

De la phase préalable à la formation de certains contrats

Sylvette Guillemard, avocate

Volume 24, numéro 2, juin 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1056950ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1056950ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guillemard, S. (1993). De la phase préalable à la formation de certains contrats. *Revue générale de droit*, 24(2), 157-189. <https://doi.org/10.7202/1056950ar>

Résumé de l'article

La plupart des droits nationaux régissent la formation « classique » des contrats. Cependant, il existe d'autres modalités de formation des conventions. Ainsi, les contrats conclus dans le cadre du commerce international présentent parfois des particularités au stade de la période précédant la conclusion du contrat. Le but de ce texte est d'étudier plus spécifiquement la phase précontractuelle, en analysant juridiquement tant le processus lui-même que les ententes qui le jalonnent et ce, à la lumière de différents systèmes juridiques.

**De la phase préalable à la formation
de certains contrats**

SYLVETTE GUILLEMARD, avocate
Recherchiste à la Cour suprême du Canada

RÉSUMÉ

La plupart des droits nationaux régissent la formation « classique » des contrats. Cependant, il existe d'autres modalités de formation des conventions. Ainsi, les contrats conclus dans le cadre du commerce international présentent parfois des particularités au stade de la période précédant la conclusion du contrat. Le but de ce texte est d'étudier plus spécifiquement la phase précontractuelle, en analysant juridiquement tant le processus lui-même que les ententes qui le jalonnent et ce, à la lumière de différents systèmes juridiques.

ABSTRACT

For most of the national laws, contracts are concluded in a "classical" way. However, some contracts may develop in a more complex fashion. For example, in international trade, distinctive features may characterize the stage prior to the formal offer and acceptance. This analysis considers the pre-contractual period and deals with the process as well as with pre-contractual agreements, according to different systems of law.

SOMMAIRE

Introduction.....	158
I. Le mécanisme de formation du contrat.....	160
A. Les différentes conceptions de la formation du contrat.....	160
1. La formation classique du contrat.....	160
2. Autre modalité de formation des contrats.....	164
B. Nécessité et importance de la phase précontractuelle.....	166
II. Analyse de la phase précontractuelle.....	168
A. Les ententes précontractuelles.....	168
1. Accords relatifs à certains aspects de la négociation.....	170
2. Accords relatifs à la construction progressive du contrat.....	173

B. Aspects juridiques de la phase précontractuelle.....	174
1. Qualification du processus précontractuel.....	174
2. Qualification des ententes précontractuelles	176
a) <i>La common law</i>	176
b) <i>Le droit civil</i>	178
c) <i>Deux illustrations jurisprudentielles</i>	178
(i) <i>Texaco Inc. c. Pennzoil Co.</i>	180
(ii) <i>Buitoni c. IRI</i>	181
d) <i>La Convention de Vienne</i>	182
3. La loi applicable à la phase précontractuelle.....	183
C. La fin de la phase précontractuelle.....	186
1. Le contrat final est conclu	186
2. Le contrat final n'est pas conclu	187
Conclusion	187

INTRODUCTION

« Comme la roue, l'institution contractuelle est l'une des créations [...] les plus simples de l'Humanité »¹. Il est universellement admis que le contrat se forme par la rencontre de deux volontés, à quelques variantes près. Une offre, suivie d'un « oui » et voilà les deux interlocuteurs instantanément engagés dans une aventure commune. Quoi de plus facile et de moins compliqué en effet? Ce mode de formation convient à bon nombre de situations où la rapidité de la conclusion est souhaitable, voire nécessaire.

Il arrive parfois que cette formation « classique » du contrat ne soit pas adaptée aux circonstances. Quand la convention devant lier les parties présente une certaine ampleur, quantitative ou qualitative, il est normal — et prudent — qu'elles s'entendent au préalable et qu'elles déterminent ensemble, au cours de négociations, leurs buts et leurs besoins avant même de pouvoir parler d'offre.

Que l'on pense à l'implantation d'une « succursale » de Disneyland dans la banlieue de Paris ou que l'on lise dans la presse « Les États-Unis vont acheter du plutonium et de la technologie spatiale à l'ex-URSS »², « Vente d'électricité d'Hydro à la New York Power Authority, contrat de 17 milliards annulé »³, il est facile de se douter que ces contrats, présents, futurs ou passés, ne voient pas le jour à la suite de la simple présentation d'une offre!

Dans ces exemples, à « l'importance et la complexité [...] des biens objets d'échanges et des mécanismes de leur réalisation »⁴ s'ajoute un élément de complication supplémentaire : les partenaires sont étrangers. Leur environnement social, commercial, culturel et juridique est différent. Raison de plus pour avoir besoin d'une phase préalable à la formation du contrat, phase au cours de laquelle

1. J.-M. MOUSSERON, *Techniques contractuelles*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1988, p. 17.

2. *Le Devoir*, samedi 28 mars 1992, p. B-2.

3. *Le Soleil*, samedi 28 mars 1992, p. A-1.

4. J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », (1974) 72 *Revue trimestrielle de droit civil* 46, p. 47.

les parties non seulement feront connaissance, si nécessaire, des habitudes de leur vis-à-vis mais en plus devront élaborer le contrat en tenant compte de son aspect « pluri-national ».

Nous nous efforcerons de cerner les limites temporelles de la phase précontractuelle. Nous savons qu'il s'agit d'une étape préliminaire se situant en amont de la conclusion d'un contrat ou plus précisément qui est antérieure aux mécanismes de formation contractuelle habituellement prévus par les lois et les codes.

S'il est relativement facile de déceler le début de la phase précontractuelle, il semble beaucoup moins aisé d'en délimiter la fin. Il paraît pourtant évident de dire que les négociations sont terminées... lorsqu'elles n'ont plus lieu! C'est le cas lorsque le contrat est conclu et qu'alors, les pourparlers n'ont alors plus de raison d'être⁵. Bien sûr, il peut arriver également que les négociations échouent, n'aboutissent à aucun accord.

Nous nous pencherons également sur les fondements des pourparlers. À quels besoins sociaux, économiques, psychologiques, juridiques s'il en est, répondent-ils? Finalement — et c'est certainement un aspect capital de la compréhension de la phase précontractuelle et des conséquences qui y sont rattachées — nous recherchons les buts de la négociation.

Nous devons quasiment disséquer la substance de la période précontractuelle, examiner ce que l'on pourrait décrire comme le contenant et le contenu. Le premier serait le processus lui-même. Devant le silence législatif fréquent sur le sujet, il convient de se demander si le simple fait d'être en relation avec un interlocuteur transforme les négociateurs en sujets de droit susceptibles d'engager leur responsabilité.

Le « contenu » est le dialogue entre les partenaires, généralement consigné par écrit. « Dans la pratique des longues négociations qu'appellent les opérations d'une certaine envergure, les parties s'échangent différents documents préparatoires, "lettres d'intention" et documents analogues »⁶. Selon le stade où en sont rendus les négociateurs, ces lettres d'intention énoncent des souhaits généraux, des objectifs précis, des constatations d'accord sur tel ou tel point, etc. Bref, ce sont des pièces dont la teneur est très variable mais nous essayerons, par des études de cas, de dégager des grandes lignes et de distinguer ce qu'elles visent à régler concrètement entre les parties.

La relation précontractuelle est en général ignorée par les droits nationaux. Pourtant, la plupart des auteurs considèrent, comme monsieur Fontaine, que « la phase des pourparlers n'est pas le vide juridique »⁷. Nous examinerons alors comment le droit considère le « contenant » et le « contenu », quelle qualification il attribue à la phase précontractuelle, puisqu'en général, il lui reconnaît tacitement une existence. Cet encadrement juridique pose d'ailleurs le douloureux problème du conflit entre le besoin — et le droit — de sauvegarder la liberté de contracter et celui de bénéficier de certaines garanties. Madame Schmidt résume la situation avec beaucoup de justesse : « chaque partenaire est, à vrai dire, soucieux de pré-

5. Il existe cependant des situations où l'on assiste à des négociations alors que le contrat projeté a été conclu. Il s'agit de ce que l'on appelle des « renégociations » qui sont généralement prévues expressément dans le contrat. Nous y ferons référence occasionnellement bien qu'elles ne se situent pas dans un cadre précontractuel.

6. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEC, 1989, p. 2.

7. *Ibid.*

server sa propre liberté tout en estimant que son vis-à-vis lui doit la sécurité sur les conditions négociées »⁸.

Dans le cadre de relations transnationales, répondre « oui » à la question de savoir si le droit intervient déclenche automatiquement une autre interrogation : « lequel? ». Chaque négociateur est personnellement soumis à un droit national, différent de celui de son interlocuteur. La phase précontractuelle implique donc au minimum deux droits. Il sera alors nécessaire de déterminer la loi applicable dans telle ou telle situation, à tel ou tel problème. Pour cela, il faudra expliquer comment utiliser les règles du droit international privé ou plus exactement, des droits internationaux privés, puisque chaque pays a ses propres dispositions de rattachement.

