire de l'entrée en négociation²¹⁵. Cependant, bien que très intéressante, la fraude dans ces cas est difficilement démontrable, car il s'agit d'un état moral et non uniquement d'un geste concret.

Une autre possibilité pour d'utiliser la *Law of Torts* est la voie de la négligence et son *duty to care*. Lorsque les parties entrent en négociations, une certaine obligation d'avoir soin l'une de l'autre ou le *duty to care*, vient s'installer entre-elles²¹⁶. Cette hypothèse rappelle à la loi allemande qui stipule qu'une relation spéciale s'établit entre les parties lors de la formation des contrats et qu'en découle une obligation de porter attention à l'autre. À titre d'exemple, nous pouvons imaginer une personne qui laisse croire de manière négligente à l'autre partie qu'une chose sera accomplie alors qu'il n'en est pas le cas. Fait aussi partie du *tort of negligence* l'obligation de renseigner lors des négociations sur des éléments essentiels au consentement²¹⁷. Bien qu'il n'existe pas en *common law* de devoir d'information comme en droit civil, les torts pourront permettre de sanctionner d'une certaine façon son non-respect. En effet, l'*equity* protège les renseignements transmis pendant les pourparlers avec le *breach of confidence*, mais la base légale de l'obligation reste controversée²¹⁸. C'est sûrement par l'intermédiaire des torts qu'un recours pourra être intenté. Forme aussi une entaille au *duty to care*, celui qui change constamment de position dans les négociations entraînant un préjudice à l'autre partie²¹⁹. Finalement un dernier exemple est celui d'une entreprise qui veut soumettre une offre et qui pour l'élaboration de celle-ci fait appel à un sous-traitant afin d'en évaluer le coût. Si celui-ci, lors de l'évaluation du prix, a été négligent, ce comportement affecte évidemment l'entreprise et ses possibilités d'avoir une bonne réponse à son offre, et constitue une violation au *duty to*

²¹⁵ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 80; M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 287

²¹⁶ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 81-82

²¹⁷ *I.d.*, p. 82-83

²¹⁸ *I.d.*, p. 76

²¹⁹ *I.d.*, p. 83

*care*²²⁰. En somme, *la law of torts* permet de sanctionner différents comportements reprochables lors des négociations. Cependant, il ne s'agit pas du moyen le plus utilisé en *common law* dans la période précontractuelle.

B. Promissory Estoppel

Un des recours les plus populaires pour obtenir compensation lors d'un préjudice causé pendant des pourparlers est le *Promissory estoppel*. Comme son nom l'indique, ce moyen est basé sur les effets d'une promesse faite par l'une des parties lors des négociations. Il s'agit en fait de sanctionner celui qui, par sa conduite, laisse croire à son partenaire certains faits dans le but d'engager des négociations, mais qui, par la suite, ne remplit pas cette promesse sur laquelle l'autre partie s'était fiée²²¹. L'objectif est alors de dédommager le préjudice causé par la croyance de ces représentations de faits et d'empêcher l'auteur du dommage de nier son engagement²²². Ce recours, quoique bien souvent efficace, connaît un traitement distinct selon l'État où l'on se trouve. En effet, son évolution, particulièrement en ce qui concerne la phase précontractuelle, n'en est pas uniforme au sein des différents systèmes de *common law*.

En Angleterre, la doctrine du *promissory estoppel* ne s'applique encore qu'en matière contractuelle²²³. Il s'agit en fait du contexte premier dans lequel elle fut créée. Son incidence sur le domaine précontractuel n'est qu'une adaptation ou une extension du

M. FURMSTON, T. NORISADA et J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 290; P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 84

²²¹ E. A. FARNSWORTH, *op. cit.*, note 203, p. 663; P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 68-69

²²² P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 68

²²³ U. DRAETTA, R. LAKE, *op. cit.*, note 200, p. 838

principe de base²²⁴. Comme l'explique Coninck dans son texte sur la rupture des négociations en *common law*, « Le promissory estoppel permet de donner un effet juridique à une promesse qui normalement ne pourrait en avoir sur le plan contractuel (...)»²²⁵ À titre d'illustration l'affaire Central London Proper Trust Ltd. c. High Trees House Ltd²²⁶, représente bien l'utilité de ce moyen. Cette affaire concerne un bailleur qui pendant la deuxième guerre mondiale avait offert une réduction sur un loyer pour contrer les difficultés causées par cet événement. Cependant, à la fin de la guerre, il rétablit les prix de base. La Cour explique que le bailleur n'aurait pas pu demander rétroactivement la différence de loyer pendant la guerre sur la base de la promesse qu'il avait fait. Cette jurisprudence, en plus de montrer l'application de cette doctrine en matière contractuelle, explique d'une certaine façon, qu'elle est utilisée uniquement comme moyen de défense et non comme un recours²²⁷. En effet, nous pouvons comprendre que si le bailleur avait demandé la différence de prix, le locataire lui aurait alors opposé la promesse. Contrairement à ce que nous verrons en droit américain ou australien, le *promissory estoppel* n'est pas ouvert, en droit anglais, aux demandeurs²²⁸. Il n'est qu'une défense pouvant contrer un recours.

Toutefois, cette doctrine prend un aspect plus large en droit américain. Elle peut, non seulement servir de base à une demande en justice, mais aussi être appliquée dans un contexte précontractuel. Sa définition figure à l'article 90 (1) du *Restatement, Second, of Contracts*.

« Une promesse dont le promissior peut raisonnablement envisager qu'elle induira une action ou une abstention d'agir de la part du promisee ou d'un

²²⁴ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 69

²²⁵ *I.d.*, p.69

²²⁶ Central London Proprety Trust Ltd. v. Hight Trees House Ltd., [1947] K.B. 130

²²⁷ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 70

²²⁸ U. DRAETTA, R. LAKE, *op. cit.*, note 200, p. 838

tiers et qui induit une telle action ou abstention d'agir, est contraignante si une injustice peut être évitée uniquement en faisant exécuter la promesse. Le recours accordé pour non-exécution de la promesse peut être limité selon les exigences la justice. »²²⁹

Comment cette doctrine s'applique t-elle dans les négociations? La décision Hoffman c. Red Owl Stores²³⁰ est l'une des premières à avoir étendu ce recours à la période des négociations. Dans cette affaire, il s'agit d'un Supermarché qui promet à un franchisé potentiel que la somme de 18 000\$ sera suffisante afin de faire l'acquisition d'une de ses franchises. Sur la base de cette promesse, le futur franchisé, vend sa boulangerie, change de village, achète un petit supermarché et fait un paiement sur un lot. Quelque temps plus tard, les négociations échouent après que le supermarché augmenta substantiellement la contribution pour l'obtention de sa franchise. Le futur franchisé ne pouvant pas payer cette somme s'est donc vu dans l'obligation de rompre les pourparlers. La cour mentionne qu'il n'est pas essentiel pour que la promesse puisse faire l'objet du *Promissory estoppel* qu'elle recherche en tout point les caractéristiques d'une transaction ou d'une offre.²³¹ Elle doit simplement créer une expectative raisonnable voulant la réalisation des faits promis, mais aussi être la base du préjudice ressenti. Nous voyons de plus avec cet exemple, qu'il n'est pas nécessaire qu'une offre ait été formulée afin d'obtenir un recours contre le promettant²³². Toutefois, malgré son efficacité dans cet arrêt, le recours du *Promissory estoppel* en matière précontractuel reste peu utilisé en droit américain²³³.

Finalement, c'est peut-être en Australie où la responsabilité sous *Promissory estoppel* dans les négociations est la plus répandue. La figure de proue de cette tendance est la décision

²²⁹ P. BRASSEUR et autres, op. cit. note 21, p. 71

²³⁰ Hoffman v. Red Owl Stores, (1965) 26 Wis 2d 683, 133 N.W. 2d 267

²³¹ E. A. FARSWORTH, op. cit., note 203, p. 664

²³² P. BRASSEUR et autres, op. cit., note 21, p. 73

²³³ P. BRASSEUR et autres, op. cit., note 21, p. 73; E. A. FARSWORTH, op. cit., note 203, p. 664

Waltons Stores Ltd. v. Maher²³⁴. Pour la première fois, la cour reconnaissait un concept de *fair dealing* dans un contexte où aucun lien contractuel préexistant mettait en relation les parties participant aux négociations²³⁵. Dans cette affaire, il s'agissait d'un programme d'expansion d'affaire dans lequel Waltons avait proposé de louer le terrain possédé par Maher. Cette entente voulait que Maher, en plus de louer le terrain, en fasse aussi le développement au profit et aux conditions de Waltons. Dans cette perspective, Maher commença les travaux de démolition et d'édification d'un nouveau bâtiment. Les amendements n'étant toujours pas approuvés pour les travaux, Maher informa Walton que si dans les prochains jours, l'accord n'était pas conclu, il serait dans l'impossibilité de terminer les travaux de construction à temps. Finalement, lorsque la bâtisse fut presque complétée, Walton retira son offre de location du terrain. La majorité de la Cour a alors déduit que Walton avait bel et bien fait à Maher une promesse de location sur laquelle il s'était fié²³⁶. Walton ne pouvait renier cet engagement. Elle obligea Walton à exécuter sa promesse de location selon l'*equity*²³⁷. Il s'agit d'une belle illustration de la responsabilité sous *promissory estoppel* dans les relations précontractuelles.

En somme, nous pouvons remarquer que la doctrine du *promissory estoppel* est un mélange entre les négociations leurre et la confiance légitime du droit civil. En effet, elle est basée à la fois sur la croyance de l'accomplissement de la promesse, donc sur la confiance qui existe entre les parties, mais aussi sur le mensonge qui vicie les négociations. Pour certains, ce moyen juridique est en fait l'existence de la bonne foi et de l'équité dans la phase précontractuelle²³⁸.

²³⁴ Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher, (1998) 164 C.L.R. 387

²³⁵ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 293

²³⁶ *I.d.*, p. 294

²³⁷ *I.d.*, p. 294

²³⁸ *I.d.*, p.292

C. *Unjust Enrichment*

L'enrichissement injuste est un autre moyen pouvant être utilisé afin d'obtenir compensation pour un préjudice causé lors de la formation des contrats. Une telle situation se présente lorsqu'une partie s'enrichit au profit d'une autre, lui causant un préjudice de nature patrimonial, dans des circonstances où un tel enrichissement est jugé injuste²³⁹. Cette doctrine, dans un contexte précontractuel, permet de tenir responsable celui qui s'approprie de manière non équitable les bénéfices découlant des négociations²⁴⁰. À ce moment, l'action n'est pas fondée sur un contrat, puisqu'il n'en existe aucun, mais plutôt sur le *Law of Restitution*²⁴¹. Deux éléments sont essentiels afin de prouver l'enrichissement injuste. Il faut tout d'abord démontrer que l'autre partie a obtenu un bénéfice des négociations, mais aussi que le demandeur a effectué des dépenses dans des circonstances où il serait injuste d'accorder un tel profit au défendeur²⁴². Cependant, la preuve d'un tel enrichissement n'est pas toujours facilement démontrable. En effet, l'augmentation de revenu ou l'obtention d'une somme sont des profits facilement vérifiables, mais qu'arrive-t-il lorsqu'il s'agit d'un service prodigué? Les traces d'un tel service ne se traduisent pas de façon monétaire et l'obtention d'un produit final n'est pas nécessairement présente. Cependant, la majorité des cours s'entendent pour dire que la présence d'un bénéfice, autre que la simple production d'un service, n'est pas requise afin de remplir les caractéristiques de l'enrichissement injuste²⁴³. Un exemple illustrant bien ce type de responsabilité est celui d'un entrepreneur qui fait effectuer des plans gratuitement par son architecte, au profit d'un promoteur qui, par la suite, refuse de lui donner le contrat et l'offre à un autre²⁴⁴. L'utilisation de tels plans

²³⁹ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 73-74

²⁴⁰ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 660

²⁴¹ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 74

²⁴² M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 297

²⁴³ *I.d.*, p. 298

²⁴⁴ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 660

obtenus lors des négociations constitue un enrichissement injuste de la part du promoteur. Bien qu'il soit connu dans le domaine commercial que les entreprises doivent supporter les risques que peuvent entraîner l'entrée en négociations, ceci ne veut pas dire qu'il faille accepter les dépenses causées par un profiteur. Il faut alors pouvoir démontrer en quoi cet enrichissement est injuste²⁴⁵. Il est intéressant de voir que ce recours peut se rapprocher de celui du *promissory estoppel* et même de l'obligation générale de négocier de bonne foi. Dans une décision australienne²⁴⁶, une entreprise de construction, Sabemo, était entrée en négociation avec le conseil municipal de la ville de Sydney afin de planifier le développement d'un terrain. Dans cette perspective Sabemo effectua pour 426 000 \$ de services de planification pour le défendeur. Même si le conseil avait encouragé le demandeur à procéder aux travaux de planification, il décida finalement de ne pas lui donner le contrat, le laissant ainsi avec des milliers de dollars de services professionnels non rémunérés²⁴⁷. Bien qu'il s'agisse, selon nous, d'un cas clair d'enrichissement sans cause, voir de *promissory estoppel*, la cour a jugé la cause en établissant un principe général très près de celui de la bonne foi et du *fair dealing*. Doit-on considérer cette affaire comme l'acceptation de la bonne foi dans les négociations en *common law*? Seul l'avenir nous le dira, mais en attendant, nous pouvons tout de même constater qu'autant l'enrichissement injuste que le *promissory estoppel* sont des méthodes afin d'appliquer, sans le mentionner, la bonne foi dans les pourparlers.

D. Implied and Collateral Contracts

Un peu à la mode allemande, les *common lawyers* ont trouvé une autre façon d'introduire une responsabilité précontractuelle par l'intermédiaire de contrats implicites ou contrats

²⁴⁵ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 75

²⁴⁶ *Sabemo Pty Ltd. v. North Sydney Municipal Council*, (1977) 2 N.S.W.L.R. 880

²⁴⁷ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 298

collatéraux. La jurisprudence a reconnu, dans certains cas, l'existence d'un contrat, non expressément conclu qui oblige les parties à suivre une « étiquette » dans les négociations²⁴⁸. Ainsi, une rupture des pourparlers pourra être sanctionnée, sur une base contractuelle, par le biais de ces notions, bien connues de la *common law*.

Collateral contract ou contrat collatéral est un accord préliminaire, implicite, découlant directement du contrat final entre les parties²⁴⁹. L'exemple illustrant le mieux ce moyen est celui des soumissions d'offres. Dans une décision de la *House of Lords* en Angleterre²⁵⁰, le défendeur avait promis la vente d'actions au plus offrant. Cette promesse a été considérée comme étant un contrat préliminaire à la vente d'action finale²⁵¹. En termes plus clairs, celui qui soumet le meilleur prix aura la vente finale. Il est donc possible de bien voir l'existence de ces deux contrats, entremêlés, dont un est implicite et sanctionne un comportement dans la période des négociations et l'autre évidemment est expresse et véhiculant.