Nous tenons à faire ressortir l'originalité du droit au Québec, particulièrement actuellement. En effet, cette province est à une période législative charnière. Le vénérable *Code civil du Bas-Canada*, né en 1866, souffrait un peu de vieillissement. Pour ne citer que les domaines qui nous touchent spécialement, les dispositions sur les obligations et celles, d'ailleurs pratiquement absentes, sur le droit international privé avaient très nettement besoin d'une cure de jouvence⁹. En 1955, le législateur décida de faire procéder à la révision du Code civil qui aboutit quelque trente-six ans plus tard. Malgré cette lente élaboration, il faut espérer que le contenu de ce code, à l'instar de son nom, correspondra aux réalités actuelles.

Si le *Code civil du Québec* a été adopté et sanctionné le 18 décembre 1991, il n'est cependant pas en vigueur¹⁰. Toutefois, comme cette étape est prévue dans quelques mois, il nous a paru important de le consulter. Chaque fois que nous citerons le *Code civil du Bas-Canada*, nous tâcherons de mentionner le droit de demain, en soulignant si nécessaire les différentes étapes de transformation.

I. LE MÉCANISME DE LA FORMATION DU CONTRAT

A. LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DE LA FORMATION DU CONTRAT

1. La formation classique du contrat

« Le contrat est [...] une manifestation de deux ou plusieurs volontés en vue de réaliser certains effets de droit »¹¹. Historiquement, le rôle de la volonté n'a pas toujours eu la même importance. La seule présence de la volonté des parties ne suffisait pas, en droit romain, à engendrer l'existence d'un contrat. Elle devait être accompagnée de certains rites ou de gestes matériels. Tant que ces actes formels n'avaient pas été exécutés, les parties en étaient au stade du pacte, dénué de force obligatoire : *Nudum pactum obligationem non parit, ex nudo pacto non oritur actio*¹². Le contrat, même verbal, n'était conclu, n'existait, en quelque sorte, qu'à partir du moment où les formes imposées par la loi avaient été respectées.

8. J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 4, p. 48.

9. Sur ces points, voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. II, t. 2, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1978, pp. 561 et 975.

10. Ne pouvant donc pas parler du « nouveau » code dans la mesure où il n'a actuellement aucune autorité législative et ne pouvant plus l'appeler « projet », nous avons choisi de le désigner comme le « prochain *Code civil du Québec* » (ci-après : PCcQ).

11. M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986.

12. Un pacte nu ne produit pas d'obligation, d'un pacte nu une action ne naît pas. (Notre traduction.)

Cette conception romaine, imprégnée de formalisme, se retrouve de nos jours en common law qui n'accorde pas d'importance à l'aspect consensuel de l'accord. Selon ce système juridique, le seul contrat qui puisse être valide est celui qui est exprimé selon une forme déterminée. Cela n'exclut pas, bien sûr, comme dans tous les systèmes juridiques, l'exigence d'une volonté commune et donc du consentement des parties. C'est sa manifestation extérieure, sa matérialisation qui est essentielle à la formation et à l'existence du contrat.

Dans les pays de tradition civiliste, le contrat est conclu à partir de l'échange des consentements, quelle que soit la forme qu'il revête. Le seul échange de paroles peut suffire; le principe du consensualisme demeure, en droit civil, même si, dans quelques cas, la loi impose des formalités. Elles visent non pas réellement à valider la convention entre les parties mais plutôt à assurer la protection des tiers¹³. D'ailleurs, dans ce cas, c'est plus la publicité du contrat qui est formelle que celui-ci même. La loi peut également prévoir un certain formalisme, sous peine de nullité du contrat, par souci de protection de la partie la plus faible¹⁴.

L'abandon de l'exigence que le pacte ait un vêtement, comme disaient les Romains, est dû au rôle du droit canonique en France pendant le Moyen-Âge. L'Église a d'abord réussi à donner effet aux simples paroles par le moyen du serment, puis elle a finalement admis, autour du XIII^e siècle, que le contrat se forme uniquement par le consentement. Comme cette notion était simple et favorable au commerce, elle a été acceptée par les commerçants et, avec les clercs, ils ont contribué à favoriser la théorie que le simple consentement oblige.

Plus tard, les Encyclopédistes, en particulier, prônent une liberté totale de l'homme et considèrent que la volonté humaine est suprême. L'individualisme triomphe au moment de la Révolution française. Le citoyen ne peut s'obliger que par sa propre volonté, à laquelle, bien sûr, on ne peut imposer aucune restriction, comme le serait, par exemple, l'exigence d'une forme donnée.

La manifestation des volontés des parties ne suffit pas à créer des effets. Encore faut-il qu'elles se rencontrent et qu'elles soient en accord! C'est la base du mécanisme de la formation du contrat. L'accord, la concordance des volontés est le déclencheur de la situation juridique ou, au moins, marque un changement d'étape dans la situation entre les interlocuteurs.

Dans la plupart des systèmes juridiques, les rouages de la formation du contrat dans sa conception la plus classique, la rencontre des deux volontés, sont les mêmes. Le schéma, la règle du jeu, si l'on veut, est essentiellement identique, quel que soit le type de contrat vers lequel tendent les parties. Il est assez simple à analyser chronologiquement dans ses grandes lignes.

Une première personne fait d'abord une offre; qu'elle en ait pleinement conscience ou non, elle montre ainsi sa volonté de s'obliger, son envie de créer certains liens avec son interlocuteur. Cette offre est une « proposition de contracter »¹⁵. Étant donné ce que signifie « contracter », cela revient à dire que la première personne, en faisant l'offre, dit à son interlocuteur : « Je vous propose d'être d'accord avec mon offre. » L'offrant se déclare ainsi prêt à s'obliger, à certaines conditions, et espère que son interlocuteur aura le même désir. Car, bien sûr, pour

13. Voir, par exemple, les articles 2082 et ss. et l'article 2098 C.c.B.-C. en ce qui concerne les droits réels. Voir également l'article 472 C.c.Q., relatif au contrat de mariage.

14. Voir, entre autres, l'article 1009 C.c.B.-C., les articles 23 et ss. de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chapitre P-40.1.

15. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, Paris, Sirey, 1962, cité dans M. TANCELIN, *op. cit.*, note 11, p. 49.

qu'elle puisse être qualifiée d'offre, la proposition doit en être une véritable et non simplement des paroles en l'air. Si elle peut revêtir des formes diverses, être expresse ou tacite, déterminée ou générale, pour qu'elle soit considérée comme une offre au sens juridique du terme, cette première manifestation d'une volonté doit présenter certains caractères qu'on retrouve en droit français, anglais et québécois, notamment, et qu'il suffit de citer ici : elle doit être ferme, non équivoque, précise et complète, c'est-à-dire contenir tous les éléments essentiels du contrat envisagé.

Si la première proposition ne contient pas ces caractéristiques, elle n'est pas une offre, une volonté réelle de contracter mais plutôt une invitation à contracter. La terminologie juridique présente des nuances bien subtiles puisque la « proposition de contracter » et « l'invitation à contracter » décrivent des réalités différentes, à l'importance pratique et aux conséquences contraignantes opposées. Parfois, la limite entre les deux notions est ténue. C'est souvent à la lumière des faits, des circonstances entourant les deux situations, que l'on distingue l'une de l'autre.

La proposition préliminaire de contracter, l'invitation à entrer en pourparlers peut précéder l'offre. Mais en droit interne et spécialement entre particuliers, elle n'a pas toujours une importance pratique prédominante. Et en ce qui concerne la formation classique des contrats, elle n'a juridiquement aucune existence.

L'offre, puisqu'elle n'est la manifestation de la volonté que d'une partie, ne peut avoir éventuellement d'effet juridique et surtout de force contraignante que sur celle-ci. En droit français, comme un acte unilatéral ne crée pas d'obligations, l'offre, par sa nature légale entrant dans cette catégorie, ne lie pas contractuellement l'offrant¹⁶. Un retrait fautif de l'offre, causant des dommages, ne peut entraîner qu'une responsabilité délictuelle. En droit allemand, le pollicitant est lié par son offre, sauf s'il spécifie le contraire, puisque le code reconnaît l'engagement par volonté unilatérale. À l'opposé, la common law anglaise admet sans réserve la révocabilité de l'offre, même si l'offrant a déclaré qu'il la maintiendrait pendant un certain temps. Cela se comprend quand on se souvient qu'en droit anglais, un engagement pris par une personne ne l'oblige pas si elle n'a pas reçu en échange une contrepartie même modique, la *consideration*. Comme le fait remarquer David¹⁷, cette conception de la révocabilité de l'offre est peu satisfaisante pour des relations commerciales, mais elle est très solidement ancrée dans l'esprit des juristes anglais...

Au Québec, il y a une abondante littérature doctrinale et jurisprudentielle sur les conséquences de la révocation de l'offre et les opinions sont diverses : liberté totale du pollicitant jusqu'à l'acceptation, obligation tacite d'accorder un délai raisonnable pour l'acceptation, théorie de l'abus de droit. Mais un principe fait l'unanimité : celui qui reçoit l'offre n'est pas lié par elle, n'a encore aucune obligation vis-à-vis du pollicitant.

16. Telle est l'opinion de la doctrine dominante. Il faut cependant souligner la position originale de Demolombe, au XIX^e siècle : une pollicitation comporte deux volets, l'offre de conclure et la promesse de maintenir la pollicitation pendant un certain temps. Le destinataire est présumé accepter tacitement ce dernier point puisqu'il est à son avantage. Comme il y a alors concours des deux volontés, se forme un contrat préparatoire donnant lieu à une responsabilité contractuelle. (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV, t. 1, n^o 65, 2^e éd., 1870, cité dans J. CÉDRAS, « L'obligation de négocier », 1985 *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 265, p. 274).

17. R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, Paris, L.G.D.J., 1973.

Dans un deuxième temps, le destinataire de l'offre se prononce; il a une entière liberté de choix entre le refus et l'acceptation. Dans le premier cas, rien ne se crée entre les parties. Dans le second, il y a immédiatement, là où la théorie consensualiste est admise, création de liens juridiques. Dès que l'interlocuteur dit « oui » à l'offrant, un contrat naît.

L'acceptation de l'offre, tout comme celle-ci, doit présenter certaines caractéristiques pour être considérée comme telle. Ce sont d'ailleurs les mêmes que celles énoncées plus haut : l'acceptation doit être ferme, sans équivoque¹⁸, précise et complète. Elle doit porter sur tous les éléments essentiels du contrat envisagé. Au cas où l'acceptant assortit sa réponse positive d'une condition, au sens de l'article 1079 C.c.B.-C., la portée de l'acceptation est limitée mais la rencontre des deux volontés a eu lieu. Il faut rappeler, à ce propos, que le pollicitant peut lui aussi assortir son offre d'une condition.

Lorsque la réponse de l'interlocuteur contient des éléments nouveaux ou apporte des modifications sur des points importants de l'offre initiale, ce n'est plus une acceptation : il n'y a pas accord de volontés. Cette réponse devient elle-même une forme d'offre, que l'on appelle alors contre-offre, et les rôles des parties, dans le processus de la formation du contrat, s'inversent automatiquement.

Tout comme l'offre, l'acceptation peut revêtir différentes formes. À notre avis, c'est au stade de l'acceptation que les parties doivent être le plus vigilantes, car tant qu'elle n'a pas lieu, on pourrait presque dire qu'il n'y a rien entre elles; mais dès qu'elle a été formulée, tout change puisqu'un contrat a été ainsi formé, comportant pour chacun des protagonistes droits et obligations. « Un état de droit succède au néant juridique »¹⁹ et ce, instantanément, parfois.

Par sa réponse positive, le destinataire accepte non seulement les conditions, au sens commun du terme, du pollicitant, mais évidemment aussi d'être lié juridiquement. Ce que la common law appelle l'*animus contrahendi* doit donc être présent de part et d'autre.

Il n'est pas nécessaire ici d'insister sur les situations particulières qui présentent des difficultés au niveau de la formation des contrats. Décrivons-en quand même quelques-unes, brièvement, car elles présentent certains aspects qui ne sont pas totalement étrangers aux relations commerciales internationales.

Le contrat entre non présents, c'est-à-dire entre personnes qui ne se trouvent pas en présence l'une de l'autre au moment de la rencontre des volontés, revêt le même schéma de base que celui entre présents; on doit y retrouver une offre et une acceptation. C'est la détermination du lieu et du moment de la conclusion du contrat qui peut poser un problème.

Citons également les promesses de contrat, uni ou bilatérales, qui sont des avant-contrats. Ce sont des contrats, admis en droit civil, ignorés en common law, dont l'objet est de conclure un autre contrat, qu'on pourrait décrire comme principal. Ils concernent généralement les transactions immobilières.

En résumé, la formation classique du contrat dans sa conception la plus simple comporte essentiellement deux étapes qui se suivent chronologiquement. Même si dans les faits, il y a parfois un jeu d'offres et de contre-offres que l'on pourrait décrire comme une partie de ping-pong précontractuel et qui s'apparente

18. « L'acquiescement [...] doit être non équivoque, c'est-à-dire l'intention d'acquiescer ou de renoncer doit être démontrée ». *Mile End Milling c. Peterborough*, [1924] R.C.S. 120, p. 131.

19. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 24.

à une forme de négociation, la situation la plus classique et qui correspond à la seule réalité juridique dans le domaine est la présence d'une offre et d'une acceptation. La doctrine classique ignore tout processus précontractuel.

2. Autre modalité de formation des contrats

Dans bien des cas, et il faudrait même certainement dire plus précisément dans certains domaines d'activités, la rencontre des volontés ne s'effectue pas sous la forme de ce que monsieur Mousseron appelle fort savoureusement le « coup de foudre contractuel »²⁰.

Lorsqu'une personne se rend dans un verger pour y acheter des pommes, le marché peut être presque conclu dès que le client voit les fruits, leur qualité et leur prix. Il ne reste plus qu'à déterminer la quantité et le contrat de vente est formé. Si le client trouve le prix offert par le pomiculteur trop élevé, un marchandage va avoir lieu entre eux, c'est-à-dire une discussion visant à obtenir ou céder les fruits, selon le point de vue où l'on se place, au meilleur prix. Jusque là, rien que de très classique, car ce débat n'est que l'échange d'offres et de contre-offres, émanant alternativement d'une partie et de l'autre.

La situation devient un peu plus complexe, au moins au niveau commercial, lorsque le producteur a l'intention de passer un contrat avec un épicier pour lui fournir des fruits pendant un an, par exemple. L'engagement n'est plus ponctuel, occasionnel, mais à plus long terme, éventuellement répétitif. Les enjeux économiques sont également différents. D'autres intervenants peuvent graviter autour de la transaction : transporteur, banquier, représentant de compagnies, etc.

Et si le producteur de pommes québécois souhaite faire affaire avec un importateur étranger, à l'extérieur du Canada, aux difficultés précédentes viennent s'en ajouter d'autres, notamment dues à la distance et à l'internationalité de la relation entre les commerçants.

Dans ces conditions, avant d'en arriver au stade de la conclusion du contrat et même de la présentation d'une offre, selon le strict sens juridique, il est facile d'admettre l'existence d'une gestation préalable et progressive du projet de la part de chacune des parties²¹.

En suivant le cours chronologique des événements, lorsque les futurs partenaires vont établir les premiers contacts l'un avec l'autre grâce aux moyens actuels de transmission — téléphone, fax, ordinateur, etc. — ils seront non seulement au stade du néant juridique entre eux mais également près de ce que l'on pourrait décrire comme un néant factuel. Le seul fait manifeste est que les deux souhaitent en arriver à une transaction, si possible l'un avec l'autre puisque si leurs intérêts sont opposés, ils ne sont pas contradictoires. Il serait d'ailleurs juste de dire que si leurs intérêts ne sont pas les mêmes, leur intérêt est identique : arriver à s'entendre et à avoir des rapports commerciaux.

À ce stade-ci, dans le « dialogue », il se trouve peu des caractéristiques de l'offre. Notamment, où sont les éléments essentiels du contrat? Il est clair que les interlocuteurs en sont loin et qu'ils vont devoir construire leur contrat petit à

20. *Id.*, p. 35.

21. Le terme « gestation » est ici employé au sens figuré, tel qu'énoncé par le dictionnaire *Le Petit Robert*, Paris, 1983 : « travail latent qui prépare la naissance, la mise au jour d'une création de l'esprit, d'une situation nouvelle ». Mais le rapprochement avec la physiologie est tentant, M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 19, parlant même de « grossesse partagée »!

petit, à grand renfort de discussions et d'échanges qui constituent les négociations précontractuelles.

La phase précontractuelle pourrait être comparée à l'édification d'un bâtiment où chacune des parties poserait des pierres, en retirerait, en rajouterait. Les modifications de composition et de structure peuvent dépendre aussi bien de décisions unilatérales en fonction des besoins ou des intérêts propres à chaque partenaire que de concertations bilatérales dans le but d'obtenir un édifice plus harmonieux, plus solide et qui respecte le plus possible les buts communs.