Le contrat implicite est, quant à lui, une autre illustration de la création d'un accord non-expresse entre les parties. Contrairement à l'accord collatéral, celui-ci ne dépend pas de la conclusion du contrat final. Il porte plutôt sur des événements et la conduite des différents acteurs lors des pourparlers²⁵². Il ne s'agit pas d'un droit relié à la réalisation d'un accord, mais à l'accomplissement de l'événement dans les négociations²⁵³. Dans la décision *Way c. Latilla*²⁵⁴, une application de la doctrine du contrat implicite a été faite par le juge, dans une situation précontractuelle. Le défendeur avait offert au demandeur des concessions minières

²⁴⁸ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 77

²⁴⁹ *I.d.*, p. 78

²⁵⁰ *Harvela Investments Ltd v. Royal Trust Co. of Canada (CI)*, [1986] 1 A.C. 207

²⁵¹ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 302; P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 78

²⁵² P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 79

²⁵³ *I.d.*, p. 79

²⁵⁴ *Way v. Latilla*, [1973] 3 All. E.R. 759

à titre de rémunération pour un travail effectué. L'accord n'ayant pas été complété pour des raisons de fixation de prix, la *House of Lords* a jugé que le demandeur avait un droit contractuel quant à la rémunération du travail fait²⁵⁵. La cour a déduit du comportement des parties, l'existence d'une entente implicite sur la rémunération du demandeur. Dans la même lignée, une jurisprudence tirée de la Cour d'appel d'Angleterre²⁵⁶, avait reconnu un droit contractuel implicite dans les négociations. En effet, le défendeur avait fait un appel d'offre pour l'attribution d'un marché qui prenait fin en avant-midi à une certaine date. Le demandeur avait soumis son offre le jour en question, mais avant l'heure du dépôt final. Cependant, le défendeur ne prit connaissance de la soumission qu'après l'heure fatidique et la considéra comme étant tardive. La Cour jugea qu'il s'agissait d'une entrave au contrat implicite qu'avait le défendeur de considérer toutes les offres dûment soumises.²⁵⁷ La responsabilité de celui-ci fut donc engagée sur la base de la doctrine du contrat implicite.

Comme l'explique Furmston dans son texte sur « *Is there a duty to negotiate in good faith?* »²⁵⁸, le contrat collatéral et le contrat implicite sont des méthodes développées par les cours afin d'obtenir un résultat semblable à ceux de droit civil, sans avoir à adopter une doctrine générale de bonne foi. De plus, il est possible de déduire de ces illustrations, le désir par les tribunaux de *common law* de sanctionner la mauvaise foi dans les pourparlers.

À travers ces divers moyens utilisés pour tenir responsable une partie dans la période précontractuelle, nous pouvons constater que, sans l'affirmer, les pays de *common law* sanctionnent, à leur manière, des comportements de mauvaise foi dans les négociations. Même si dans certaines décisions, un peu timides, le principe général de négocier de bonne foi a été reconnu, jusqu'à ce jour, aucune officialisation de cette doctrine n'a été faite en

²⁵⁵ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 302-303

²⁵⁶ *Blackpool and Fylde Aero Club v. Blackpool Council*, (1990) 1 W.L.R. 1195

²⁵⁷ M. FURMSTON, T. NORISADA, J. POOLE, *op. cit.*, note 213, p. 303

²⁵⁸ *I.d.*, p. 302

Angleterre ou aux Etats-Unis.²⁵⁹ Quant au Canada, l'ouverture du juge LaForest laisse entrevoir un changement futur et les balbutiements d'une bonne foi dans les pourparlers. La différence entre la *common law* et le droit civil dans le traitement de la question est bien présente. Nous pouvons alors nous interroger sur la façon dont les instruments internationaux arrivent à concilier les deux approches afin de créer des normes uniformes.

Chapitre III : La perspective des instruments internationaux

A. Les devoirs imposés dans les Principes d'Unidroit

Afin d'harmoniser le traitement des relations précontractuelles et de la responsabilité qui peut en découler, les Principes d'Unidroit réunissent certaines règles touchant les comportements des parties lors des négociations. Par l'intermédiaire d'exemples, ils énoncent les différents devoirs qui incombent aux acteurs prenant part à la formation d'un contrat. Nous verrons que ces différentes dispositions sont plus larges que le contenu des instruments de *common law*, mais ne vont peut-être pas aussi loin que le droit des pays civilistes²⁶⁰. Cependant, dans leurs forme et essence, les Principes d'Unidroit portant sur la période précontractuelle, sont fortement inspirés des systèmes de droit civil.²⁶¹

L'un des premiers devoirs est celui de confidentialité par rapport aux renseignements obtenus lors des pourparlers. Il se trouve à l'article 2.1.16 des Principes.

²⁵⁹ *I.d.*, p. 304 et suivantes

²⁶⁰ Martina SUCHANKOVA, «Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations», (1997) 6 *R.D.A.I.* 691, 698

²⁶¹ *I.d.*, p. 698; M. J. BONELL, *op. cit.*, note 136, p.80

« Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie. »²⁶²

Par cette disposition, les parties sont tenues de faire preuve de discrétion quant aux informations qu'elles ont pu obtenir dans leurs discussions d'affaires. Cependant, dans ces commentaires, les Principes rappellent que pour protéger l'information confiée, une déclaration doit avoir été faite à cet effet. Effectivement, chaque partie est libre d'utiliser, à sa guise, tous renseignements communiqués, puisque à prime abord, ils ne sont pas considérés comme confidentiels²⁶³. Ce principe découle du fait que chacun peut, lors des négociations, révéler les informations qu'il souhaite afin d'arriver à la conclusion du contrat²⁶⁴. Ainsi, il paraît logique que si une certaine donnée doit rester secrète, elle fasse l'objet d'une mention spéciale de discrétion, car les parties peuvent choisir ce qu'elles décident de communiquer lors du déroulement des pourparlers. Toutefois, une nuance doit cependant être ajoutée. En effet, il arrive, dans certaines circonstances particulières, qu'une information à laquelle aucune déclaration expresse de confidentialité ne peut lui être associée, soit quand même susceptible d'engager la responsabilité de la partie qui la dévoile ou l'utilise à son propre escient²⁶⁵. Cet événement se présente lorsqu'il est prouvé que cette utilisation est contraire à la bonne foi. Nous pouvons penser à quelqu'un qui s'enrichit au profit de l'autre partie ou nuit considérablement à celle-ci par le dévoilement de l'information en question. C'est la nature particulière de ce renseignement qui le rend implicitement confidentiel²⁶⁶. Cette violation de la bonne foi peut-être considérée comme

²⁶² Principes relatifs aux contrats du commerce international, précité, note 48, art. 2.1.16

²⁶³ M. SUCHANKOVA, op. cit., note 260, p. 694

²⁶⁴ I.d., p. 695

²⁶⁵ I.d., p. 695

²⁶⁶ I.d., p. 695

un abus de confiance de la part de la partie fautive²⁶⁷. Bref, cette disposition est un heureux mélange du devoir de confidentialité de certains pays civilistes et du *breach of confidence* de la *common law*.

Un autre devoir abordé dans les Principes d'Unidroit concerne plus particulièrement l'attitude morale que les parties doivent adopter dans la phase de formation des contrats. Il s'agit de l'obligation de loyauté. Ce devoir met en opposition le principe général voulant une liberté contractuelle afin de préserver une saine concurrence, en prohibant certains comportements²⁶⁸. Elle se reflète de deux façons dans le descriptif des Principes à son article 2.1.15. Tout d'abord, est susceptible d'engager sa responsabilité celui qui poursuit des pourparlers sans avoir l'intention de conclure un contrat²⁶⁹. Cette situation est présente autant dans les systèmes de *common law* que dans ceux de droit civil et ce n'est pas surprenant qu'il soit repris par cet instrument international. Deuxièmement, la partie qui induit en erreur son partenaire, soit en déformant les faits, soit en taisant des renseignements importants, peut aussi voir sa responsabilité engagée²⁷⁰. Ce comportement touchant à la loyauté est aussi fortement inspiré du devoir d'information. Une entrave à la bonne foi ou plutôt une attitude de mauvaise foi sera alors appréciée selon la qualité des parties, la nature du contrat et les usages²⁷¹.

L'article 2.1.15 nous offre un autre exemple démontrant la mauvaise foi des parties dans les négociations. Il s'agit de la rupture abusive. Comme nous l'avons vu en droit civil, elle se caractérise par sa brusquerie ou son absence de justification. Ceci se présente lorsqu'une partie croit raisonnablement qu'un contrat sera conclu. En effet, c'est un moment clé où il

²⁶⁷ Paul-André CRÉPEAU, *Les principes d'unidroit et le code civil du Québec: valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, p.56

²⁶⁸ *I.d.*, p.56

²⁶⁹ *I.d.*, p. 58; M. SUCHANKOVA, *op. cit.*, note 260, p.694

²⁷⁰ P.A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 267, p. 58; M. SUCHANKOVA, *op. cit.*, note 260, p.694

²⁷¹ P.A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 267, p. 58, M. SUCHANKOVA, *op. cit.*, note 260, p. 694

est justifié de d'anticiper un dénouement positif des négociations et par conséquent doit y être rattaché une certaine étiquette²⁷². La partie voulant rompre les pourparlers devra alors le justifier et préparer son partenaire. Il faut mentionner que ce devoir laisse place à une grande marge dans l'interprétation et il revient aux juges ou arbitres d'étudier chaque cas présenté²⁷³.

L'ensemble de ces devoirs dépeint le déroulement des négociations dans un esprit de bonne foi. Pour certains, ces obligations imposées dans les Principes d'Unidroit ne constituent pas une grande nouveauté au niveau du droit. En effet, pour les pays de système civiliste où il existe dans la majorité des cas une acceptation de la responsabilité précontractuelle, il s'agit plutôt d'une confirmation des préceptes déjà établis dans le droit étatique. Pour d'autres, où la reconnaissance d'une obligation générale de négocier de bonne foi n'existe pas, les Principes peuvent sembler révolutionnaires²⁷⁴. Bref, cet instrument sert autant à consolider certains acquis qu'à inspirer la création de nouvelles règles. Cette influence se fait entre autres ressentir dans les principes du droit européen des contrats.

B. Les Principes d'Unidroit comme compléments de la CISG?

La Commission sur le droit européen des contrats, en charge de l'élaboration des Principes, s'est inspirée du travail déjà effectué par le groupe de rédaction des Principes d'Unidroit

²⁷² M. SUCHANKOVA, *op. cit.*, note 260, p. 394

²⁷³ *I.d.*, p. 694

²⁷⁴ *I.d.*, p. 696

sur la formation des contrats²⁷⁵. Bien que n'ayant pas été la seule source d'inspiration, les similitudes entre les deux instruments sont nombreuses.

À l'image des Principes d'Unidroit, le droit européen encourage aussi le principe de liberté dans les négociations et dans la rupture. Cependant, certaines limites sont imposées lorsque les pourparlers sont contraires à la bonne foi. L'article 2 :301 à son troisième paragraphe traite de celui qui engage les négociations sans avoir l'intention de conclure un contrat. Cette illustration du devoir de loyauté est semblable à celle énoncée dans les Principes d'Unidroit. Dans ses commentaires, les principes du droit européen donnent l'exemple de celui qui poursuit les pourparlers alors qu'il a décidé de ne pas passer un accord²⁷⁶. En effet, il s'agit de quelqu'un qui au départ, avait l'intention de conclure, mais qui en cours de route a changé d'idée sans en informer l'autre partie. Cette illustration pourrait peut-être tomber sous celle du devoir de renseignement, présente dans les Principes d'Unidroit. Les devoirs devant être respectés dans les négociations sont bien souvent reliés entre eux et il n'est pas surprenant qu'une même situation puisse être associée à plus d'un. Ainsi, cette différence entre les principes d'Unidroit et du droit européen n'est en fait une manifestation de cet interchangeabilité.

De manière un peu moins précise, le droit européen aborde la question de la rupture des négociations. Malgré l'exemple donné, il est difficile de déduire les critères indiquant qu'une rupture est contraire à la bonne foi. À travers, de cette illustration, nous pouvons présumer que l'arrivée tardive de la rupture lorsque le contrat est presque conclu est génératrice de responsabilité. Il faudra bien évidemment s'en remettre au droit étatique afin d'interpréter une question de rupture abusive qui ne trouve pas de réponse dans les

²⁷⁵ Michael Joachim BONELL, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», (1996) 26 *Uniform Law Review* 229 231

²⁷⁶ G. ROUHETTE, op. cit., note 47, commentaires IV

Principes européens. Nous pouvons supposer que les Principes d'Unidroit, ayant été une source importante à leur création, pourront en faciliter l'interprétation²⁷⁷.

Le point VI des commentaires touche la question du fondement de la responsabilité. De par la situation décrite, nous pouvons facilement reconnaître la théorie de *common law* du *promissory estoppel*. En fait, il s'agit d'une description semblable aux événements ayant engendrés la décision Hoffman c. Red Owl Stores. Ce souci d'inclure dans un instrument transnational des éléments de *common law* démontre bien l'intention des Principes d'harmoniser et de synthétiser le droit des différents États membres du projet européen²⁷⁸. Nous pouvons aussi y voir un désir d'exprimer la théorie des attentes légitimes entre les parties que les pays de droit civil utilisent comme critère d'appréciation de la bonne foi dans les négociations.

Finalement l'article 2:302 parle du devoir de confidentialité. Il n'est cependant pas nécessaire d'élaborer plus longuement sur le sujet, puisqu'il s'agit d'une reprise de l'article 2.1.16 des Principes d'Unidroit. Cette promiscuité entre les deux instruments est bien réelle, mais il faut y voir certaines différences non négligeables. En effet, le champ d'application des Principes d'Unidroit est mondial, mais restreint aux contrats commerciaux²⁷⁹. Les Principes du droit européen du contrat touchent, quant à eux, la communauté européenne, mais s'appliquent à tout type de contrat, autant commercial que de consommation²⁸⁰. Ceci vient, dans un sens, justifier la création de ces deux instruments. Quoiqu'il en soit, dans une affaire de la Cour de Justice européenne traitant particulièrement de la responsabilité précontractuelle, il est possible de voir la façon dont ces deux outils interagissent et comment la Cour a choisi de les appliquer au cas présenté. Il

²⁷⁷ Olaf MEYER, «The UNIDROIT Principles and their Impact on European Private Law», (2002) *Rev. Drt. Unif.* 1222, 1224

²⁷⁸ *I.d.*, p.1225

²⁷⁹ Principes relatifs aux contrats du commerce international, précité, note 48, préambule

s'agit de la décision Tacconi dont les faits ont été relatés en première partie. Afin d'interpréter la question préjudicielle portant sur la convention de Bruxelles, l'avocat général a, dans ses conclusions, employé les Principes d'Unidroit²⁸¹. En effet, cette convention portant sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, ne comporte pas de dispositions touchant le cas précis des relations précontractuelles. Il est donc nécessaire, afin de déterminer le tribunal compétent, de rattacher la responsabilité dans la période des négociations au régime contractuel ou extracontractuel. Ainsi, pour créer une base uniforme servant de point de départ à l'analyse, l'avocat général a fait l'utilisation de l'article 2.1.15 des Principes d'Unidroit²⁸². Comme nous l'avons vu, cette disposition porte sur le cas de rupture abusive des pourparlers et décrit les conditions entourant le retrait de mauvaise foi de l'une des parties. L'article 2.1.15 rejoint parfaitement les faits en l'espèce et est donc pertinent pour l'analyse de la situation présentée. Cependant, pourquoi l'avocat général a-t-il utilisé cet instrument plutôt que les Principes européens du droit des contrats ? En effet, les Principes d'Unidroit ne sont pas contraignant à moins qu'il n'en ait été décidé autrement entre les parties, ce qui ne semble pas être le cas dans l'affaire Tacconi. Ceci étant dit, il est vrai que cet outil est une référence légale importante en plus d'avoir été rédigé dans un langage clair, neutre et autonome qui peut être compris par tous les États membres de l'Union européenne²⁸³. Pourtant, les Principes du droit européen ont été élaborés dans une perspective d'harmonisation et de synthèse et sont destinés à une application purement européenne. Pourquoi les Principes d'Unidroit ont-ils alors été préférés ? Une réponse repose peut-être dans la question du champ d'application. En effet, les Principes d'Unidroit touchent une sphère mondiale tandis que les Principes du droit européen ne dépassent pas les frontières de l'Europe²⁸⁴. L'avocat général a peut-être cherché à donner un plus grand impact en utilisant un outil qui serait compris par tous