Quels que soient le temps et l'ampleur pris par et pour la construction, celle-ci ne deviendra contrat que lorsque, à son stade ultime, une offre sera suivie d'une acceptation, donc qu'il y aura consentement des parties sur les éléments essentiels. L'existence d'une phase précontractuelle ne fait en aucun cas disparaître la banalité du mécanisme final.

Le processus précontractuel peut commencer par l'expression initiale et très générale de l'intention de contracter, de définir son projet de contrat et d'en faire part à son interlocuteur. À cette occasion, les parties peuvent identifier leurs intérêts. Pour cela, elles se transmettront des documents — échanges libres d'informations, d'éclaircissements, etc. — qui constituent simplement les répliques d'un dialogue reflétant leur état d'esprit. Cela constitue la phase que l'on appelle généralement l'initiation des pourparlers.

Puis ceux-ci se poursuivent, le dialogue s'intensifiant, en quelque sorte. En effet, après avoir exprimé des généralités, il s'agit d'en venir à des aspects plus précis, plus reliés au dispositif contractuel lui-même. Alors, « les négociateurs ont à concevoir ensemble un système de réponses à de multiples questions »²².

Au cours du temps, quand tout se déroule bien, des étapes sont franchies progressivement. Chacun en sait un peu plus; à l'horizon, le profil du contrat a des contours moins flous. Il peut être utile, de temps en temps, de faire le point : confirmer ce qui a été acquis lors des discussions, évaluer ce qu'il reste à faire. Il est même souvent nécessaire, pour la sécurité — et la mémoire! — de chacun de jalonner les négociations de sortes d'accords préalables, préalables au contrat principal envisagé²³. Ils peuvent autant porter sur la construction même du futur contrat que régler la négociation elle-même. Les ententes visent aussi bien le but que la façon d'y parvenir.

Finalement, la phase précontractuelle peut se terminer, cela semble une lapalissade, par le contrat. Mais il faut aussi envisager une autre alternative : les négociations aboutissent à un échec, avant ou après présentation d'une offre.

Il est facile de comprendre qu'au cours de la négociation précontractuelle, qui peut être très longue, le facteur temporel joue un rôle non négligeable. Plus le temps avance, plus les pourparlers aboutissent à des résultats et plus la phase finale approche, plus les relations entre les parties changent. Au départ, relativement ignorants l'un de l'autre, quelques mois ou quelques années plus tard, les partenaires se connaissent mieux et ont vraisemblablement de plus en plus envie, et même intérêt, à conclure le marché.

22. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 34.

23. C'est sur un concept identique qu'est fondée la théorie allemande de la *punctuation* : la formation du contrat ne repose pas sur une seule rencontre des volontés mais nécessite plusieurs accords partiels qui, ajoutés les uns aux autres, finissent par constituer l'accord final.

B. NÉCESSITÉ ET IMPORTANCE DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

Le mode de formation du contrat dépend des circonstances l'entourant et de l'ampleur de la relation entre les parties.

En droit interne, nombreux sont les cas où le mécanisme classique convient aux contractants : contrats de faible importance, relations occasionnelles ou non répétitives, situations où la rapidité de la conclusion est primordiale. Ce sont souvent les contrats de la vie quotidienne.

Par contre, il en est d'autres où l'offre et l'acceptation s'avèrent des instruments juridiques sommaires et où réduire l'élaboration — au moins factuelle — du contrat à ces deux seuls éléments n'est pas réaliste. La phase précontractuelle existe indéniablement, est nécessaire pour diverses raisons analysées plus loin et, parfois, elle a beaucoup plus d'importance, dans le temps et dans l'esprit des parties, que la conclusion même du contrat. Il faut également l'envisager d'un point de vue prophylactique puisque c'est d'elle que dépend toute la suite : si elle est bien menée de part et d'autre, d'abord le contrat aura plus de chance d'être conclu, ce que visent les parties, et ensuite l'accord risque d'être plus « sain ».

Même quand la réalisation des opérations commerciales nécessite une certaine rapidité, il est évident que, si les enjeux économiques sont importants, les parties voudront établir leurs relations sur une base solide et ne pas se lancer dans une entreprise commune à l'aveuglette. L'efficacité sera plutôt recherchée tant après la rencontre des volontés — diminution ou même absence de formalisme — et dans la mise en œuvre de l'exécution du contrat que dans sa phase préparatoire.

Le commerce international est certainement un domaine où le processus classique de la formation du contrat n'est pas toujours le mieux adapté à la réalité. Car, à la complexité des conventions, due à leur nature, s'ajoutent des problèmes matériels, culturels et juridiques causés par la présence de parties de différentes nationalités. Dans certains cas, la formation du contrat avec phase précontractuelle est alors la seule envisageable.

Il convient de voir pour quelles raisons, juridiques ou non, cette phase précontractuelle est si importante. Ce qui concerne les relations internes s'applique *a fortiori* au domaine international.

L'une des premières causes du besoin de négocier, déjà évoquée, est l'aspect économique de la transaction projetée. Comme lors de certains contrats domestiques, le commerce international met quelquefois en jeu des montants financiers assez considérables.

Ensuite interviennent ce que monsieur Mousseron appelle les « raisons psycho-sociologiques »²⁴. Selon lui, les usages internes de chaque pays permettent parfois la négociation pour certains types de transactions alors qu'ils l'excluent pour d'autres. On sait également que dans certains pays, au Proche-Orient notamment, la négociation précontractuelle fait partie des règles du jeu, est même une espèce de rituel indissociable des activités de la vente et de l'achat. Cette habitude peut donc avoir des conséquences sur la préparation d'un contrat entre une partie occidentale et une partie égyptienne, par exemple.

Un autre facteur qui peut rendre la négociation indispensable et qui entre encore, à notre avis, dans les raisons psycho-sociales est le fait que l'interlocuteur est étranger. Non seulement les partenaires sont-ils éloignés l'un de l'autre mais encore, bien souvent, ils ne se connaissent pas. Sans même parler de l'igno-

24. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 23.

rance du système juridique du cocontractant, problème abordé plus loin, la phase précontractuelle permet aux parties de se jauger, d'apprendre à connaître, si besoin, l'état d'esprit, la mentalité, peut-être les habitudes commerciales de leur futur partenaire. Car, ne l'oublions pas, au terme de cette phase, normalement, aboutit le contrat, liant les parties pour plusieurs mois, voire plusieurs années.

Le fait que le contrat commercial soit international ajoute d'autres éléments, peut-être moins présents dans l'esprit des négociateurs que dans celui de leurs conseillers juridiques. Chaque partie est soumise à un système de droit, parfois très différent de celui de l'autre. Avant de faire une offre et donc de risquer de se trouver lié, il vaut peut-être mieux savoir à quoi s'en tenir sur les conséquences juridiques de telle ou telle conduite, de tel ou tel acte. Dans l'esprit des partenaires, le but premier de la période de négociations n'est certes pas celui-là, mais autant profiter de cette phase précontractuelle pour vérifier sur quel terrain juridique on met les pieds. Mais, comme en fait, l'environnement juridique dans lequel se développent les relations commerciales internationales est largement autonome, c'est au cours de l'élaboration, de la construction progressive du contrat que les parties peuvent — et de préférence, doivent! — choisir et se mettre d'accord sur la teinte juridique qui va colorer leurs relations, ce qui peut donner lieu à bien des discussions.

D'un point de vue juridique, la phase précontractuelle a une importance réelle et très intéressante. D'abord, il est probable qu'aucune relation entre individus, quelle qu'elle soit, puisse baigner dans la plus totale asepsie juridique; donc, la seule entrée en pourparlers risque d'avoir des implications sur le plan du droit.

De plus, nous l'avons vu, les parties concluent souvent, au cours des pourparlers, des accords préliminaires, ponctuent leurs négociations d'ententes, plus ou moins précises, plus ou moins importantes. À cela, deux sortes de raisons.

D'abord, des raisons d'ordre pratique. À cause de la longueur et de la complexité de la négociation, il peut être prudent, au début, d'établir par écrit les buts envisagés... au moins pour ne pas risquer de les perdre de vue! D'autre part, certains contrats finals comportent des centaines ou des milliers de pages. C'est dire que les parties ont eu à régler de nombreux points, qu'elles se sont entendues à leur sujet et elles ont pu désirer les fixer petit à petit, ne serait-ce que pour ne pas avoir à revenir dessus, avant le contrat définitif et au cours de son élaboration.

Les autres raisons se rattachent à un besoin de sécurité. En effet, tous les systèmes de droit reconnaissent la liberté fondamentale de contracter; cela implique notamment le respect de la liberté dans les négociations relatives au contrat. Cela est un peu contradictoire avec le minimum de sécurité dont ont besoin les parties pour des saines relations commerciales dont la qualité première est l'efficacité. Elles ne souhaitent certainement pas que leur vis-à-vis puisse abandonner les négociations ou changer librement ce qui a déjà été mis en place sur le chemin de l'édification finale du contrat. C'est pourquoi elles éprouvent la nécessité d'insérer dans un certain cadre des obligations relatives au déroulement des négociations ou les points de fond du contrat futur qu'elles ont justement déjà réglés. Le problème que les différents systèmes juridiques ne résolvent pas de la même façon — et parfois dans un même système, les opinions divergent — est de savoir si ce cadre relève du droit ou non; et dans l'affirmative, quelle qualification lui attribuer?

En conclusion, la phase précontractuelle a une grande importance, quantitative et qualitative, pourrait-on dire. Elle n'est certainement pas « imperméable » au droit, comme la plupart des relations humaines qui ne peuvent

échapper totalement à sa surveillance. En outre, le fait que les parties s'entendent préalablement à la conclusion du contrat final sur certains points implique éventuellement un encadrement juridique.

On peut penser que si la doctrine classique de la formation du contrat n'envisage pas la période précontractuelle, c'est que, pour elle, elle n'existe pas. Selon sa conception, la relation entre les parties commence au moment précis de la présentation de l'offre. Point de vue non réaliste. Faut-il ajouter : à l'époque actuelle ? Certainement en partie. La négociation est pourtant une pratique ancienne²⁵ mais il est probable qu'à la période de la codification en France, la phase préparatoire à l'échange des consentements était nettement moins complexe que de nos jours, ce qui explique que les rédacteurs du *Code Napoléon* n'aient pas jugé bon de donner une teinte légale à ce procédé, ce en quoi ils ont été imités dans la plupart des pays civilistes. Seuls quelques pays font exception, l'Argentine²⁶, Israël²⁷, la Yougoslavie²⁸ et l'Italie²⁹ en particulier, dont les droits des obligations considèrent expressément les négociations précontractuelles.

Beaucoup plus surprenant est le cas de la Convention de Vienne de 1980³⁰. Elle ne s'attarde pas aux négociations entre les parties et ne fait pas référence aux communications qu'elles peuvent s'échanger, ni à leur conduite pendant la phase préparatoire à la conclusion du contrat. Seul le schéma classique de l'offre et de l'acceptation y est prévu³¹. Et pourtant, ce texte a été rédigé à la toute fin du XX^e siècle et le préambule précise :

Les États parties à la présente Convention

Ayant présents à l'esprit les objectifs généraux inscrits dans les résolutions relatives à l'instauration d'un nouvel ordre économique international,

[...] Estimant que l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises et compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques [...] favorisera le développement du commerce international [...].

II. ANALYSE DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

A. LES ENTENTES PRÉCONTRACTUELLES

Si, selon monsieur Cédras, la négociation répond en partie à un « besoin ludique qui nous pousse au jeu précontractuel »³², on a vu qu'elle correspond également à une nécessité matérielle d'organisation et de mise en place des relations entre les partenaires. Cette phase précontractuelle a certes des conséquences psychologiques — réussir à s'affirmer, à être reconnu comme un interlocuteur valable, projection d'une certaine image de soi, confiance réciproque accrue, aug-

25. Le terme vient du substantif latin « *negotiatio* » qui signifie « commerce » et son premier emploi commun en français remonte à 1323; *Le Petit Robert*, précité note 21.

26. Article 1198 Code civil argentin (1970).

27. Article 12 *Loi des contrats*, 14 Israël L.R., 109 (1979).

28. Article 30 *Loi yougoslave des obligations* (1978).

29. Article 1337 *Cci* (1942).

30. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, A/Conf. 97/18.

31. *Id.*, articles 14-24.

32. J. CÉDRAS, *op. cit.*, note 16, p. 265.

mentation de la volonté de collaborer, etc. — mais elle entraîne également des résultats plus tangibles. Avant son aboutissement final qui est, il faut l'espérer, la conclusion du contrat que l'on peut qualifier de principal, elle donne naissance à des ententes préliminaires entre les parties.

Le vocabulaire utilisé par les auteurs et quelquefois par les parties elles-mêmes pour désigner ces documents constatant par écrit des ententes bilatérales intervenues entre les partenaires ou simplement des déclarations unilatérales est très varié. Leurs formes sont également très hétérogènes³³. Cette fantaisie d'expression est sûrement liée à la règle de la liberté contractuelle et évidemment précontractuelle.

Au-delà de la terminologie et de la présentation, les réalités qu'ils décrivent sont multiples. D'après monsieur Mousseron « il serait intellectuellement vain et juridiquement erroné de prétendre en réaliser une typologie exhaustive »³⁴. Les conséquences pratiques et juridiques de ces ententes sont très nombreuses et loin d'être uniformes. Cependant, comme le fait remarquer madame Vanwijck-Alexandre, « un effort de classement doit nécessairement être entrepris »³⁵. Ce classement est passablement personnel et n'entraîne pas une harmonie collective, si l'on en juge par la variété des classifications proposées par les auteurs!

Après analyse de la doctrine, il semble y avoir trois courants dominants. Certains commentateurs envisagent principalement les ententes en fonction de leur ressemblance avec le contrat final. Ainsi, madame Vanwijck-Alexandre décrit les « accords, simple stade des négociations », faisant état simplement de phases des pourparlers, « les accords assimilables au contrat », dont le contenu est très proche de celui du contrat principal et entre les deux, les « accords intermédiaires » dans lesquels elle range des ententes relatives à la substance, au fond du contrat comme d'autres aménageant le processus de discussion³⁶.

Monsieur Mousseron, quant à lui, adopte une attitude qui tient plus compte de l'élément chronologique de la construction du contrat. Il décrit d'abord les « contrats préparatoires » qui visent à l'information et au rapprochement des partenaires, ce qui correspond en général aux premières démarches effectuées; ensuite, les « contrats intérimaires » et finalement les « contrats partiels » qui couvrent certains éléments du projet initial³⁷.

C'est le même type de classement que choisit monsieur Lake puisque il distingue dans ces documents des « letters designed to provide information; framework agreements intended to govern only the negotiation process; memorializations of partial agreements during a negotiation process; and documents erroneously entitled letters of intent [...] »³⁸; dans cette dernière catégorie, les ententes contiennent tous les détails de la transaction proposée. Cette description, même si elle ne le précise pas en tant que tel, fait état de la progression des pourparlers et rend compte de leur avancement dans le temps en correspondant à des étapes chronologiquement successives.

33. Les lettres d'intention peuvent porter sur un seul sujet ou en réunir plusieurs, présentés sous différentes clauses.

34. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 46.

35. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », (1980) *Annales de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège*, 19, p. 34.

36. *Id.*, p. 34 à 36.

37. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, pp. 47, 75, 79.

38. B. LAKE, « Letters of intent », 1984 *George Washington Journal of international law and economics* 331-332.

Ces types de classement consistent en fait à analyser et à catégoriser les ententes précontractuelles en fonction de leur contenu, pour le premier, et en fonction du temps pour le second. La première méthode n'est pas très satisfaisante; entre autre, elle semble trop théorique, reflétant mal le déroulement pratique des pourparlers. Quant au deuxième point de vue, s'il aboutit à une dissection très détaillée des différentes facettes de la négociation, elle l'est peut-être justement un peu trop et entraîne de sérieux risques de redondances au niveau du raisonnement critique.

Un essai de classification ou du moins de présentation qui semble être beaucoup plus judicieux et qui permet une analyse juridique nettement plus efficace des ententes précontractuelles est celui proposé par monsieur Fontaine, où les documents sont distingués selon leur objectif³⁹. Ressortent alors deux sortes d'ententes, celles qui visent l'aménagement de certains aspects de la négociation et celles qui procèdent de la construction progressive du contrat. Ce type de classification, suivi également par monsieur Ghestin⁴⁰ et par monsieur Cédras⁴¹, n'écarte évidemment pas l'analyse du contenu des ententes, ni la prise en compte du stade des pourparlers. Mais il nous semble que de les aborder sous l'angle du but poursuivi, c'est les observer par le bon bout de la loupe.

Monsieur Fontaine, rendant compte des observations d'un groupe de travail qui a examiné et analysé une centaine de documents établis à un stade quelconque d'une négociation⁴², constate que différentes expressions sont utilisées pour les désigner : « protocole d'accord, accord de principe, lettres d'intention, *letter of understanding*⁴³ ». Il semblerait que l'expression « lettre d'intention » désigne spécifiquement les documents relatifs à l'aménagement de certains aspects de la négociation et à sa conduite dans la mesure où les parties y annoncent qu'elles ont l'intention de négocier. Monsieur Fontaine, face à « l'anarchie terminologique »⁴⁴, plus intéressé de droit que de sémantique, résout le problème de façon raisonnable en réunissant sous la désignation « lettre d'intention » tous les documents précontractuels quels qu'ils soient, d'autant plus que « les termes utilisés ne peuvent préjuger de la portée réelle des documents »⁴⁵. Il propose de distinguer entre accords relatifs à certains aspects de la négociation et accords relatifs à la construction progressive du contrat.