²⁸⁰ *I.d.*, article 1.101

²⁸¹ M.L.A. GEELHOED, *op. cit.*, note 60, p. 12

²⁸² O. MEYER, *op. cit.*, note 277, p. 1223

²⁸³ *I.d.*, p. 1224

²⁸⁴ *I.d.*, p. 1225

autant par les membres de l'Union européenne que par les États des autres continents. De plus, le contenu de ces deux instruments est similaire et donc parler de l'un est d'une certaine manière parler de l'autre. Olaf Meyer dans son texte sur « *The Unidroit Principles and their Impact on European Private Law* » ajoute que l'avocat général aurait pu donner davantage de poids à ses préceptes de départ en référant, en plus de l'article des Principes d'Unidroit, à celui du droit Européen²⁸⁵. La force de persuasion en aurait été grandit en plus de démontrer que la responsabilité précontractuelle fait non seulement partie du droit des affaires internationales, mais est aussi acceptée dans un outil de droit des contrats partagées par des États membres²⁸⁶. Même s'il peut sembler curieux que l'avocat général ait employé, à titre de référence, les Principes d'Unidroit dans ses conclusions plutôt que ceux du droit européen, cela dévoile l'acceptation de ces Principes par la communauté européenne en plus d'aider à son interprétation uniforme au sein des territoires du vieux continent. La similarité entre les deux instruments est-elle susceptible d'entraîner une compétition au niveau de leur application? Qu'arrive-t-il lorsqu'il existe une différence importante entre les provisions des Principes d'Unidroit et de ceux du droit européen. Fort heureusement une telle discorde n'existe pas au niveau des relations précontractuelles. En plus, selon MJ Bonell, compte tenu de la différence d'origine et le champ d'application de chacun, il est peu probable qu'ils entrent l'un et l'autre en compétition²⁸⁷. Dans un contexte où une compagnie européenne entrerait en conflit avec une société d'un pays non-membre de l'Union européenne, les Principes d'Unidroit auraient préséances puisqu'ils sont à vocation mondiale. C'est ce qui a été décidé dans une affaire opposant la France aux Etats-Unis²⁸⁸. Bien évidemment, dans un conflit au sein des pays membres de l'UE, les principes de droit européen des contrats seront gagnants, à moins que les parties aient librement choisi d'en faire autrement. Dans le cas de l'affaire Tacconi, les deux instruments ayant de grandes similarités au niveau des dispositions sur la formation des contrats, l'utilisation de l'un ou

²⁸⁵ *I.d.*, p. 1225

²⁸⁶ *I.d.*, p. 1225

²⁸⁷ M.J. BONELL, *op. cit.*, note 275, p. 237

de l'autre revient au même dans une perspective d'application pratique. Il ne faut pas oublier qu'ils ne sont pas de nature contraignante et restent à l'état de suggestion ou d'arguments en faveur d'une position donnée. Par conséquent un réel conflit ne surviendrait que peu souvent.

C. Les devoirs imposés dans les Principes européens du droit des contrats

Cette nature non obligatoire des Principes d'Unidroit rend leur contenu difficilement imposable entre les parties. Pourtant certains affirment que leur valeur obligatoire est à l'état de règles de droit autonome, mais cette idée reste plutôt controversée. En effet, le préambule est rédigé dans des termes suggestifs et non impératifs: l'expression « peuvent s'appliquer » est préférée à une formule comme « s'appliquent nécessairement ». Ainsi l'interprétation littéraire révèle la nature plus incitative et non obligatoire des Principes. De plus, il ne faut pas oublier que les auteurs, lors de la rédaction, ont tenté de répertorier les meilleures règles de droit parmi les différents États, sans pour autant qu'elles soient adoptées de façon générale par tous²⁸⁹. Pour certains, les dispositions peuvent sembler très innovatrices puisqu'elles ne constituent pas toujours une synthèse des droits nationaux²⁹⁰. Il n'est donc pas surprenant que leur application ne soit pas toujours bien acceptée et que leur soumission à la volonté des parties demeure la solution de choix. Pourtant, une remarque d'ordre pratique s'impose. Bien souvent, lors des négociations, il n'existe entre les parties aucun contrat traitant du déroulement des pourparlers. Or, pour que les Principes s'appliquent, une manifestation de la volonté des parties doit avoir été faite. Nous pouvons ainsi constater que bien rarement ces dispositions pourront être utiles en matière précontractuelle, surtout dans les cas où la nature délictuelle est claire²⁹¹. Malgré cela, les

²⁸⁸ *I.d.*, p. 237 (affaire non-publiée)

²⁸⁹ M. SUCHANKOVA, *op. cit.*, note 260, p. 692

²⁹⁰ *I.d.*, p. 698

²⁹¹ *I.d.*, p. 699

Principes ont d'autres utilités, surtout en matière d'interprétation. En effet, dans plusieurs États où la responsabilité précontractuelle est reconnue, aucune règle de droit écrite à cet effet n'est présente dans leur système juridique. Ainsi, les juges nationaux pourront se servir des dispositions des Principes d'Unidroit au lieu d'effectuer de nombreuses recherches laborieuses²⁹². En plus, ils peuvent servir de sources d'inspiration à l'élaboration des contrats. En effet, la clarté de leur rédaction et leur souci de trouver la meilleure solution constituent des facteurs importants pour en faire un outil de référence au niveau contractuel et précontractuel. Finalement, le préambule des Principes mentionne aussi leur utilité afin d'éclairer le contenu des autres instruments internationaux. Dans cette perspective, peut-on considérer qu'ils puissent servir de guide à l'interprétation de la Convention de Vienne ?

Adoptée en 1980 à Vienne, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne ou CVIM) est le résultat de nombreuses années de travail. La Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) voulait créer un instrument contraignant afin d'améliorer le commerce international en uniformisant les pratiques et le traitement des obligations contractuelles²⁹³. La Convention vient combler le besoin de créer une sécurité juridique dans les échanges internationaux²⁹⁴. Ses dispositions sont le produit d'un consensus entre les différents États signataires. Bien évidemment, il est facile de comprendre que vue la diversité des pays et de leur système juridique, son élaboration a été laborieuse et a souvent fait place à de nombreux débats. Ainsi, plusieurs dispositions ont dû

²⁹² I.d., p. 700

²⁹³ Diane Madeline GODERRE, «International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention», (1997):66 *U. Cincinnati Law Review* 258 258

²⁹⁴ P. BRASSEUR et autres, op. cit., note 21, p.112

être exclu de la version finale afin de satisfaire tout les états participants²⁹⁵. C'est un peu le sort qu'à subit la responsabilité précontractuelle. En effet, dans son ébauche, le groupe de travail de la CNUDCI avait inclus un article sur la bonne foi dans la période des négociations. Celui-ci mentionnait que dans le cours de la formation d'un contrat, les parties doivent observer et agir selon la bonne foi²⁹⁶. Trop controversée, cette disposition fût finalement retirée du texte définitif. D'un côté, il y avait les délégués pour qui la bonne foi est un principe universellement reconnu, puisque présent dans de nombreux codes commerciaux²⁹⁷. Il était donc important pour eux qu'elle fasse l'objet d'une disposition particulière surtout en ce qui concerne la période de formation des contrats. Cette reconnaissance du principe viendrait alors créer une certaine uniformité à long terme dans l'interprétation des cours nationales de la responsabilité précontractuelle en formant un bassin de jurisprudence qui rappellerait l'importance d'une bonne conduite dans les transactions internationales²⁹⁸. Du même coup, cette inclusion de la bonne foi aiderait à réduire les pratiques commerciales discriminatoires en inculquant une éthique dans les comportements commerciaux des différents acteurs²⁹⁹. De l'autre côté, certains délégués désapprouvaient l'introduction d'une telle disposition. Pour eux, la bonne foi est un principe moral qui n'a pas sa place dans un traité international. En effet, elle serait trop subjective et aurait pour conséquence de créer une multitude d'interprétation par les cours nationales basées sur leur propre conception du principe³⁰⁰. De ceci résulterait un manque d'uniformité quant à l'application de la disposition, ce qui n'est pas souhaitable dans une Convention à vocation internationale. Il est possible de reconnaître ici, que ces deux

²⁹⁵ Michael Joachim BONELL, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract and CISG-Alternatives or Complementary Instrument », (1996) *Rev. Drt. Unif.* 26, 28

²⁹⁶ Michael Joachim BONELL, « Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods » dans *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, I.C.C. Publ., 1990 p.166

²⁹⁷ D. M. GODERRE, *op. cit.*, note 293, p. 260

²⁹⁸ *I.d.*, p. 260

²⁹⁹ *I.d.*, p. 260

opinions diamétralement opposées sont celles respectivement des États civilistes et de *common law*. Comme nous l'avons vu, le traitement de la responsabilité précontractuelle est différent selon ces deux systèmes. Cependant, nous avons pu constater que malgré ces différences, les résultats au niveau de l'application reste le même. La seule formulation ou la mise en œuvre change. Les civilistes préfèrent élaborer des règles générales que les tribunaux appliquent ensuite tandis que les *common lawyer* créent des théories spécifiques qu'ils appliquent à chaque cas. Ces méthodes ont toutes deux pour but de sanctionner les comportements défavorables dans les négociations et donc d'appliquer à leur manière le principe de bonne foi. Il est donc frustrant de réaliser qu'un consensus est si difficile à atteindre. La bonne foi est en fait l'expression du critère de l'homme raisonnable qui est à la base de nombreux régimes extracontractuels. Malgré les différences sociales et culturelles entre les États appliquant cette théorie, l'idée semble bien comprise et les différences ne sont pas énormes. De plus, l'argument de la non-uniformité d'application de la disposition est un peu exagéré puisqu'il n'existe aucune uniformité à l'heure actuelle, il serait donc difficile de détériorer la situation. Bref, afin d'apaiser les débats et de satisfaire toutes les parties, une solution de compromis a alors été présentée. Elle se retrouve à l'article 7(1) de la Convention.

7(1) : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. »³⁰¹

Cette disposition exprime l'importance de la bonne foi dans la Convention, mais plusieurs interprétations lui sont associées. Nous pouvons ainsi nous demander si son aspect général peut permettre d'imposer la bonne foi dans les négociations. En effet, comme aucun article

³⁰⁰ *I.d.*, p. 261; M.J. BONELL, *op. cit.*, note 296, p. 166

ne traite spécifiquement de la période de formation des contrats, il est facile de penser que ce moment a été exclu du champ de la Convention. Cependant est-il possible de le rattacher à l'article 7?

L'article 7(1) peut tout d'abord être analysé de manière littérale. Les juges ou arbitres, partageant ce point de vue, comprennent l'insertion de la bonne foi dans le commerce international, comme un des critères servant à l'interprétation de la Convention. Elle n'impose pas d'obligations aux parties et ne doit pas être entendue comme un principe général sur lequel la Convention est basée³⁰². De cette manière, la bonne foi dans les négociations est écartée du champ d'application de la Convention et les questions de responsabilité précontractuelle devront être traitées selon les règles de conflit de lois. Ceci aura pour conséquence de continuer les analyses diverses de cette responsabilité qui varieront selon l'État où le conflit est jugé. Cette façon de comprendre le libellé de l'article 7 pourrait être favorisé par les pays qui n'étaient pas en faveur de l'inclusion de la bonne foi dans la Convention comme principe général de droit. Jusqu'à maintenant, aucune décision, où la Convention s'applique, ne semble suivre cette tendance³⁰³.

La deuxième interprétation, adoptée, entre autres par le professeur Bonell³⁰⁴, est elle aussi basée sur une approche littérale de la disposition. Cependant, la bonne foi doit être comprise comme un principe général de droit sur lequel la Convention repose³⁰⁵. Ainsi, par

³⁰¹ *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, Vienne, art. 7(1)

³⁰² D. M. GODERRE, *op. cit.*, note 293, p. 265; Edward Allan FARNSWORTH, «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles relevant International Conventions and National Law», (1994) 3 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 47 4;

³⁰³ D. M. GODERRE, *op. cit.*, note 293, p. 265

³⁰⁴ M. J. BONELL, *op. cit.*, note 296, p. 167

³⁰⁵ *Id.*, p. 167; D. M. GODERRE, *op. cit.*, note 293, p. 265; P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 113-114

l'intermédiaire du deuxième paragraphe de l'article 7, il est possible d'inclure la bonne foi dans les négociations comme tombant sous le champ de la Convention.

2) « Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. »³⁰⁶

En effet, cet article révèle que même si aucune disposition n'aborde spécifiquement le sujet demandé, il est possible de le traiter en faisant référence aux principes généraux de la Convention, tel celui de la bonne foi prévu à 7(1). La formulation générale de cette disposition demandant l'observation de la bonne foi dans le commerce international englobe autant la période d'exécution que de formation des contrats. Cette interprétation n'est cependant pas majoritaire. Le rejet par certains délégués des propositions cherchant à inclure un principe général de bonne foi ou un traitement particulier de la période des négociations ainsi que les nombreux conflits rattachés à l'adoption d'une telle disposition, porte à croire que la question était trop épineuse pour entrer dans le champ d'application de la Convention³⁰⁷. Pourtant, deux décisions dont une provenant d'une cour australienne semblent pencher en faveur de l'interprétation du professeur Bonell. Dans la décision Renard Construction (ME) Ltd. v. Minister for Public Works³⁰⁸, le juge australien avait, dans sa discussion, abordé le fait que l'article 7(1) de la Convention aurait pour conséquence de faire reconnaître en Australie et en Angleterre un principe général de bonne foi dans les contrats. Ce commentaire montre ainsi que, pour la Cour, la bonne foi dans la Convention de Vienne n'est pas qu'un simple critère d'interprétation, mais plutôt un principe général qui la sous-tend. Dans une autre affaire, mais celle-ci provenant d'un

³⁰⁶ Convention sur la vente internationale de marchandises, précitée, note 301, art. 2

³⁰⁷ M. J. BONELL, op. cit., note 296, p. 167; P. BRASSEUR et autres, op. cit., note 21, p.

tribunal français, la Convention a aussi été utilisée afin de traiter une question de non-respect de la bonne foi dans un contrat³⁰⁹. La Cour a vu, dans le comportement de l'une des parties une violation de l'article 7(1). Cette analyse indique, une fois de plus, que la bonne foi, telle qu'abordée dans la Convention, soit comprise comme étant un principe général qui doit être appliqué dans les contrats. Il n'est pas surprenant que le juge français en soit venu à cette conclusion, puisque le concept de la bonne foi au niveau contractuel est bien ancré dans le droit du pays. Cependant, la décision australienne est plus surprenante. Elle indique peut-être un changement des mentalités des pays de *common law*.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation de Bonell est pertinente puisqu'elle permettrait d'inclure le concept de bonne foi à tout moment dans le commerce international ce qui semble être la direction adoptée par les outils subséquents à la Convention³¹⁰. Autant les Principes d'Unidroit, que ceux du droit européen, imposent une obligation de bonne foi dans l'exécution, mais aussi au niveau de la formation des contrats. Leur arrivée représente une certaine acceptation ou une évolution du concept de la bonne foi au sein de la communauté internationale. De plus, le fait pour ses auteurs de ne pas avoir défini si l'article 7(1) est un principe général de la Convention est peut-être un indice exprimant le désir de ceux-ci de laisser place à l'évolution de l'instrument. Il faut ajouter que cette interprétation permettrait aussi d'utiliser les Principes d'UNIDROIT afin de compléter la Convention. En effet, nous avons vu que les Principes peuvent servir de guide afin d'éclaircir certains éléments absents ou flous de d'autres instruments internationaux. La CVIM n'est pas une exception si le sujet en question tombe dans son champ d'application³¹¹. Ainsi, en considérant que la bonne foi est un principe général de la Convention, les articles 2.1.15 et 2.1.16 des

³⁰⁸ Renard Construction (ME) Ltd. v. Minister for Public Works, (1992) 26 N.S.W.L.R. 234

³⁰⁹ Grenoble, 22 février 1995, D. 1995.7

³¹⁰ D. M. GODERRE, *op. cit.*, note 293, p. 266

³¹¹ M. J. BONELL, *op. cit.*, note 295, p. 36; Alejandro Miguel GARRO, «The gap-filling role of the Unidroit principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG», (1995):69 *Tu L. R.* 1149 1155-1156

Principes seraient alors une référence afin de compléter les questions de responsabilité précontractuelle tombant sous l'article 7(2)³¹². Bien évidemment ceci est possible si aucune autre source de droit n'a été choisie par les parties et que l'application des Principes n'entre pas en conflit avec leur intention et les usages commerciaux pertinents³¹³. Cette hypothèse serait favorable puisqu'elle donnerait une interprétation plus uniforme de la bonne foi dans les négociations par l'utilisation d'un instrument qui en a déterminé les balises. Tous ces éléments semblent entrevoir une interprétation plus souple de la Convention cherchant ainsi à inclure la bonne foi comme principe général régissant la formation des contrats. En effet, autant les règles de droit international privé que le contenu des conventions doivent être appliqués de façon large afin de promouvoir une plus grande uniformité.

Une bonne lecture de la Convention de Vienne nous permet aussi de voir que malgré le fait qu'il n'y ait aucune disposition particulière sur la conduite lors des négociations, la bonne foi transparaît de certains articles du texte. De plus, le principe de confiance légitime qui sous-entend toute la base de la responsabilité précontractuelle est connu de la Convention. La disposition 16 2) b) prévoit une exception au principe de révocabilité de l'offre lorsque le destinataire peut raisonnablement considérer que l'offre est irrévocable.

Article 16 :

1) « Jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation.

2) Cependant, une offre ne peut être révoquée:

a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, ou autrement, qu'elle est irrévocable; ou

³¹² M. J. BONELL, *op. cit.*, note 295, p. 37

³¹³ D. M. GODERRE, *op. cit.*, note 293, p. 1156

b) s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence. »³¹⁴

Ainsi, il faut comprendre que la croyance légitime et raisonnable par le destinataire que l'offre était irrévocable, permet alors à celui-ci de recouvrir une compensation, si un préjudice lui a été causé, pour le refus de l'offrant de conclure³¹⁵. Afin de concrétiser cette croyance, le destinataire doit avoir posé des gestes positifs, tel l'engagement de frais, le fait de cesser les pourparlers avec des concurrents, voir même parler à des sous-traitants ou des fournisseurs du projet. Cette exception sera donc évaluée à l'aide d'un critère objectif ayant pour but de démontrer si oui ou non cette croyance est raisonnable. Nous pouvons facilement reconnaître ici la théorie des attentes légitimes utilisée dans les pays de droit civil afin de déterminer la responsabilité précontractuelle d'une partie. Tout comme la révocabilité de l'offre, le retrait des négociations est le principe en droit commercial, cependant, c'est la bonne foi qui vient tempérer cette liberté³¹⁶. L'article 16 2)b) est en fait une des expressions de la bonne foi dans les négociations, principe énoncé à l'article 7(1) de cette même Convention. Ceci ajoute donc à l'hypothèse voulant que la bonne foi est un des principes généraux qui a inspiré cet outil et que ce comportement doit aussi s'appliquer dans la phase des pourparlers puisqu'il n'existe pas à l'article 16(2)b) de contrat à proprement parler. L'argument des délégués voulant que la bonne foi soit subjective et trop difficile à évaluer pour les décideurs nationaux, est un peu superficiel puisqu'il est repris pour les questions d'irrévocabilité de l'offre dans la Convention. Nous voyons donc difficilement pourquoi ceci varierait dans d'autres questions entourant les négociations.

Malgré cela, aujourd'hui encore, la signification de l'article 7(1) voulant introduire dans le champ d'application de la Convention la bonne foi dans les négociations, est flou et il

³¹⁴ Convention sur la vente internationale de marchandises, précitée, note 301, art. 16

³¹⁵ P. BRASSEUR et autres, op. cit., note 21, p. 117

³¹⁶ I.d., p. 119

n'existe pas suffisamment de jurisprudence afin de tirer des conclusions définitives³¹⁷. Plusieurs auteurs argumentent que même si la bonne foi était considérée comme un principe général régissant la Convention de Vienne, il n'existe aucun remède spécifique afin de réparer un manquement à ce devoir³¹⁸. L'article 74 de la Convention sur les dommages et intérêts ne pourrait être applicable dans les cas de responsabilité précontractuelle, puisque son libellé se limite au préjudice causé par une contravention au contrat³¹⁹.

Article 74 : « Les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat. »³²⁰

De plus, autant dans les Principes d'Unidroit que dans ceux du droit européen, la compensation que peut recevoir la partie ayant subi un préjudice se limite au dommage négatif c'est-à-dire aux dépenses qu'elle a effectuées en vue de la conclusion du contrat. Or, l'article 74 qui permet le recouvrement complet des dommages ne semble pas approprié à cette protection limitée³²¹. Pourtant, tous ne sont pas d'accord avec cette idée et voit une analogie possible avec l'article 74 afin de trouver un remède à la responsabilité précontractuelle dans la Convention. C'est le professeur Bonell qui en est l'instigateur. Si le

³¹⁷ *I.d.*, p. 266

³¹⁸ Cecila CARRARA et Joachim KUCKENBURG, «Remarks on the manner in wich the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Article 17 of CISG», 2003, en ligne: Pace Law School Institute of International Commercial Law, <www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp17.html>, p.4

³¹⁹ *I.d.*, p.4

³²⁰ Convention sur la vente internationale de marchandises, précitée, note 301, art. 74

but de l'indemnisation dans le domaine des négociations est de remettre la partie innocente dans la position qui aurait été la sienne si l'autre partie n'avait pas enfreint son devoir de bonne foi, un parallèle est donc possible avec l'article 74 qui lui cherche à replacer la victime dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté correctement³²². Ainsi, la conclusion du contrat indiquant un fait charnière de l'indemnisation deviendrait, à l'occasion d'un manquement précontractuel, le moment où les conditions génératrices de confiance légitime seraient réunies³²³. Cette vision veut aussi dire que non seulement la victime pourra recevoir compensation pour les frais engagés, mais aussi laisse la porte ouverte à un montant pour la perte de chance manquée. Cependant cette idée ne fait pas l'unanimité et il est donc important, après avoir vu comment s'applique la responsabilité précontractuelle de façon concrète autant dans les pays de droit civil, de *common law* que dans les instruments internationaux, d'analyser quels types de dommages la partie lésée est en droit de réclamer.

Titre II : L'indemnisation précontractuelle

Avant de terminer ce survol sur la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle, il reste deux caractéristiques essentielles à analyser. Comme nous le savons, la responsabilité extracontractuelle nécessite la présence de trois éléments afin qu'il y ait dédommagement. Il s'agit de la faute, du dommage et du lien de causalité. Précédemment, nous avons longuement examiné la faute et son application, mais aussi les difficultés qu'elle apporte au niveau de la formation des contrats. Regardons maintenant ce qu'il en ait pour le dommage et le lien de causalité.

³²¹ *I.d.*, p. 4

³²² M. J. BONELL, *op. cit.*, note 296, p. 160

³²³ P. BRASSEUR, *op. cit.*, note 21, p. 120-121

Chapitre I : Les caractéristiques du dommage précontractuel

Le dommage est le préjudice causé à autrui. Selon le Code civil du Québec, il peut être d'ordre moral, corporel et ou matériel³²⁴. Bien évidemment, pour entraîner la responsabilité de quelqu'un, cet élément est vital, car à elle seule, la faute ne peut l'engager. Ainsi, même si une personne agit de manière répréhensible, qu'elle est déraisonnable ou même commet une erreur grossière, si elle ne cause aucun dommage, sa responsabilité ne peut être retenue³²⁵. Le rôle de la responsabilité extracontractuelle est de réparer intégralement le préjudice causé à autrui, et ce, sans égard à l'intensité de la faute³²⁶. Le préjudice pourra alors être réparé soit par équivalent avec l'octroi de dommages et intérêt, soit en nature. Toutefois, ce dernier mode de réparation pose problème en matière de négociations. Nous savons que le principe au soutien de la formation des contrats est la liberté. Les parties peuvent choisir ou non de conclure la convention ou de se retirer des pourparlers et ce, dans la limite permise par la bonne foi. Or, la réparation en nature dans un contexte précontractuel serait d'obliger la signature de la convention ce qui va clairement à l'encontre du principe général de liberté³²⁷. En effet, en obligeant la conclusion du contrat, le juge substituerait alors sa volonté à celle des parties³²⁸. Comme l'explique Lluellas et Moore (dans leur ouvrage sur les obligations)³²⁹, forcer le contrat n'est plus du domaine de l'échange des consentements, mais plutôt de celui de sanctionner la partie fautive en imposant le convention. De plus, il est clair que l'échec des négociations signifie que les

³²⁴ C.c.Q., article, 1457

³²⁵ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 321

³²⁶ *I.d.*, p. 321

³²⁷ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 268

³²⁸ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Montréal, les Éditions Thémis, 2001, p. 114

parties ne sont plus disposées à discuter ensemble³³⁰. Bien souvent le contrat a déjà été formé avec un concurrent. Il devient alors difficile d'imposer une convention et donc de réparer le préjudice causé en nature. Cependant, certains auteurs, dont Pierre Mousseron, croient qu'une ouverture est possible quant à ce mode d'indemnisation dans certains cas particuliers³³¹. Au moment des négociations, lorsque les parties se sont entendues sur les termes essentiels du contrat, il est envisageable de réparer le dommage en réputant l'accord comme étant conclu³³². Il faudra alors prouver l'état de l'avancement des pourparlers et les éléments qui ont été décidés. De la même façon, les parties ayant signé un accord de principe peuvent se voir obligées de rouvrir les pourparlers, mais non d'aboutir à une convention³³³. Ceci suggère la présence d'un accord préliminaire, qui relève directement du domaine contractuel, et non de la responsabilité précontractuelle extracontractuelle. Le mode qui sera alors privilégié et qui est le plus approprié au domaine de formation des contrats, est la réparation par équivalent avec la détermination de dommages et intérêts.

Il faut savoir que tout type de dommage ne peut faire l'objet d'une compensation. En effet, certaines caractéristiques doivent être respectées. Dans un premier temps, le dommage doit être direct. On entend par cette expression le fait que le préjudice soit directement relié à la faute. C'est en quelque sorte affirmer le lien de causalité³³⁴. Cette règle est de nature jurisprudentielle, mais elle est aujourd'hui codifiée à l'article 1607 C.c.Q.. Bien qu'elle puisse sembler claire et facile à appliquer, cette règle pose pourtant problème dans des cas bien précis. Il arrive que dans certaines situations d'autres personnes, formant bien souvent partie de l'entourage de la partie principalement touchée, ressentent aussi un préjudice. Elles sont appelées victimes par ricochet. Soulignons l'exemple d'une tierce compagnie

³²⁹ D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p. 147

³³⁰ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 123, p. 3; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p. 147

³³¹ P. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 268

³³² *Id.*, p. 269

³³³ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 16, p. 488

qui comptait sur la conclusion du contrat entre les principaux intéressés afin d'obtenir un travail particulier. Dans ces cas, peut-on considérer le dommage comme étant assez direct et ainsi permettre une indemnisation aux victimes par ricochet? Le lien causal est-il assez important? La jurisprudence s'est prononcée en faveur de la compensation³³⁵, mais il est important de bien comprendre le contexte. En effet, il a été jugé contraire aux principes généraux de la responsabilité délictuelle de n'indemniser que la victime immédiate, mais il ne s'agit pas non plus d'étendre cette compensation à toute personne qui de près ou de loin aurait pu en ressentir les effets de la faute³³⁶. Ainsi, nous pouvons comprendre, qu'une promiscuité doit exister entre la personne principalement touchée, la tierce partie et bien sûr l'auteur de la faute. De cette manière, la compagnie qui dépendait d'un contrat entre deux autres personnes, qui avait des croyances raisonnables qu'un tel accord serait conclu et qui a subi un préjudice, peut être indemnisée par l'auteur de la rupture des négociations. Les cas de dommages par ricochet sont donc une question de fait qui laisse place à une grande discrétion de la part du juge³³⁷.

La deuxième caractéristique du dommage est son caractère certain ou prévisible³³⁸. Il faut se demander si le préjudice s'est réalisé ou s'il se produira. Le but de cette règle est d'éviter l'enrichissement sans cause d'un individu. En matière précontractuelle, les frais engagés pour l'éventuelle conclusion du contrat, comme les voyages ou les études de marché sont des dommages certains³³⁹. Ils sont déterminables puisque déjà encourus. Parallèlement au dommage matériel, il existe aussi celui d'ordre moral. Nous pouvons penser à quelqu'un qui lors des négociations porte atteinte à la réputation de l'une des parties. Celui-ci fera

³³⁴ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 325-326

³³⁵ *Id.*, p. 326-327-328, Congrégation des petits frères de Marie c. Régent Taxi and transport co. Ltd., [1929] R.C.S. 650

³³⁶ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 328-329

³³⁷ S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 6, p. 74

³³⁸ *Id.*, p. 74

³³⁹ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, «La période précontractuelle en droit français», (1990) *R.I.D.C.* 545, 548

bien souvent l'objet d'une compensation³⁴⁰. Cependant, dans les cas de gain manqué où le préjudice ne se fait pas ressentir comme une perte négative directement liée au patrimoine de la partie lésée, la certitude du dommage est plus difficilement déterminable. Bien longtemps cette perte n'a pas été acceptée par la doctrine et la jurisprudence, mais de plus en plus, elle est indemnisée.

Dans un troisième temps, le dommage doit être légitime³⁴¹. Ainsi, ne peut être compensé, un dommage découlant d'une activité illégale. Il pourrait s'agir par exemple, d'une rupture abusive des négociations dans l'élaboration d'un contrat de vente de drogue. Bien évidemment, la partie lésée ne pourra réclamer une indemnisation pour le préjudice subi.