1. Accords relatifs à certains aspects de la négociation

Ces ententes concernent le processus de négociation et ses modalités. Bien que ces documents puissent intervenir à n'importe quelle étape de la phase précontractuelle, c'est dans cette catégorie que prennent place les premiers échanges entre les partenaires.

39. M. FONTAINE, « Les lettres d'intention », (1977) 3 *DPCI* 73, 122 et M. FONTAINE, *op. cit.*, note 6.

40. J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1988.

41. J. CÉDRAS, *op. cit.*, note 16.

42. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 39.

43. On trouve également : *gentlemen's agreement*, déclaration d'intention, engagement d'honneur, convention d'étude, accord de négociation, lettre de confort, entente préliminaire, lettre d'apaisement, *memorandum of agreement*, *agreement in principle*, accord partiel, contrat préalable, contrat préparatoire...

44. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 6, p. 30.

45. *Ibid.*

Même si, inévitablement dans certains cas, il y est fait référence au contrat projeté, ces documents visent à organiser les relations entre les parties avant sa conclusion. Plusieurs d'entre eux pourront devenir caduques après la signature du contrat final ou, du moins, inutiles. Ils engendrent, parfois de façon implicite, parfois expressément, des devoirs et des obligations dont il faut se demander s'ils sont de nature légale ou strictement moraux.

Les futurs partenaires peuvent, au début de leur relation, émettre l'intention de se rencontrer et d'amorcer la négociation avec une attitude constructive. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé le document suivant, à la suite de la proposition de vente d'une participation majoritaire de plusieurs sociétés :

Nous avons l'honneur de vous confirmer que nous sommes intéressés par la possibilité d'acheter une participation majoritaire qui pourrait aller jusqu'à un maximum de ... % dans les sociétés suivantes [...]

Nous aurions, bien sûr, à discuter les détails de tous ces documents [...]; mais si notre proposition vous semble être une base pour des négociations, nous vous prions de bien vouloir nous retourner le double de la présente lettre revêtu de votre signature, qui doit être précédée de la mention suivante « Bon pour lettre d'intention seulement, sans être contractuel ». ⁴⁶

L'objet du contrat projeté est simplement ébauché : le nom de quelques-unes des sociétés et le maximum de la participation envisagée. Le contenu de la transaction principale est exprimé avec une très grande prudence ⁴⁷. Le but de cette lettre n'est pas de mettre en place des éléments de fond du contrat mais plutôt un engagement, que l'on espère réciproque, situé sur un terrain peut-être seulement moral, en tout cas expressément non contractuel, à entamer le dialogue. L'éventuel acheteur, pour le moment, désire que le processus des pourparlers se déclenche à la suite de cet échange de correspondance.

Autre exemple d'intention initiale de principe qui prouve la volonté sérieuse de négocier :

Après examen des documents que vous nous avez communiqués [...], nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande d'un commutateur téléphonique de type [...] Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne constitue en aucune façon une commande. ⁴⁸

On peut se demander quelles sont l'utilité et la raison d'être de tels documents. Dans les deux cas présentés, l'engagement juridique est expressément écarté. Sont-ils émis par souci diplomatique, c'est-à-dire pour faire preuve de tact, aux yeux de l'interlocuteur, dans la conduite des affaires? Peut-être en partie. Ils sont certainement aussi la marque d'une bonne volonté, hors de tout cadre juridique mais, c'est souhaitable, balisée par des principes moraux. En outre, ils servent, dans bien des cas, à démontrer à des tiers — supérieurs hiérarchiques, dirigeants d'entreprises, etc. — que l'on a réussi à susciter l'intérêt de l'interlocuteur.

Une fois l'étape de l'initiation des pourparlers franchie, les liens entre les parties précontractuelles deviennent plus étroits. Elles sont d'accord pour faire « quelque chose » ensemble, il reste à déterminer comment le faire et à y parvenir avec succès. C'est pour cela qu'elles vont s'imposer certaines règles de conduite.

46. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 6, p. 22.

47. « intéressés par la possibilité d'acheter » (nos italiques); emploi du conditionnel.

48. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 6, p. 15.

« L'engagement assumé par les signataires d'une lettre d'intention n'est pas [...] d'aboutir à un accord mais de mettre tout en œuvre pour y arriver »⁴⁹.

« Mettre tout en œuvre » comprend en premier, c'est logique, poursuivre la négociation. C'est ce qu'a conclu le tribunal arbitral au cours du litige opposant la société turque Pabalk à la société française Norsolor⁵⁰ : « Le contrat du 27 mars 1973 ne constitue donc qu'un simple accord de principe, c'est-à-dire un engagement [...] de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle ». La phase précontractuelle prend du temps, du travail, de l'argent; il faut tout faire pour que ces dépenses ne soient pas vaines. On cherche ainsi à lier le partenaire et à l'obliger à ne pas rompre arbitrairement le processus.

En dehors du principe général de négocier, les parties règlent, dans les lettres d'intention, des points plus spécifiques du processus. Ces accords, dont l'objet est plus délimité, peuvent intervenir à un moment ou à un autre de la phase précontractuelle. Il leur arrive ainsi de délimiter la durée des négociations, en prévoyant un délai pour parvenir à la signature du contrat : « Considering the urgency of this project [...] the contract will be signed as soon as possible after the initial discussions, and every effort will be made to make this possible within 30 days of the beginning of the initial discussions »⁵¹.

D'autres documents précontractuels empêchent fermement la conduite de négociations parallèles :

Afin de vous permettre d'étudier cette possibilité, nous prenons conjointement et solidairement l'engagement irrévocable vis-à-vis de votre groupe de ne pas procéder à aucune négociation quelle qu'elle soit ni de vendre à un acheteur éventuel tout ou partie des titres [...].⁵²

Quand de telles négociations ne sont pas interdites, les ententes prévoient des clauses de sincérité qui obligent à révéler la tenue d'autres pourparlers. Lors de la phase préparatoire, il sera peut-être nécessaire de faire des études préalables, en vue d'étudier la « faisabilité » du projet. Les parties peuvent alors s'entendre, dans une lettre d'intention, sur l'organisation et le remboursement des coûts relatifs à ces études.

Dans certaines situations, il est nécessaire que les parties aient à dévoiler des informations pour mieux renseigner leur interlocuteur. « On voit les "acheteurs" de *know-how* imposer ce que j'appelle le *strip tease* du vendeur; ils veulent [...] connaître, de mieux en mieux, votre procédé pour être sûrs qu'il marchera et cela avant de signer le contrat »⁵³. Les lettres d'ententes pourront alors viser l'obligation de divulgation. Ces informations sont quelquefois secrètes et le négociateur qui devra les révéler ne souhaite pas en faire profiter d'autres que leur partenaire. Le « déshabillage » doit être protégé et quand il est bilatéral, les parties concluent des accords relatifs au secret des informations échangées. Il faut souligner que parmi les accords passés en revue jusqu'ici, ces derniers sont les seuls dont l'effet puisse devoir se prolonger au-delà de la phase précontractuelle. Ce sont ce que monsieur Mousseron appelle des « contrats intérimaires à effet définitif »⁵⁴.

49. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 39, p. 112.

50. Sentence CCI n° 3131, (1983) *Revue de l'arbitrage* 529.

51. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 6, p. 27.

52. *Id.*, p. 25.

53. L. GILBERT, *Cah. dr. entr.* 1972.I.24, cité dans J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 77.

54. J.-M. MOUSSERON, *ibid.*

2. Accords relatifs à la construction progressive du contrat

Les ententes de cette catégorie concernent de plus près le contrat lui-même et se situent à un niveau différent des négociations : « Les pourparlers vont avoir pour objet d'identifier puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des parties sur la discipline que constitue le contrat »⁵⁵. Elles peuvent intervenir à n'importe quel stade du processus précontractuel.

Il est difficile de les décrire d'une manière exhaustive, puisqu'elles dépendent essentiellement du type et du contenu du contrat envisagé. Il est cependant possible d'en différencier quelques catégories.

Plus les lettres d'intention portant sur l'objet du contrat sont communiquées tôt, plus elles sont imprécises. À ce stade-ci, on énumère les bases générales du futur contrat. Il n'est pas encore question de la rencontre des volontés sur tel ou tel point. Il s'agit plutôt de se mettre d'accord sur la nécessité d'en discuter, autrement dit de définir les différents aspects que les parties devront négocier.

Parfois, surtout lorsque les négociations sont longues, les négociateurs ont besoin de faire périodiquement le bilan des résultats acquis. Les lettres d'ententes ressemblent alors à des espèces de mises à jour : nous sommes d'accord sur tel aspect, il nous reste tels autres à discuter. Monsieur Farnsworth qualifie ce type d'accords d'ententes préliminaires « with open terms »⁵⁶. Elles contiennent les questions principales traitées sur lesquelles les parties consentent à être liées. Mais les partenaires vont continuer de négocier sur d'autres sujets — ce sont eux les *open terms* — sur lesquels ils arriveront également à un accord, plus tard.

Il existe des lettres d'entente sur des résultats partiels. L'achèvement de l'édification contractuelle ne dépend pas de la suite des négociations entre les parties mais du résultat d'autres pourparlers entrepris par l'une d'elles avec les tiers⁵⁷. Cela se présente plus particulièrement lors de l'élaboration d'un réseau de contrats qui se construisent les uns par rapport aux autres.

À un stade presque final de la phase préparatoire, quand l'essentiel du contrat est acquis, les documents précontractuels peuvent servir à mettre en forme un état quasiment achevé du contrat. Alors, la ligne de démarcation entre entente préalable et contrat conclu est mince. Les différents systèmes juridiques ne l'envisagent pas de la même façon ; pour certains, les parties sont encore en-deçà du contrat, pour d'autres, elles auront déjà basculé de l'autre côté.

Enfin, au stade le plus ultime du spectre, on trouve la lettre d'intention qui autorise plus ou moins expressément le commencement de l'exécution du contrat non encore conclu. Selon monsieur Fontaine, c'est une situation qui n'est pas exceptionnelle dans le domaine des contrats internationaux et qui « remet en cause la distinction apparemment si naturelle entre les phases de la formation et de l'exécution des contrats »⁵⁸.

55. *Id.*, p. 34.

56. E. A. FARNSWORTH, « *Introductory report* », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 3, p. 14.

57. Il ne faut pas confondre ce genre de lettre d'intention avec le très classique contrat conclu sous condition suspensive, où il y a accord sur tous les éléments essentiels, ce dont les parties sont loin ici.

58. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 6, p. 30.

B. ASPECTS JURIDIQUES DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE EN DROIT COMPARÉ

1. Qualification du processus précontractuel

Avant de considérer et d'analyser juridiquement les ententes qui ponctuent le dialogue entre les partenaires, il faut qualifier le processus de négociation lui-même, au stade où l'on pourrait comparer la relation entre les parties à un récipient vide de tout contenu. Est-il un acte juridique, c'est-à-dire « une manifestation de volonté [...] qui a pour effet de créer, de modifier ou d'éteindre un droit »⁵⁹? Cela revient à se demander si, en décidant de se rencontrer pour dialoguer, les parties ont l'intention, la volonté de créer des droits et des obligations.

En droit français et québécois, par exemple, pour répondre à la question, il faut comparer le processus avec l'unique patron disponible, celui de la formation classique des contrats. Sans rentrer dans les détails, on comprend que la seule entrée en pourparlers ne correspond pas au schéma d'accord des volontés à la suite d'une offre et d'une acceptation. Donc, aucune obligation contractuelle ne peut naître de cette situation. La situation est identique en Égypte, où la négociation est un acte sans conséquences légales⁶⁰. On arrive au même résultat avec la common law, où, nous l'avons vu, le formalisme nécessaire à la qualification contractuelle est plus impératif.

À ce stade-ci, la seule contrainte éventuellement choisie est peut-être morale, plus située au niveau de la courtoisie que du droit. Il ne faut pas oublier le principe général de la liberté de contracter et donc, à plus forte raison, de négocier. Elle est nécessaire pour de bonnes relations sociales et commerciales. Il n'y a pas un système juridique, dans le cas envisagé, qui pourrait contraindre un individu à négocier ni à continuer à négocier.

Pourrait-on qualifier l'entrée en négociation de fait juridique, « d'événement [...] matériel qui entraîne des effets juridiques sans que ces effets aient été recherchés par l'individu »⁶¹? On peut se demander, en effet, si le droit ne pend pas au-dessus de la tête des négociateurs, comme une épée de Damoclès, avant même qu'ils ne s'expriment, si leur comportement est soumis à une surveillance de la loi malgré eux.

De ce point de vue, le droit civil ne laisse aucune relation humaine échapper à son contrôle — ou à son assistance! —, il a un rôle de gardien et intervient, se révèle en quelque sorte, lorsque survient un incident, en sanctionnant la responsabilité de chacun.

Si au cours de la phase précontractuelle, le comportement de l'un a des conséquences néfastes sur l'autre, directement ou indirectement, le fautif devra réparer. Chacun a donc des obligations, que l'on pourrait dire fondamentales : obligation de se conduire ou de ne pas se conduire de telle ou telle façon, norme de comportement qui sera sanctionnée juridiquement en cas de non-respect. Les erreurs de parcours constituent en droit civil des délits⁶².

59. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 38.

60. S. HAMZA, « Rapport national égyptien », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 7, p. 4.

61. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 59, p. 39.

62. Nous utiliserons ici le terme générique « délits », sans faire de distinction particulière entre les délits à proprement parler et les quasi-délits.

La common law, bien qu'elle connaisse la notion de délit, ne l'applique pas aussi facilement à la situation précontractuelle que le droit civil. La *law of torts* permettrait un recours à la victime de rupture si elle s'accompagne de déclarations diffamatoires; l'*equity* dédommagerait la victime d'un manque de confidentialité et le délit de *fraud* ouvrirait la voie à un recours dans certaines circonstances.

La norme de comportement fondamentale, reconnue par tous les systèmes juridiques, est un principe moral, la bonne foi, repris, encadré par le droit, institutionnalisé en obligation légale⁶³. Le manquement à cette obligation n'a des conséquences juridiques que dans la mesure où il constitue une faute ou une négligence fautive. Ainsi, en théorie au moins, le fait de rompre des négociations brutalement, même sans motif valable, n'est pas fautif. En outre, il faut que le comportement fautif de l'un entraîne des dommages pour l'autre et qu'un lien de causalité les relie à la faute. Ainsi, il arrive fréquemment qu'en cas de rupture des pourparlers, le comportement de l'une des parties soit invoqué par l'autre comme cause de la rupture et il faudra donc étudier la conduite des deux pour établir le lien de causalité.

En résumé, « on doit admettre, effectivement, que dans la phase des pourparlers [...] certaines obligations de rectitude et de loyauté s'imposent aux parties relativement à la conduite des pourparlers eux-mêmes »⁶⁴, particulièrement sanctionnées en droit civil.

En droit allemand, le principe de base est le même : le seul fait d'entrer en négociations engendre entre les négociateurs un rapport de confiance qui les oblige à la diligence. Mais pour Ihering, le père de la *culpa in contrahendo*, c'est aux termes d'une convention tacite entre les parties aux pourparlers que chacun s'engage à respecter une *diligentia in contrahendo*. Il y a donc, selon lui, une obligation précontractuelle de soin, loyauté ou bonne foi qu'il qualifiait de contractuelle⁶⁵. La nature de la *culpa in contrahendo* est quelquefois discutée. Depuis l'époque de la seconde guerre mondiale, le *Bundesgerichtshof*, le plus haut tribunal civil d'Allemagne de l'Ouest, estime que cette relation précontractuelle engendre une responsabilité quasi contractuelle — *vertragsähnlich* — ou légale *gesetzlich*. Cela porterait à croire qu'elle se situe dans un domaine intermédiaire entre la responsabilité contractuelle et délictuelle. À l'heure actuelle, les avis sont prudents et personne n'est allé jusqu'à dire que la responsabilité précontractuelle entraîne strictement les principes de la responsabilité délictuelle. Elle relève encore du seul domaine contractuel, car les pourparlers supposent un contact étroit « excluant l'idée de cette collision purement contingente d'intérêts, qui est la caractéristique du délit »⁶⁶.

En Suisse, la loi suit la même démarche qu'en Allemagne et la faute, lors des pourparlers, engendre une responsabilité contractuelle.

En Belgique, où la théorie de la *culpa in contrahendo* avait été admise, elle est aujourd'hui abandonnée tant par la doctrine que par la jurisprudence qui admettent unanimement que la responsabilité précontractuelle est délictuelle.

63. La bonne foi, tant d'un point de vue éthique que juridique, sera analysée en détail dans un texte subséquent.

64. Pau, 14 janvier 1969, D.1969, 716, cité dans J. SCHMIDT, *op. cit.*, note 4, p. 52.

65. Une des raisons de la naissance de cette théorie était l'absence en droit allemand d'un principe général de la responsabilité délictuelle, analogue à celui institué par les articles 1382 et 1383 Ccf ou 1053 C.c.B.-C.