Finalement le dommage ne doit pas avoir déjà été réparé³⁴². Cette dernière caractéristique semble bien anodine, mais a été élaborée pour contrer une situation spécifique. Dans la formation des contrats, nombreuses entreprises couvrent déjà, dans leurs frais professionnels, les différents aléas liés à la négociation des contrats³⁴³. Certains tribunaux refusent d'indemniser les frais encourus invoquant le motif des risques normaux liés à la concurrence du marché ou des conséquences d'une décision commerciale prise en connaissance de cause³⁴⁴. Cependant, tous ne partagent pas cette idée³⁴⁵. En effet, dans le plan d'une société et ce, afin de couvrir les frais possibles en relation avec des risques commerciaux, il est difficile de prévoir la mauvaise foi de l'autre partie³⁴⁶. Il s'agit d'un non-sens, puisque le principe de base dans la formation des contrats est la bonne foi. Le contraire serait d'anticiper plus que ce que la loi demande. Bien évidemment, dans les cas

³⁴⁰ *I.d.*, p. 549

³⁴¹ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 359

³⁴² J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, note 339, p. 549-550

³⁴³ *I.d.*, p. 550

³⁴⁴ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 61

³⁴⁵ J.M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 129, p. 264

³⁴⁶ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 16, p. 489

où les négociations se sont déroulées dans le respect de l'éthique précontractuelle et que la rupture n'est reliée à aucune mauvaise foi de la part d'une des parties, il est normal que les frais encourus soit supportés par l'entreprise. De toute façon nous ne pourrions pas parler de responsabilité précontractuelle, puisqu'il n'existerait pas, comme tel, de faute.

Chapitre II : Les types de dommages

En dehors de ces caractéristiques générales, la jurisprudence et la doctrine se sont penchées sur les différents chefs de réclamation dans le contexte de formation des contrats. Les civilistes cherchent, en matière extracontractuelle, une réparation intégrale du préjudice et il en sera donc de même pour la responsabilité précontractuelle³⁴⁷. Le but de l'indemnisation est de replacer la victime dans l'état où elle aurait été si l'autre partie n'avait pas fait preuve de mauvaise foi dans les négociations.

³⁴⁷ G. GUILLEMARD, op. cit., note 72, p. 75

A. Les pertes subies

Les pertes subies lors d'une rupture des pourparlers consistent en fait en ce que la société a perdu suite au manquement de l'autre partie négociante. Il peut s'agir d'un préjudice d'ordre financier, mais aussi d'ordre moral ou temporel.

L'exemple le plus usuel est bien sûr celui des frais engagés. Ceux-ci peuvent être regroupés en deux catégories : les frais liés la conclusion du contrat et les frais engagés suite à la rupture des pourparlers³⁴⁸. Les dépenses faites lors de l'élaboration du projet sont bien souvent des frais de voyages, d'études ou des coûts reliés aux services spécialisés d'un tiers³⁴⁹. Bref, ces débours peuvent être multiples, ils dépendent de chaque situation particulière et des exigences demandées afin d'obtenir le contrat. Dans une décision de la Cour Supérieure, Comeau c. Société immobilière Trans-Québec³⁵⁰, des dommages et intérêts ont été octroyés pour des frais encourus lors des négociations. Comeau, un homme d'affaire souhaitant ouvrir un commerce de restauration minute, contacte M. Roy, administrateur d'un centre d'achat, détenu par la société immobilière Trans-Québec. Celui-ci l'informe de la possibilité d'un tel projet et lui dit qu'une esquisse est nécessaire pour étudier la situation plus en profondeur. Comeau engage alors des frais avec une société spécialisée afin de créer l'esquisse demandée. Après plusieurs rencontres, les parties discutent du prix du loyer, des montants additionnels ainsi que de la durée du bail. Quelques jours plus tard, Comeau apprend qu'un autre restaurateur, exploitant déjà dans le

³⁴⁸ Olivier DESHAYES, «Le dommage précontractuel», (2004) 2 *R.T.D. com.* 187 189

³⁴⁹ *I.d.*, p.189; J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 339, p. 548; Pierre JR. LEGRAND, «Pre-contractual Relations in Quebec Laws towards a theoretical framework» dans *Congrès international de droit comparé, Montréal: Université McGill*, 1990, p. 23

³⁵⁰ Gaston Comeau c. Société immobilière Trans-Québec, J.E. 97-112 (C.S.)

centre commercial, possède un droit de premier regard sur l'espace convoité et que celui-ci désire s'en prévaloir. Les pourparlers échouent donc et Comeau reproche à Roy de ne pas l'avoir informé de cette clause. Dans cette décision, le juge, vu l'avancement des négociations et le manque d'informations sur la situation, a décidé d'accorder des dommages pour les frais engagés par M. Comeau. Cependant, les esquisses préparées ne peuvent être remboursées, puisque le Tribunal est convaincu que même si M. Comeau avait eu connaissance de la clause de premier regard, il aurait quand même poursuivi ses démarches. De plus, les dépenses postérieures à l'annonce de la nouvelle ne peuvent pas non plus être considérées puisqu'il était de la responsabilité de Comeau de minimiser ses dommages. Ainsi, il est possible de constater que, de cette façon, le tribunal cherche à indemniser pour les dépenses directement reliées à la faute d'une des parties et non à couvrir tous les frais engagés. L'élément de causalité est donc très important et le but recherché est réellement de replacer la partie lésée dans l'état où elle aurait été si aucune faute n'avait été commise³⁵¹. Cette décision nous apprend que l'avancement des pourparlers est important, mais aussi qu'il faut savoir repérer les différents moments où l'indemnisation est possible. Dans un même ordre d'idées, Mme Wanwijck-Alexandre base le dédommagement des frais lors des négociations sur le critère de la confiance trompée³⁵². Pour elle, c'est ce moment qui constitue le point de départ de l'indemnisation, puisque c'est là où apparaît la faute. Il revient donc au tribunal d'évaluer cet instant où la confiance a été trompée, ce qu'a fait la Cour supérieure dans Comeau, sans toutefois l'énoncer clairement. Il faut aussi savoir différencier les frais reliés à l'amorce des négociations qui font bien souvent partie des risques normaux d'une entreprise, de ceux qui n'auraient pas été dépensés si aucune faute n'avait été commise. Dans l'affaire Comeau, le Tribunal explique bien que les esquisses qui ont été faites étaient le tremplin ayant permis à Comeau d'entrer

³⁵¹ O. DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p.190

³⁵² Michelle WANWIJCK-ALEXANDRE, «La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats» dans *Annales de la faculté de droit, d'économie et de science de Liège*, Liège, 1980 p. 24-25-26; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 4

réellement en négociation. Il s'agit donc des aléas auxquels une entreprise peut s'attendre lorsqu'elle entre en commerce.

Les tribunaux français, afin de tenter de régler cette question de frais, ont créé la notion de projet commun. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris, où une entreprise et un particulier étaient entrés en négociation afin de créer une société commune, les frais ayant été engagés pour la constitution de ce projet ont été divisés en deux parties égales suite à l'échec des pourparlers³⁵³. La Cour en a décidé ainsi, car en plus de n'avoir prévu aucune modalité particulière quant à la répartition des dépenses, les deux parties avaient un projet commun, la fondation d'une société, et que, par conséquent, cette idée conjointe demandait un partage égalitaire des frais³⁵⁴. Cette situation semble s'appliquer dans les cas où aucune faute ne peut être attribuée à une partie pour la rupture des pourparlers. De cette façon, le partage égal des dépenses engagées ne pourra pas s'appliquer lorsqu'il est possible de déterminer un véritable responsable³⁵⁵.

Les frais post-rupture sont, quant à eux, des dépenses effectuées afin de corriger la situation suite à l'échec des négociations. Ceux-ci sont bien souvent d'ordre financier, comme l'emprunt d'argent ou l'obligation de recourir aux services plus coûteux d'un tiers et sont généralement acceptés par la jurisprudence³⁵⁶. Dans une décision de la Cour d'appel de Lyon, le tribunal s'est penché sur cette question³⁵⁷. Une société civile immobilière du nom de SCI Stuart, avait pour projet d'édifier et de commercialiser un ensemble immobilier sur un terrain de la région de Lyon. Afin d'obtenir du financement en vue de concrétiser son idée, SCI Stuart s'adressa à la Compagnie financière de l'Arche. Après plusieurs mois

³⁵³ Paris, 24 septembre 1991, Bull. Joly, 1992.516, note J.-F. Barbieri

³⁵⁴ Jacques MESTRE, «Des négociations parallèles au projet commun», (1992) 4 *R.T.D.* 752, 754-755

³⁵⁵ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 159

³⁵⁶ *Industries Dettson inc. c. Courchesne*, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.)

³⁵⁷ Lyon, 4 mars 1994, juris-data no 043277

de négociations, la compagnie financière de l'Arche proposa un investissement de 19 390 000 francs pour l'acquisition de 21 appartements avec garage. Elle avait de plus, dans sa lettre, énoncé les modalités de ce financement. SCI Stuart avait alors saisi son notaire pour concrétiser l'accord. Cependant, la compagnie financière de l'Arche annula ce premier rendez-vous et tenta de reprendre les pourparlers afin de faire diminuer de moitié la valeur de son investissement, ce que la compagnie Stuart refusa. SCI Stuart fit convoquer la compagnie financière afin de régulariser devant notaire l'acte qui avait été prévu au départ. Ne s'étant pas présentée, le notaire constata le défaut de la compagnie financière de l'Arche, au procès verbal. SCI Stuart saisit alors le tribunal afin d'obtenir des dommages et intérêts suite au préjudice encouru par la fin brutale des négociations. La Cour d'Appel a jugé que la rupture était effectivement abusive et que SCI Stuart devait être indemnisé pour les effets négatifs ressentis. En effet, le retrait brusque du financement de la compagnie de l'Arche avait empêché SCI Stuart d'intéresser un autre investisseur. Par conséquent, le déficit de la trésorerie, qui avait entraîné la nécessité d'effectuer un emprunt complémentaire au taux de 12,5 % l'an, est directement lié à la faute de la compagnie financière. La Cour a alors accordé à SCI Stuart des dommages et intérêts au montant de ces dépenses engagées suite au retrait brutal de la compagnie financière. Nous pouvons donc conclure de cette jurisprudence que les frais post-rupture font aussi partie de ce qui peut être indemnisé à la partie lésée si l'élément de causalité faute-préjudice est présent.

En dehors des dommages d'ordre monétaire dans la catégorie des pertes subies, il existe ceux reliés à la perte de temps engendrée à cause des négociations. Cette situation se présente souvent lorsqu'une partie maintient les pourparlers alors qu'elle n'a pas l'intention de conclure ou lorsqu'elle n'a pas le pouvoir de le faire³⁵⁸. Comme nous l'avons vu, ces cas particuliers sont autant sanctionnés par le droit civil que par la *common law*. La perte de temps causée par la rupture des pourparlers inclue aussi la période passée avec un tiers afin

³⁵⁸ B. LEFEBVRE, op. cit., note 123, p. 4; B. LEFEBVRE, op. cit., note 13, p. 159

de trouver un arrangement alternatif à celui que la partie lésée vient de perdre³⁵⁹. Plus difficilement monnayable, c'est au juge que reviendra la tâche d'estimer un montant approprié représentant cette perte de temps. Dans la décision Comeau c. Société immobilière Trans-Québec³⁶⁰, dont les faits ont été relatés un peu plus tôt, le juge a compensé ce type de préjudice en accordant au demandeur une somme de 1000\$. Malgré le fait que la théorie entourant cet octroi de dommages n'est pas clairement justifiée, nous sommes portés à croire que, tout comme pour les frais engagés, le point de départ de la perte de temps est le moment où la confiance a été trompée³⁶¹.

Finalement, le dernier chef de réclamation dans la catégorie des pertes subies est celui de l'atteinte à la réputation commerciale. Ce concept englobe toute diffamation verbale ou écrite, publique ou privée³⁶². À titre d'exemple, pensons à une rupture qui, de par la nature du domaine comme celui des nouvelles technologies, a entraîné une mauvaise publicité pour la partie lésée. En effet, les tiers pourraient être portés à croire que l'échec des négociations est dû à une qualité douteuse du produit, ce qui n'est jamais souhaitable pour une entreprise. Des propos injurieux tenus à l'occasion de la terminaison brusque des pourparlers peuvent aussi être à la base d'une indemnisation pour atteinte à la réputation. Il faut aussi savoir que ce comportement peut être sanctionné en autant qu'il a été commis de manière intentionnelle ou s'il résulte plutôt des circonstances³⁶³. L'effet reste le même et mérite donc d'être compensé. La Cour d'Appel de Paris a accordé dans un de ces jugements un dédommagement pour atteinte à la réputation dans des circonstances de responsabilité précontractuelle³⁶⁴. Cette affaire opposait la société Aqua Sport et ses deux fondateurs à la compagnie Gymnase Club. Gymnase Club, exploitant plusieurs piscines ouvertes dans ses

³⁵⁹ P. LEGRAND, *op. cit.*, note 349, p. 23

³⁶⁰ Comeau c. Société immobilière Trans-Québec, précitée, note 350

³⁶¹ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 158

³⁶² B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 123, p. 4

³⁶³ *I.d.*, p. 4

³⁶⁴ Paris, 17 janvier 2003, juris-data no 211449

centres de sport cherchait, afin de rationaliser ses activités, à confier la responsabilité pédagogique, la surveillance ainsi que l'organisation des activités aquatiques à Aqua Sport Développement. Afin de répondre aux exigences, Aqua Sport a engagé du personnel qualifié et les horaires de Gymnase Club ont été modifiés en prévision des nouvelles activités. L'avancement des négociations étaient donc important et Aqua Sport pouvait facilement s'attendre à une conclusion imminente du contrat. Cependant, Gymnase Club se retira des pourparlers entraînant un préjudice d'ordre monétaire, mais aussi moral. En effet, un de ses fondateurs, compte tenu de son rang au niveau sportif, a été contraint de démissionner du comité de la fédération française de natation vu la renonciation au contrat d'embauche des maîtres nageurs. Par conséquent, sa crédibilité a été brimée et il a dû déployer de nombreux efforts afin de calmer les ébats entourant la situation des maîtres nageurs. La Cour d'Appel a donc jugé qu'Aqua Sport devait être indemnisée pour ce préjudice moral, car il découlait directement de la rupture brutale des négociations. L'atteinte à la réputation peut parfois aussi chevaucher la catégorie des gains manqués puisque c'est dans un futur rapproché qu'elle se fera réellement ressentir³⁶⁵. Cette brèche dans l'honneur d'une entreprise aura tendance à rendre les contrats avec les tiers plus difficiles, car une entache entraîne un sentiment de méfiance. Dans un même ordre d'idées, la société pour qui le crédit a été atteint, à cause de la rupture des pourparlers, pourra se retrouver dans une position fâcheuse lorsqu'elle aura à traiter avec une compagnie financière pour de futures opérations commerciales. Mais, comment peut-on évaluer ces gains manqués? Sont-ils toujours indemnisables?

B. Les gains manqués

Le gain manqué est le résultat d'une hypothèse dans laquelle on estime la perte de chance de la partie lésée en la replaçant dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas

³⁶⁵ O. DESHAYES, op. cit., note 348, p. 189

entrepris les pourparlers manqués ou en compensant ce qu'elle a perdu du contrat non-conclu³⁶⁶. Ce type de dommage peut se présenter de deux façons : premièrement la perte des bénéfices qu'aurait procurée le contrat et deuxièmement, la perte de chance de conclure des contrats similaires avec les tiers³⁶⁷. Les deux sont réparables, mais posent problème quant à la certitude du dommage, puisqu'ils constituent une probabilité, une perte de chance³⁶⁸. L'article 1611 C.c.Q.³⁶⁹ codifie la compensation pour la perte de chance et relate le besoin de certitude pour un préjudice futur. Il est donc important de démontrer la causalité et l'avancement des pourparlers puisque tous deux aident à encadrer la perspective du gain espéré³⁷⁰. Ainsi, une indemnité forfaitaire sera offerte en fonction de l'intensité de l'espoir, mais aussi de la probabilité de réalisation de l'aléa³⁷¹.

La perte de profits escomptés consiste en ce que la partie lésée aurait pu raisonnablement espérer de la réalisation du contrat. Traditionnellement ce chef de dommage n'est pas toujours indemnisé, puisqu'on estime qu'en l'octroyant, on vient créer une brèche dans le principe de base de liberté dans les négociations³⁷². En effet, ce serait un peu comme accorder les gains d'un contrat qui n'avait aucune obligation d'être conclu³⁷³. Cependant, en France, une révision de cette position émerge avec la théorie de la perte de chance³⁷⁴. Même si la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur la réparation des profits

³⁶⁶ P. BRASSEUR et autres, *op. cit.*, note 21, p. 36

³⁶⁷ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, note 339, p. 549

³⁶⁸ *I.d.*, p. 549

³⁶⁹ C.c.Q., art. 1611.

³⁷⁰ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, note 339, p. 549

³⁷¹ P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 16, p. 490

³⁷² B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 123, p. 5; F. LABARTHE, *op. cit.*, note 15, p. 132-133; O. DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 192; M. WANWIJCK-ALEXANDRE, *op. cit.*, note 352, p. 32

³⁷³ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 63; O. DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 192; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 123, p. 4

³⁷⁴ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 123, p. 4; DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 190

escomptés dans un contexte précontractuel, elle semble toutefois favorable à l'idée³⁷⁵. Ce sont les différentes Cour d'appel qui ont utilisé la perte de chance lors d'une rupture des négociations³⁷⁶. Dans une décision de la C.A. de Lyon, le tribunal a octroyé une somme de 150 000 francs pour la perte de chance d'emporter le marché³⁷⁷. Il s'agissait en fait d'un appel d'offre formulé par une compagnie afin d'obtenir des services d'entretien et de sécurité. Après de longues négociations qui ont entraîné de nombreux frais d'études, l'offrant, tout en continuant de laisser croire que la partie obtiendrait le contrat d'entretien, a finalement engagé un ingénieur de maintenance. La Cour reproche la brutalité de la rupture des négociations, mais aussi le manque à l'obligation de loyauté. Ainsi, compte tenu que les études effectuées dépassaient ce qui était nécessaire aux négociations, elle accorda un montant pour la perte des profits escomptés. Dans une décision de la C.A. de Paris, le tribunal a aussi accordé des dommages pour les gains manqués³⁷⁸. Il s'agissait de pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat de mandat d'agent commercial pour lequel une ébauche avait été rédigée. Cependant, la veille du jour de la signature, le mandant se retira des négociations. Vu la faute de celui-ci quant à la rupture brutale des pourparlers et de l'existence d'un projet de contrat entre les parties, la Cour d'appel décida d'indemniser le mandataire pour la perte de chance de conclure un contrat d'agent commercial. Au Québec, dans la décision Dettson c. Courchesne³⁷⁹, la Cour supérieure a indemnisé le demandeur pour une perte de profits futurs évaluée à 2.1 millions de dollars.

Nous voyons que l'indemnisation pour les profits escomptés ne pourra jamais égaler tout le gain projeté³⁸⁰. Un montant sera octroyé à titre compensatoire puisque la conclusion d'un contrat ne peut jamais être tout à fait certaine. C'est en fait la chance qui sera indemnisée et

³⁷⁵ DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 191

³⁷⁶ Rennes, 27 mars 2002, juris-data no 206838; Lyon, 6 juin 2002, juris-data no 184338

³⁷⁷ Lyon, 29 septembre 2000, juris-data no 132246

³⁷⁸ Paris, 24 janvier 2003, juris-data no 206349

³⁷⁹ Dettson c. Courchesne, *op. cit.*, note 356

³⁸⁰ O. DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 191

non le gain espéré comme tel³⁸¹. Par l'intermédiaire de cette théorie, l'on tente de compenser l'empêchement d'agir par la rupture des négociations dans la réalisation d'un objectif, la conclusion du contrat³⁸². De cette manière, c'est l'espoir déchu qui est monnayé et non l'avantage futur. Bien évidemment, l'avancement des pourparlers permettra d'évaluer si l'espoir de réussite est raisonnable ou non³⁸³. Comme il semble transparaître des exemples français précédents, plus les négociations sont avancées, plus les gestes posés de la part de chacune des parties sont nombreux, plus l'espoir de conclure le contrat est probable et donc plus l'indemnisation pour la perte de chance en cas de rupture est attribuée. Afin de déterminer la somme octroyée, les tribunaux feront l'utilisation d'un calcul de perte de chance ou par un coefficient de minoration au gain net manqué³⁸⁴. Le critère fondamental à la base de ce celui-ci est l'espoir raisonnable de réussite³⁸⁵. En effet, le gain qu'aurait procuré la conclusion du contrat est affecté d'un coefficient de minoration basé sur la probabilité de succès³⁸⁶. C'est cet espoir qui détermine la fraction à indemniser. La conclusion de la convention n'étant jamais certaine, le fait de compenser pour la chance seulement permet de satisfaire au critère voulant que le dommage soit certain³⁸⁷. Cependant, il ne faut pas croire qu'il s'agisse d'une réparation partielle³⁸⁸. En effet, nous savons que la responsabilité extracontractuelle veut une indemnisation totale du préjudice. Or, il faut comprendre que ce calcul favorise une réparation intégrale de la perte de chance, car comme nous l'avons fait remarquer, donner un montant correspondant à la totalité des

³⁸¹ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 123, p. 5

³⁸² Suzanne NOOTENS, «La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommages distinct?», (1990) *R. du B.* 50, p. 611

³⁸³ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 63; S. NOOTENS, *op. cit.*, note 382, p. 612

³⁸⁴ O. DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 191

³⁸⁵ S. NOOTENS, *op. cit.*, note 382, p. 612; Jacques MESTRE, «La non-conclusion d'un contrat peut-elle constituer un préjudice réparable?», (1988) no 1 *R.T.D.* 97, p. 108

³⁸⁶ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 64; S. NOOTENS, *op. cit.*, note 382, p. 612

³⁸⁷ J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. cit.*, note 152, p. 65

³⁸⁸ S. NOOTENS, *op. cit.*, note 382, p. 612

profits escomptés serait une entrave au principe de la liberté de conclure un contrat ou non. En droit québécois, cette théorie est bien connue et a été appliquée par la Cour Suprême dans Laferrière c. Lawson³⁸⁹, mais dans un contexte qui n'est pas précontractuel.

La deuxième composante du gain manqué est la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers. Ceci se comprend par le fait que le temps perdu dans des négociations qui ont finalement échoué est autant de temps perdu pour arriver à la conclusion d'un contrat avec un autre partenaire. Ainsi, la partie lésée subit un préjudice, car lors des pourparlers qu'elle croyait être sérieux, elle a manqué des opportunités d'affaires qui auraient pu mener à un accord. Ici aussi, c'est la perte de chance de conclure le contrat qui est compensée, mais contrairement à l'autre chef de réclamation, celui-ci ne pose en général aucune difficulté d'ordre théorique³⁹⁰. Il doit être démontré que la partie lésée était en recherche active d'opportunité d'affaires et que les négociations avec son partenaire étaient sérieuses³⁹¹. Un exemple pratique illustrant bien la causalité qui doit exister afin d'obtenir ce chef de dommage est celui où l'un des partenaires engage des négociations avec aucune intention de conclure, simplement pour empêcher l'autre de traiter avec un concurrent. Dans ce cas, le lien entre faute et dommage est bien évident, mais la preuve reste peut-être le plus difficile à faire. Dans la majorité des cas, les éléments problématiques seront la réalité de la chance perdue et aussi le montant qu'elle représente³⁹². Dans l'affaire Poleval c. Laboratoire Sandoz³⁹³, la Cour d'Appel de Versailles a traité spécifiquement de la question des occasions manquées. Les faits à l'origine de la décision concernent une société Poleval qui avait mis au point un médicament pour lequel elle avait déposé un brevet. Afin de mettre en marché ce produit, elle s'adressa à la compagnie Sandoz à qui elle présenta une maquette de son procédé d'emballage. Sandoz, après avoir consulté sa société mère,

³⁸⁹ Laferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541, 561

³⁹⁰ O. DESHAYES, op. cit., note 348, p. 193; B. LEFEBVRE, op. cit., note 13, p.159

³⁹¹ Laferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541 ; B. LEFEBVRE, op. cit., note 13, p.159

³⁹² O. DESHAYES, op. cit., note 348, p.193

³⁹³ Jacques MESTRE, «note sous civ.», (21 septembre 1995) *R.T.D. civ.* 1996.145

informa Poleval de l'intérêt d'engager une collaboration entre les deux entreprises à condition de satisfaire certaines spécifications techniques et d'évaluer le coût de production. De ceci, découlèrent de nombreuses études qui aboutirent en un projet-cadre de contrat. L'intention de conclure de la société Sandoz était manifeste et Poleval avait toutes les raisons de croire que leur collaboration serait prochainement officialisée. Malgré ceci, après 3 ans de négociations, la société Sandoz rompit définitivement les négociations. La Cour d'appel jugea que Sandoz avait fait preuve de mauvaise foi dans la conduite des pourparlers. En effet, les nombreuses études qui avaient été effectuées démontraient clairement que le projet était viable tant sur le plan technique qu'au niveau des coûts de production. Pendant plusieurs années, Sandoz avait laissé croire par l'intermédiaire de lettre d'intention et un projet de contrat à la conclusion d'un accord définitif. De plus, la rupture a été faite sans motif sérieux. Comme l'explique la Cour, plus les négociations sont longues, plus la liberté entre les parties diminuent. Seule une motivation adéquate permet de rendre la rupture acceptable selon les critères de la bonne foi. Ayant été mobilisée pendant plusieurs années, la compagnie Poleval n'a pu faire profiter son brevet, car, pendant cette période d'intenses négociations, elle était empêchée de traiter avec des tiers. Ainsi, la Cour d'appel a indemnisé Poleval pour les occasions manquées en plus de lui octroyer un montant pour les chances de conclure un contrat avec un tiers qui se sont trouvées grandement diminuées par le rejet de la société Sandoz, un des plus grands laboratoires dans le domaine. Le tout, pour une somme de 4 millions de francs. L'indemnisation pour les occasions manquées est donc acceptée et sera généralement octroyée si elle remplit les conditions de causalité et de faute. Qu'en est-il des engagements que la partie lésée avait pris avec des tiers et qu'elle n'a pu honorer en raison de la rupture des négociations? Plusieurs auteurs sont d'avis qu'une telle indemnisation n'est pas possible, car il était de la responsabilité de celle-ci de rendre son contrat avec le tiers conditionnel, sachant que le principe de base des négociations est la liberté de pouvoir s'en retirer³⁹⁴. Cependant, certains auteurs suggèrent qu'une compensation pourrait être permise selon le stade

d'avancement des pourparlers³⁹⁵. Plus les parties se rapprochent de la conclusion du contrat, plus les négociations sont longues, plus la confiance augmente et ainsi plus il est raisonnable de croire que le contrat sera conclu. C'est seulement dans ces circonstances qu'une indemnité pourra être donnée pour des engagements non honorés avec des tiers. En est-il de même en droit international ?

Les Principes d'Unidroit prévoient à l'article 2.1.15 que la partie agissant de mauvaise foi lors des négociations est responsable du préjudice qu'elle cause par son action. Ainsi, il est spécifié dans les commentaires que « le créancier peut recouvrer les dépenses encourues lors des négociations et peut aussi être indemnisé pour l'occasion manquée de conclure un autre contrat avec un tiers (ce qu'on appelle parfois « reliance » ou intérêt négatif), mais ne peut généralement pas recouvrer le profit qui aurait résulté si le contrat original avait été conclu (ce que l'on appelle parfois « expectation » ou intérêt positif)»³⁹⁶. La rédaction des commentaires semble limiter grandement la possibilité d'obtenir une indemnisation pour un dommage positif. En effet, certains auteurs pensent que seul celui d'intérêt négatif pourrait être réclamé³⁹⁷. À travers les divers exemples fournis dans les commentaires, il est possible de mieux comprendre quel préjudice pourra être compensé ou non. Cependant, certaines questions planent encore.

3. « A entame de longues négociations pour un prêt bancaire auprès de la filiale de B. A la dernière minute la filiale indique qu'elle n'a pas l'autorité pour signer et que le responsable a décidé de ne pas approuver le projet d'accord. A, qui aurait pu entre-temps obtenir le prêt auprès d'une autre banque, a droit au remboursement des dépenses entraînées par les

³⁹⁴ P. LEGRAND, *op. cit.*, note 349, p. 24; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 160

³⁹⁵ B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 13, p. 160

³⁹⁶ Principes relatifs aux contrats du commerce international, précité, note 48, commentaires article 2.15

³⁹⁷ M.-J. BONELL, *op. cit.*, note 136

négociations et des profits qu'il aurait pu faire pendant le retard avant d'obtenir le prêt d'une autre banque. »³⁹⁸

Qu'arriverait-il si A faisait finalement un prêt bancaire auprès d'une banque Y à un taux plus élevé que celui qu'offrait B? Pourrait-il récupérer la différence entre les deux taux? Si oui, ceci aurait pour conséquence de donner effet à un contrat qui n'a jamais été conclu ce qui pourrait être considéré comme un dommage positif. Cependant pourrait-il s'agir d'un de ces rares cas qui permettrait une indemnisation pour un préjudice d'ordre positif?

Les Principes du droit européen des contrats, ont eux aussi, dans leurs commentaires, abordé la question des dommages réparables. Tout comme les Principes d'Unidroit, malgré une formulation différente, seul le dommage négatif semble pouvoir être compensé³⁹⁹. En effet, « les dommages et intérêts dont est tenu celui qui n'a pas agi conformément à la bonne foi incluent les dépenses engagées, le travail effectué et la perte résultant des opérations entreprises sur la foi du contrat espéré. La perte d'une chance peut parfois être aussi réparée. Mais, aucun contrat n'ayant été conclu, la victime ne peut prétendre être placée dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté (...) »⁴⁰⁰

L'exemple suivant cet énoncé illustre que la différence entre le prix qu'aurait obtenu la partie lésée si le contrat avait été conclu et celui qu'elle a obtenu auprès d'un tiers, ne peut être remboursée. Les Principes du droit européen des contrats étant similaires aux Principes d'Unidroit, nous permettent peut-être de répondre à la question concernant l'exemple 3 en répondant par la négative. Bref, les développements jurisprudentiels quant à la question de la réparation du préjudice aideront sans doute à éclairer la situation bien incertaine des dommages positifs, quoique, au premier abord, ils ne semblent pas pouvoir être indemnisés.

³⁹⁸ Principes relatifs aux contrats du commerce international, précité, note 48, commentaires, exemple 3

³⁹⁹ P. BRASSEUR et autres, op. cit., note 21, p. 110

Pour conclure, en droit civil, l'indemnisation dans le domaine de la responsabilité précontractuelle suit les règles du régime de responsabilité extracontractuelle. Certains critères doivent être présents comme celui du dommage direct, certain et légitime. La compensation sera généralement donnée par l'intermédiaire de dommages et intérêts, car considérant les circonstances particulières de la formation des contrats, la réparation en nature est très difficile. De plus, en regardant les types de dommages pouvant être réclamés afin d'obtenir une indemnisation complète, nous avons pu voir que dans la majorité des cas autant les pertes subies que les gains manqués pourront faire l'objet d'une compensation. Cependant, en ce qui concerne les profits escomptés, leur réparation ne fait pas l'unanimité partout⁴⁰¹. Tant à l'égard des autres pays d'Europe qu'au niveau des instruments internationaux, la France semble plutôt avant-gardiste et claire quant à cet aspect de l'indemnisation précontractuelle.

Chapitre III : La causalité

Suivant les principes du régime extracontractuelle, il est nécessaire, afin d'engager sa responsabilité précontractuelle, de prouver la présence de trois éléments dont deux ont été abordés précédemment. Le dernier qu'il nous reste alors à élaborer est la causalité. C'est un lien qui fait le pont entre le dommage et la faute commise en établissant l'un comme étant la conséquence directe de l'autre.⁴⁰² À titre d'illustration, nous pouvons penser à l'une des parties qui omet de révéler une certaine information lors de la formation d'un contrat. Il se peut que cet élément joue un rôle fondamental dans la prise de décision, mais peut aussi simplement représenter un des facteurs d'appréciation qui ne mène pas nécessairement à

⁴⁰⁰ G. ROUHETTE, *op. cit.*, note 47, art. 2 :301 exemples VII

⁴⁰¹ O. DESAYES, *op. cit.*, note 348, p.192

une rupture des négociations. La causalité permet de déterminer l'importance des éléments fautifs en plus de trouver si la partie ayant commis les agissements reprochables est seule responsable du préjudice ou si la responsabilité peut être partagée entre les deux partenaires. En effet, il est important de minimiser son dommage, car la partie lésée pourrait avoir à couvrir à elle seule le préjudice supplémentaire. Nous pouvons penser à la décision *Trans-Québec* où le juge avait décidé que le demandeur n'aurait pas dû engager des frais de comptable après avoir été informé du droit de premier regard, car il aurait dû attendre la réponse définitive du détenteur de ce droit avant de poursuivre les frais. Ainsi la Cour est venue à la conclusion que, malgré la faute du défendeur, pour le dommage pécuniaire relié aux frais de comptable, la causalité était reliée aux agissements du demandeur. De cette façon, il se trouvait responsable pour ne pas avoir minimiser son dommage et ce à l'aide de la causalité. Le principe de minimisation du dommage codifié à l'article 1479 C.c.Q. est applicable autant en matière extracontractuelle que contractuelle⁴⁰³. Elle provient de la *common law* et découle du principe de bonne foi contractuelle⁴⁰⁴. Cette règle veut que la partie constatant la faute de l'autre a le devoir de minimiser son préjudice. En effet, elle doit éviter d'aggraver son dommage. Dans l'affaire précédente, le demandeur ayant été mis au courant de la clause de premier regard avait le devoir, selon le principe de minimisation du préjudice, de ne pas engager plus de frais avant d'avoir une réponse définitive quant à l'utilisation ou non par son concurrent de la clause en question. En agissant autrement et en engageant des frais supplémentaires, la victime devient à son tour fautive et le préjudice encouru pendant cette période ne pourra être compensé. C'est la norme de la personne raisonnablement prudente et diligente qui s'applique à ce devoir de

⁴⁰² J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *op. cit.*, note 339, p. 553

⁴⁰³ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p.1079-1080; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p.1782

⁴⁰⁴ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p. 1782; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p. 1079-1080

minimisation⁴⁰⁵. Il s'agit cependant d'une obligation de moyen et non de résultat, par conséquent le créancier doit prendre tous les moyens nécessaires pour modérer les dommages dans la mesure de ses possibilités⁴⁰⁶. Cette règle de minimisation est une application logique du lien de causalité. En effet, un créancier étant conscient de la faute du débiteur, mais qui aggrave son préjudice, vient briser la causalité. Le débiteur ne peut alors être responsable du dommage supplémentaire causé par le manque de prudence et de diligence du créancier. Ainsi, celui qui n'a pas minimisé son préjudice devient la source de son propre dommage et par conséquent crée un autre lien causal. Il devient alors important, dans la détermination de l'indemnisation, de vérifier la causalité et de trouver la réelle source du préjudice.

En plus de nous aider à déterminer directement l'auteur de la faute, cet élément cherchant à relier la cause à l'effet permet de nous poser certaines questions quant à l'indemnisation du préjudice. En effet, peuvent être compensés les frais engagés lors des négociations, la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers ainsi que la perte de chance de conclure le contrat avorté. Or, la réparation de ces trois éléments posent, lorsque l'on s'y attarde, un problème de cumul contradictoire⁴⁰⁷. Pensons tout d'abord à la combinaison de la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers et la perte de chance de conclure le contrat avorté. Ce cumul semble curieux. En effet, comment peut-on dans un premier temps replacer la partie lésée dans une situation où les négociations avec le partenaire fautif n'auraient jamais existé et dans un deuxième temps, donner effet artificiellement à ce contrat avorté. Ceci aurait pour résultat d'exécuter et de résoudre le même contrat ou, en d'autres termes, de dédommager pour deux accords qui n'auraient jamais pu exister

⁴⁰⁵ J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p.1080-1081; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p. 1783

⁴⁰⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 111, p. 1783; J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 42, p.1080

⁴⁰⁷ O. DESHAYES, *op. cit.*, note 348, p. 194

ensemble ⁴⁰⁸. Il nous vient aussi à l'esprit le cumul entre la perte de chance de conclure le contrat avorté et les frais engagés. Comment peut-on obtenir des dommages et intérêts en donnant effet artificiellement au contrat avorté en même temps de récolter les frais occasionnés par la rupture de celui-ci.⁴⁰⁹ Une fois de plus la situation manque de logique et le cumul de ces chefs de dommage semble impossible. Le rôle de la responsabilité extracontractuel devient ambiguë puisqu'il semble porter deux chapeaux différents. Il replace la victime dans la situation antérieure aux négociations en plus de la mettre dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avorté avait effectivement été conclu⁴¹⁰. Olivier Desayes dans son texte sur le dommage précontractuel⁴¹¹ nous propose une solution en regardant la causalité et en définissant la faute.

Prenons comme première hypothèse que la faute se trouve dans les agissements lors des négociations. La liberté contractuelle nous enseigne que la rupture des pourparlers n'est pas une faute en soit puisque chacun est libre de contracter ou non. Ainsi, l'attitude fautive est plutôt dans le non-respect de l'obligation de bonne foi dans les négociations. Comme l'explique Desayes, cette définition de la faute permet de dire que la victime doit être remplacée dans les circonstances où elle se serait trouvée si la rupture n'avait pas été entachée des agissements fautifs⁴¹². Les pourparlers auraient tout de même échoué, mais ils n'auraient pas été entourés de la mauvaise foi de l'autre partie. Ceci étant dit, regardons comment la causalité intervient pour les différents chefs de dommage.

En ce qui concerne les frais engagés, nous avons vu qu'il en existe de deux types : les débours en lien avec les négociations et ceux en lien avec la rupture. S'il s'agit de dépenses faites afin de remédier à la rupture, comme par exemple faire un emprunt suite à la perte de

⁴⁰⁸ I.d., p. 194

⁴⁰⁹ I.d., p. 194

⁴¹⁰ I.d., p.195

⁴¹¹ I.d.

⁴¹² I.d., p. 195

profits escomptés, ce type de dommage ne pourra être compensé. En effet, puisque la faute n'est pas la rupture et que de toute façon elle se serait quand même produite si les circonstances fautives n'avaient pas existé, la causalité entre faute et préjudice n'est pas présente. Cependant, les frais engagés dans les négociations qui sont en lien avec l'attitude de la partie fautive pourront être indemnisés. À titre illustratif, nous pouvons penser à l'exemple classique du partenaire qui n'a aucune intention de conclure le contrat, mais qui par ses agissements laisse transparaître le contraire. Les dépenses qui auront été faites pendant cette période pourront être compensées par l'octroi de dommages et intérêts. En ce qui concerne la perte de chance de conclure le contrat avorté, celle-ci ne pourra être indemnisée. La même logique que pour les frais de rupture est appliquée. En effet, en enlevant la faute, la rupture se serait quand même produite. Ainsi la partie lésée ne peut réclamer ce qu'elle n'aurait jamais eu, si la faute n'avait pas existée. De cette manière, nous comprenons que la perte de chance de conclure le contrat avorté ne remplit pas les normes de causalité de la responsabilité précontractuelle. Finalement, la perte de chance de conclure le contrat avec un tiers devrait être réparée. Il en sera ainsi si la faute consiste à faire perdre le temps de la partie lésée. L'exemple parfait est celui du partenaire qui engage des négociations dans le seul but d'empêcher la partie lésée de conclure le contrat avec un concurrent. Dans ces circonstances, l'attitude fautive a rendu impossible la possibilité d'entamer des pourparlers avec des tiers intéressés.

Les données changent cependant, si l'on juge que la faute est effectivement dans la rupture des négociations comme telle. Ceci se présente dans une seule situation. En effet, lorsque les pourparlers sont très avancés, que la confiance quant à la conclusion du contrat est grande, la rupture brutale et sans motif valable devient une faute au sens de la responsabilité précontractuelle. Dans ce cas spécifique les dommages pouvant être réclamés sont inversés par rapport à une faute dans les négociations. Prenons tout d'abord les frais de rupture, comme son nom l'indique, ce sont des dépenses encourues en lien avec l'arrêt brutal des pourparlers. La causalité est évidente et ce chef de dommage peut être réclaté.

Les frais de négociations, cependant, ne peuvent faire l'objet d'une compensation. En enlevant l'aspect fautif, c'est-à-dire dans ce cas la rupture, les débours, pour faire avancer les négociations, auraient tout de même été engagés puisque ce n'est pas la faute qui les a incités. Il en est de même pour la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers. En l'absence de rupture, donc si les pourparlers avaient continué, la partie lésée n'aurait pas conclu un accord avec un autre partenaire. Pour finir, nous comprenons que si l'on veut replacer la victime dans l'état où elle aurait été si la faute n'avait pas été commise, la perte de chance de conclure le contrat projeté doit être accepté comme chef de réclamation.

L'importance de la détermination de la faute joue, en responsabilité précontractuelle, un rôle important au niveau de l'indemnisation, mais c'est la causalité qui reste maître de la décision finale. Bien que le domaine de la réparation dans la période de formation des contrats reste encore peu développé au Québec, nos cousins français nous offriront certaines solutions lorsqu'un tel cas se présentera devant nos tribunaux. La théorie de Desayes est intéressante puisqu'elle permet d'éviter des cumuls et un enrichissement de la partie. Nous croyons qu'elle pourrait être propice dans un contexte international où certains émettent encore des réserves quant à l'indemnisation du dommage positif.

Conclusion

À travers cette analyse, nous avons pu voir l'importance des négociations dans la formation des contrats. Elles permettent de bien déterminer le cadre d'entente et restent essentielles comme période d'adaptation et de découverte, surtout entre des parties venant de différents pays. Bien que guidés par la liberté, c'est-à-dire que chacun peut choisir de se retirer des discussions à sa guise, la loi et les tribunaux lui appliquent certaines limites qui lorsque transgressées résultent en une responsabilité précontractuelle. Sa préoccupation plutôt récente en droit a entraîné une application non uniforme. En effet, n'étant pas un régime en soi, ses différents paramètres procéduraux comme la prescription ou le droit international privé ne sont pas déterminés. La recherche de sa nature prend alors une importance particulière. Pourtant, sur la scène internationale, la recherche et l'affirmation d'une telle nature n'est pas facile puisque chaque État possède son propre point de vue sur la question. La Suisse et l'Allemagne ont codifié des règles pour régir la période de formation des contrats, mais la particularité de leur système donne à cette responsabilité un régime autonome qui n'est pas rattaché ni au contrat ni domaine extracontractuel. Les pays jouissant d'un système de *common law* refusent, quant à eux, d'affirmer une telle responsabilité, malgré le fait qu'ils sanctionnent, par l'intermédiaire de différents mécanismes, la faute dans les négociations. Puis, en ce qui concerne d'autres États de tradition civiliste comme le Québec et la France, c'est la nature extracontractuelle qui est retenue. L'emplacement dans le temps des négociations empêche l'utilisation du régime contractuel puisque aucun élément essentiel de celui-ci ne se retrouve alors présent.

Nous ne pouvons faire autrement que constater cette diversité qui a entraîné, par exemple, la CVIM à rester muette quant à la responsabilité précontractuelle ou aux Principes d'Unidroit, à ne pas s'avancer sur le terrain épineux de la nature de celle-ci. Ainsi, aucune affirmation concrète sur cette question n'a pas encore été faite sur la scène internationale, mis à part l'affaire fonderie Tacconi où la Cour Européenne semble pencher pour l'application du régime extracontractuel. Cette décision reste pour l'instant bien isolée et ceci nous pousse à nous poser la question si en fait l'espérance d'une détermination de la nature de la responsabilité précontractuelle n'est pas illusoire. La solution réside peut-être

ailleurs. En fait, la détermination de cette nature n'est pas indispensable si ses paramètres procéduraux, jusqu'alors manquants, sont déterminés. C'est en fait ce qu'a tenté d'accomplir l'Union européenne en créant des normes sur le droit international privé afin d'assurer le bon fonctionnement de la responsabilité dans cet univers commercial sans frontières. Une telle initiative est souhaitable quoique plus laborieuse, mais sa création resterait moins difficile que de trancher entre le régime contractuel et extracontractuel.

La situation particulière des pourparlers qui veut d'un côté un attachement au contrat, puisqu'il en est son élaboration et d'un autre qui ne peut lui être complètement associé, puisqu'il n'en rencontre pas les éléments essentiels, a laissé une certaine confusion quant à l'utilisation du terme bonne foi. En effet, pour la majorité des auteurs et des tribunaux, ce principe est au centre de la responsabilité précontractuelle. C'est elle qui dicte les agissements des parties dans les négociations. Pourtant, la bonne foi n'est pas nécessaire dans le domaine extracontractuel, régime choisi au Québec pour la responsabilité précontractuelle, parce que la faute, en elle même, constitue une norme de comportement. Cette utilisation d'un terme provenant du domaine contractuel est compréhensible vu les liens étroits qui existent entre les pourparlers et le contrat. De toute façon, cette parenthèse reste bien théorique, car elle ne laisse aucune conséquence pratique. De plus, dans les Principes d'Unidroit ou ceux de l'Union européenne, n'ayant pas désigné de régime particulier pour la responsabilité précontractuelle, l'utilisation de la bonne foi est essentielle. Ainsi, la norme devient plus universelle quand on pense que la responsabilité précontractuelle n'est pas nécessairement extracontractuelle partout. Le fait pour le Québec et la France d'être familier avec le concept de bonne foi dans le contexte de formation des contrats rend simplement les choses plus faciles. Tous semblent comprendre ce principe, mis à part les pays de *common law* qui rejettent toujours son application dans les négociations.

De manière plus pratique, la mise en œuvre de cette responsabilité requiert le respect par les parties de certains devoirs qui y sont rattachés. Il s'agit d'une éthique des négociations basée sur la confiance qui existe entre les acteurs et qui varie en importance avec celle-ci. Malgré le fait que ces devoirs ne sont pas exposés de la même façon en droit civil, en *common law* ou en droit international, les mêmes comportements défavorables sont sanctionnés. En effet, tout ce qui consiste à cacher des éléments à l'autre partie, à utiliser des informations confidentielles, à entrer en négociation sans posséder l'autorité requise ou sans avoir l'intention de conclure un accord, fait l'objet de sanctions. De plus, le retrait tardif des négociations sans donner de justifications peut aussi engager la responsabilité. Bref, les Principes d'Unidroit et du droit européen des contrats font un bel effort afin de concilier *common law* et droit civil en énumérant les différents devoirs avec pour chacun des exemples d'attitude reprochable. La CVIM quant à elle ne semble pas aborder la question de la responsabilité précontractuelle, même si certains croient que l'avènement des Principes d'Unidroit peut être vu comme un complément de la Convention. Cette position n'est pas majoritaire surtout dans les pays de *common law* qui ne veulent pas, dans un instrument contraignant, avoir à respecter la bonne foi dans les négociations de peur d'entacher la liberté contractuelle et par conséquent le commerce. Qui a raison ou tort, il s'agit d'une question de tradition et de point de vue, n'empêche qu'il serait souhaitable, afin de créer une plus grande uniformité, de réussir à s'entendre à l'intérieur d'un instrument international contraignant.

Finalement, quant à l'indemnisation du préjudice précontractuel, seul l'octroi de dommages et intérêts est possible. En effet, l'essence même de la rupture des négociations empêche la réparation en nature qui forcerait les deux parties à être liées par un accord qui n'est clairement pas souhaité. La somme octroyée en compensation de la faute et du préjudice commis devra donc couvrir les pertes causées. Elles peuvent être autant concrètes c'est-à-dire dépenses faites, frais de voyages ou d'expertise, mais aussi de nature spéculative comme le gain manqué. Le Québec et la France sont ouverts à l'indemnisation du gain

manqué, cependant cette attitude n'est pas acceptée partout. Les Principes d'Unidroit restent très réservés quant au remboursement de telles pertes. C'est peut-être la peur d'une « surindemnisation », la représentation trop incertaine de la perte de chance voir la difficulté d'évaluer et de déterminer un tel dommage qui empêche son développement dans le droit international. Pourtant nous croyons qu'il serait possible d'indemniser pour le gain manqué si la règle de la causalité est bien respectée. En effet, la faute devrait dicter la compensation. Ainsi, le cumul de deux pertes incompatibles comme la perte de conclure un contrat avec un tiers et la perte de conclure le contrat avec la partie négociante, serait évité. L'un ou l'autre devra être indemnisé selon la nature de la faute commise dans les pourparlers, ce qui empêcherait la « surindemnisation », mais qui favoriserait aussi un remboursement plus complet et plus vrai de ce qui a réellement été perdu.

Qu'est-ce que la responsabilité précontractuelle? D'où vient-elle ? Comment s'applique-t-elle ? Nous espérons, après cette analyse, avoir répondu à ces questions et apporté un peu de lumière sur cette période de formation des contrats. Cependant, nous n'avons pas la prétention d'avoir résolu les problèmes qu'apporte la responsabilité précontractuelle sinon de les mentionner et faire état du droit actuel. La réalité du milieu commercial veut que cette question ne soit que rarement traitée par les tribunaux, surtout dans un contexte international. En effet, les problèmes encourus lors des négociations sont bien souvent passé sous silence et laissent alors peu de traces. Nous nous efforçons d'élaborer et parfois de supposer au sujet des éléments que nous connaissons déjà et qui pourront servir de guide aux praticiens du droit. Nous espérons avoir donné les clés quant à sa mise en œuvre et avoir dépoussiéré ses grandes lignes et son fondement.

Une application plus répandue de la responsabilité précontractuelle, dans le futur, passe par la découverte de son existence et sa connaissance. Il est donc primordial d'en faire état, mais surtout d'en parler. Évidemment sa codification au Québec et dans un instrument international contraignable serait souhaitable, mais en attendant, l'appliquer plus fréquemment la ferait peut-être passer au rang de coutume internationale.

Tables Bibliographiques

BIBIOGRAPHIE

Monographie et recueils

- BAUDOUIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, La responsabilité civile, 7e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007.
- BAUDOUIN, J.-L., P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, Les obligations, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- BÉNABENT, A., Le droit civil, Les obligations, 9e éd., Paris, L.G.D.J., 2003.
- BONELL, M. J., An international restatement of contract law, 2e éd., New-York, Transnational Publishers Inc., 1997.
- BONELL, M. J. «Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on International Sale of Goods» dans, *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, I.C.C. Publ., 1990.
- BONELL, M. J. «Pre-contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the Unidroit Principles» dans, *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, De Boeck & Lancier, 2003.
- BRASSEUR, P., B. DE CONINCK, C. DELFORGE, M. DEMOULIN, E. MONTERO, M. FONTAINE, S. MICHAUX et L. VANDENHOUTEN, Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002.
- COIPEL, M., Éléments de théorie générale des contrats, Diegem, Kluwer, 1999.
- CRÉPEAU, P.-A., Les principes d'unidroit et le code civil du Québec: valeurs partagées?, Scarborough, Carswell, 1998.
- DEMOLOMBE, C., Traité des contrats ou des obligations conventionnelles, Paris, Hachette et Cie.

- DIEUX, X. «Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui: principe général de droit (l'exemple d'un ordre juridique frontalier)» dans, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002.
- ENGEL, P., Traité des obligations en droit suisse, Berne, Éditions Staempfli, 1997.
- FABRE-MAGNAN, M. «L'obligation de motivation en droit des contrats» dans, *Études offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XIIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001.
- FARNSWORTH, E. A. «Negociation of Contracts and Precontractual Liability: General Report» dans, *Conflits et harmonisation: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990.
- FRÉMONT, M., Droit allemand des affaires, Paris, Éditions Montchrestien, 2001.
- FURMSTON, M., C. H. S. FITFOOT et G. C. CHESHIRE, Law of Contract, London, Edinburg, Dublin, Butterworths, 1996.
- FURMSTON, M., T. NORISADA et J. POOLE, Contract Formation and Letters of Intent, Chichester, West Sussex, England, Toronto, John Wiley & sons, 1998.
- IHERING, R. V. «De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites» dans, *Oeuvres choisies*, Paris, Par O. de Meulenaere, 1893.
- JOURDAIN, P. «Rapport français» dans, *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Litec, 1992,
- LABARTHE, F., La notion de document contractuel, Paris, L.G.D.J., 1994.
- LEFEBVRE, B., La bonne foi dans la formation du contrat, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1998.
- LEFEBVRE, B. «Le contrat en général: la bonne foi dans la formation du contrat» dans, *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* Paris, Litec, 1992.
- LEFEBVRE, B. «Rupture des pourparlers: négociateurs, appel à la prudence!» dans, *Développements récents en droit commercial: Barreau du Québec service de formation permanente*, Montréal, Les Éditions Yvons Blais, 1998.

- LLUELLES, D. et B. MOORE, Droit des obligations, Montréal, Éditions Thémis, 2006.
- MALAUURIE, P., L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, 2e éd., Paris, Defrénois, 2005.
- MOUSSERON, J.-M., M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, Levallois, Les Éditions Francis Lefebvre, 2001.
- PÉDAMON, M., Le contrat en droit allemand, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 2004.
- PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, Théorie des obligations, 4e éd., Montréal, les Éditions Thémis, 2001.
- ROUBIER, P., Essai sur la responsabilité précontractuelle, Paris, Arthur Rousseau, 1911.
- ROUHETTE, G., I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, Principes du droit européen du contrat, Paris, Société de législation comparée, 2003.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J., La négociation et conclusions de contrats, Paris, Dalloz, 1982.
- STARCK, B., H. ROLAND et L. BOYER, Le droit civil les obligations 2 Contrat, 6e éd., Paris, Litec, 1998.
- TERRÉ, F., P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, 8e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- VAN OMMESLAGHE, P. «Rapport Général: La bonne foi dans les relations entre particulier - Dans la formation du contrat» dans, *La bonne foi: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Litec, 1992.
- WANWIJCK-ALEXANDRE, M. «La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats» dans, *Annales de la faculté de droit, d'économie et de science de Liège*, Liège, 1980.
- WINDSCHEID, B., Lchrbuch des Pandektenrechts 6e éd., Frankfurt, Rütten & Löning, 1887.

Articles de revue

- ASSIÉ, C. K. et L. PÉLOQUIN, «La lettre d'intention», (2006) *40 R.J.T.* 175
- BONELL, M. J., « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract and CISG-Alternatives or Complementary Instrument», (1996) *Rev. Dnt. Unif.* 26
- BONELL, M. J., «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?», (1996) *26 Uniform Law Review* 229
- CARRARA, C. et J. KUCKENBURG, Remarks on the manner in wich the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Article 17 of CISG. 2003. <www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp17.html>.
- CASSELS, J., «Good Faith in Contract Bargaining: General Principles and Recent Developments», (1993) *15 Advocates' Q.* 56
- CEDRAS, J., «L'obligation de négociier», (1985) *2 R.T.D. com.* 265
- DESHAYES, O., «Le dommage précontractuel», (2004) *2 R.T.D. com.* 187
- DRAETTA, U. et R. LAKE, «Lettres d'intention et la responsabilité précontractuelle», (1993) *R.D.A.I.* 435
- FARNSWORTH, E. A., «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles relevant International Conventions and National Law», (1994) *3 Tul. J. Int'l & Comp. L.* 47
- GARDNER, D., MOORE, Benoît, «La responsabilité contractuelle dans la tourmente», (2007) *48 C. de D.* 543
- GARRO, A. M., «The gap-filling role of the Unidroit principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG», (1995):69 *Tu L. R.* 1149
- GEELHOED, M. L. A., «Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH», (31/01/ 2002)
- GODERRE, D. M., «International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention», (1997):66 *U. Cincinnati Law Review* 258

- GUILLEMARD, S.**, «De la phase préalable à la formation de certains contrats», (1993) 24 *R.G.D.* 147
- 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
- GUILLEMARD, S.**, «Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi», (1994) 25 *R.G.D.* 49
- KARIM, V.**, «La règle de bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec: sa portée et les sanctions qui en découlent», (2000) 41 *C. de D.* 435
- KESSLER, F. et E. FINE**, «Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study», (1964) 77 *H.L.R.* 401
- LASSALLE, B.**, «Les pourparlers», (1994) 19 *R.R.J.* 827
- LEGRAND, P. J.**, «Pre-contractual Relations in Quebec Laws towards a theoretical framework» dans *Congrès international de droit comparé 1990 Montréal: Université McGill*,
- LE TOURNEAU, P.**, «La rupture des négociations», (1998) 3 *R.T.D. com.* 479
- LEVY, D. A.**, «Contract Formation Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement, and CISG», (1998) 30 *Uniform commercial code law journal* 249
- MAZEAUD, D., T. REVE et E. FILIBERTI**, «Colloque sur la réforme du droit des contrats: projet et perspective», (2006) *R.D.C.* 1
- MESTRE, J.**, «note sous Civ.», (4 juin 1997) *R.T.D. civ.* 1997.921
- MESTRE, J.**, «note sous civ.», (21 septembre 1995) *R.T.D. civ.* 1996.145
- MESTRE, J.**, «La non-conclusion d'un contrat peut-elle constituer un préjudice réparable?», (1988) no 1 *R.T.D.* 97
- MESTRE, J.**, «Des négociations parallèles au projet commun», (1992) 4 *R.T.D.* 752
- MEYER, O.**, «The UNIDROIT Principles and their Impact on European Private Law», (2002) *Rev. Dnt. Unif.* 1222
- MOUSSERON, J.-M.**, «Le droit de la négociation contractuelle», (1995) *R.J.T.* 288

- MOUSSERON, P., «Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle», (1998) 2 *R.T.D. com.* 243
- NOOTENS, S., «La perte de chance: détournement du lien de causalité ou dommages distinct?», (1990) *R. du B.* 50
- RÉMY, P., «La responsabilité contractuelle histoire d'un faux concept», (1997) *R.T.D.C.* 323
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J., «La sanction de la faute précontractuelle», (1974) 1 *R.T.D.* 46
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J., «La période précontractuelle en droit français», (1990) *R.I.D.C.* 545
- SUCHANKOVA, M., «Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations», (1997) 6 *R.D.A.I.* 691
- VINEY, G., «Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du *Code civil du Québec*)», (1994) 39 *McGill L.J.* 813.

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence canadienne

Air Canada c. McDonnell Douglas Co., [1989] R.C.S. 1554.

Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt inc., [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.).

Compagnie France Film inc. c. Imax Corporation, J.E. 2005-5 (C.A.).

Congrégation des petits frères de Marie c. Régent Taxi and transport co. Ltd., [1929] R.C.S. 650.

Gaston Comeau c. Société immobilière Trans-Québec, J.E. 97-112 (C.S.).

Haco Canada inc. c. 9008-0813 Québec inc., J.E. 2006-309 (C.S.).

Industries Dettson inc. c. Courchesne, [2001] R.J.Q. 124 (C.S.).

LAC Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd., [1989] 2 R.C.S. 574.

Laferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541.

Le Versant Nord Tremblant inc. c. B.R.C.E. inc., J.E. 2007-447 (C.S.).

National Drying Machinery c. Wabasso, [1891] 1 R.C.S. 578.

Pegasus Partners Inc. c. Groupe Laurem Inc., B.E. 2007BE-1038 (C.S.).

Renfrew Flour Mills c. Sanschagrin, [1928] 45 B.R. 29.

Warnex Pharma inc. c. Cirion Biopharma Recherche inc., [2003] R.L. 228.

Wolofsky c. Trust Général Inc., J.E. 93-461 (C.A.).

Jurisprudence britannique

Blackpool and Fylde Aero Club v. Blackpool Council, (1990) 1 W.L.R. 1195.

Central London Proprety Trust Ltd. v. Hight Trees House Ltd., [1947] K.B. 130.

Harvela Investments Ltd v. Royal Trust Co. of Canada (CI), [1986] 1 A.C. 207.

Hoffman v. Red Owl Stores, (1965) 26 Wis 2d 683, 133 N.W. 2d 267.

Renard Construction (ME) Ltd. v. Minister for Public Works, (1992) 26 N.S.W.L.R. 234.

Sabemo Pty Ltd. v. North Sydney Municipal Council, (1977) 2 N.S.W.L.R. 880.

Waltons Stores (Interstate) Ltd. v. Maher, (1998) 164 C.L.R. 387.

Way v. Latilla, [1973] 3 All. E.R. 759.

Jurisprudence française

Paris, 1er février 1989, juris-data no 1989-020420

Ch. civ., 4 janvier 1937, Rev. Sociétés 1937.117

Lyon, 6 juin 2002, juris-data no 184338

Com., 7 mars 1972, Bull. civ. no 70-13.454

Rennes, 8 juillet 1929, DH 1929.258

Rouen, 13 janvier 1981, juris-data no 040239

Pau, 14 janvier 1969, D. 1969.716

Paris, 17 janvier 2003, juris-data no 211449

Civ. 1re, 20 juin 1961, Bull. civ., no 327

Grenoble, 22 février 1995, D. 1995.7

Paris, 24 janvier 2003, juris-data no 206349

Paris, 24 septembre 1991, Bull. Joly, 1992.516, note J.-F. Barbieri

Rennes, 27 mars 2002, juris-data no 206838

Trib. com. Nanterre, 28 septembre 1990, juris-data no 0044379

Lyon, 29 septembre 2000, juris-data no 132246

Lyon, 4 mars 1994, juris-data no 043277

Jurisprudence de la Cour de Justice européenne

Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, [2002] C-334/00 (C.J.E.).

TABLE DES RÈGLEMENTS

Règlement 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), J.O.L. 1999/40 [2007],

Activités de l'Union européenne, S. d. l. l. et C. j. e. m. civile, «Obligation non contractuelles: Rome II». 2007.
<<<http://europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/l16027.htm>>>.