66. R. SERICK, « La responsabilité civile en droit allemand », (1955) *Rev. Int. Dr. Comp.* 560, p. 569.

2. Qualification des ententes précontractuelles

Il s'agit maintenant de déterminer la valeur juridique des accords intervenus entre les négociateurs, aussi bien ceux qui visent l'aménagement, les modalités de la phase précontractuelle que ceux portant sur la construction du contrat.

Cela nécessite pratiquement une approche au cas par cas où les deux facteurs à garder à l'esprit simultanément sont la mentalité juridique de l'observateur de ces documents et le stade où en sont rendus les négociateurs.

Il y a deux solutions possibles : les ententes sont des sortes de contrats, conclus avant le contrat principal⁶⁷, auquel cas la responsabilité est contractuelle; ou elles ne sont pas considérées comme des contrats et peuvent alors donner lieu éventuellement à une responsabilité délictuelle. Comme tout le monde le reconnaît, un contrat reflète la rencontre de deux volontés avec l'intention, dont le degré peut varier selon les systèmes juridiques, de créer des obligations juridiques. Pour arriver à une qualification de ces accords précontractuels, il est possible de procéder par élimination : si l'intention de se lier contractuellement n'est pas présente, les partenaires ne sont pas dans le champ contractuel! Le raisonnement a l'air évident mais la trace de l'intention n'est pas toujours claire. En effet, elle est parfois exprimée très expressément mais d'autres fois, elle n'est qu'implicite. Cela rend alors l'analyse difficile, en laissant une large place à l'interprétation où la mentalité juridique de l'observateur peut jouer un rôle important.

a) *La common law*

Il suffit, pour comprendre le point de vue des *common lawyers*, de se souvenir des trois caractéristiques de la formation du contrat : l'*animus contrahendi*, c'est-à-dire l'intention bilatérale au moment de l'accord de créer un lien juridique obligatoire, la *consideration* qui est une contrepartie et enfin un certain formalisme. Lors de la rédaction des lettres d'intention, seul le formalisme est présent. On n'y retrouve certainement pas de *consideration*; quant à l'intention de créer des liens juridiques, elle est loin d'être fréquente dans les ententes précontractuelles. Le droit, en Angleterre comme aux États-Unis, ne permet donc pas de conclure un contrat ayant pour objet de faire un contrat.

Il ne faut cependant pas en déduire qu'en dehors de la voie contractuelle, les Britanniques ne se lient jamais les uns aux autres! Pour ce faire, ils ont justement recours aux *gentlemen's agreements* qui sont des engagements que les parties souhaitent tenir en dehors du droit. Ce n'est pas la crainte de représailles légales qui incite les intéressés à tenir leurs engagements, c'est la loyauté...

Que les accords précontractuels portent sur le processus de négociation ou sur le fond du contrat projeté, ils ont donc peu de valeur contraignante aux yeux des *common lawyers*. Certainement pas de valeur contractuelle et comme nous avons vu que, sur le plan délictuel, la common law a du mal à accepter une théorie générale de la responsabilité, il faut espérer que les négociateurs britanniques sont tous très loyaux!

L'affaire *Rose and Franck c. Crompton Brothers*⁶⁸ est typique du point de vue britannique sur les *gentlemen's agreements*. Deux sociétés avaient passé un

67. C'est pourquoi certains auteurs les appellent des « avant-contrats ». On parle aussi de « contrats de négociation ».

68. *Rose and Franck c. Crompton Brothers*, [1923] 2 K. B. 261.

accord par lequel la société américaine serait le seul représentant au Canada et aux États-Unis de la société anglaise. Le texte précisait qu'il se bornait « à énoncer avec précision, pour qu'on le garde en souvenir, le but et l'intention des parties intéressées, celles-ci s'engageant sur l'honneur à s'y tenir [...] ». La Chambre des Lords admit que les parties puissent rester en dehors du droit même en concluant un accord commercial qui n'était pas un contrat juridiquement obligatoire, puisque les parties en avaient décidé ainsi.

Un cas plus récent illustre également la réticence des tribunaux anglais à accorder une quelconque valeur aux lettres d'intention⁶⁹. La société British Steel s'était entendue avec la Cleveland Bridge pour lui fournir des pièces métalliques en vue de la construction d'un bâtiment. Un prix approximatif avait été déterminé et des discussions eurent lieu à propos de spécifications et d'équipement techniques. À la suite de ces entretiens, Cleveland Bridge a envoyé à son partenaire une lettre lui annonçant son intention de contracter et l'autorisant à commencer les travaux immédiatement, ce qu'il fit. Le contrat final ne fut jamais conclu. Le juge reconnaît : « No doubt it was envisaged by CBE at the time they sent the letter that negotiations had reached an advanced stage and that a formal contract would be signed »⁷⁰. Mais il ajoute que « since the parties were still in a state of negotiation, it is impossible to say with any degree of certainty what the material terms of that contract would be »⁷¹. En conséquence, l'ouvrage réalisé en attendant le contrat « was not referable to any contractual terms »⁷². Autrement dit, la lettre d'intention n'a aucune valeur juridique.

Plusieurs auteurs annoncent une évolution du droit anglais, en raison du fait que la jurisprudence a toujours été sensible aux pratiques commerciales et que l'utilisation des lettres d'intention est de plus en plus fréquente. Si l'on se fie à l'opinion d'un juriste anglais à la fin des années 70⁷³, il semble que ce soit seulement un vœu !

Il faut se demander pourquoi certains documents précontractuels anglais portent la mention « *subject to contract* » ou autre formule visant à n'assumer aucune obligation juridique, ce qui semble une précaution inutile compte tenu du peu de valeur accordée de toute façon aux documents préliminaires par la common law. Vraisemblablement, cela est utile lors de négociations non pas entre *common lawyers* mais avec des civilistes pour qui la lettre d'intention peut avoir une valeur juridique. Cependant, cette clause pose un problème lors de relations internationales car, si elle est considérée comme pleinement efficace en droit anglais, il n'est pas certain qu'elle ait beaucoup d'effet, en droit français notamment.

Aux États-Unis, pour déterminer l'existence de liens contractuels dans les ententes précontractuelles, on s'attache moins à l'expression d'un accord formel entre les parties qu'à leur intention. Celle-ci est recherchée aussi bien dans

69. *British Steel Corp. c. Cleveland Bridge Engineering Co* (1984) 1 All E.R. 505 (Q.B.). Cette cause ainsi que celle citée précédemment sont particulièrement intéressantes, car la phase précontractuelle ne semble pas susciter une abondante jurisprudence britannique.

70. *Id.*, p. 510.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.*

73. « For the moment, however, these are speculations, as there no present indications that the law will develop along these lines in the short time », cité dans M. FONTAINE, *op. cit.*, note 39, p. 105.

les termes du document que dans l'observation des actions subséquentes des partenaires⁷⁴.

Les faits de la cause *Franck Horton*⁷⁵ sont sensiblement analogues à ceux de l'affaire *British Steel Corp.*⁷⁶ : l'une des parties commença à exécuter le contrat à la suite d'une lettre d'intention, mais le contrat principal ne fut jamais signé. Le tribunal, en considérant divers facteurs, a admis qu'un contrat avait été conclu par la lettre d'intention.

Aux États-Unis, les parties qui ne désirent pas être liées par l'accord *with open terms* n'ont qu'à le préciser dans cet accord pour lever toute équivoque et les tribunaux respectent ces mentions.

Donc, il se dégage deux tendances quant à la qualification des ententes précontractuelles en common law. Dans les deux cas, cependant, pour aboutir à une solution, on prend en considération l'intention des parties. L'opinion britannique est assez constante : ces documents n'ont pas de valeur juridique, la rédaction d'un accord précontractuel dénotant presque *ipso facto* la volonté de ne pas s'engager contractuellement. En Amérique du Nord, où la règle est plus nuancée, l'on ne retrouve pas de solution aussi systématique. Parfois, l'on reconnaît aux lettres d'intention une valeur de document contractuel.

b) Le droit civil

Dans la plupart des pays de droit civil où, rappelons-le, le consensualisme préside à la formation des contrats, c'est la relation entre les parties plus que l'expression formelle de leur intention qui détermine s'il y a engagement contractuel ou non. Ce n'est pas la signature d'un document qui crée des droits et des obligations. Cela a une double conséquence : il pourrait y avoir contrat sans écrit et la présence d'un écrit ne traduit pas forcément l'existence d'un contrat. Une fois encore, il faut examiner l'intention des parties de façon à déterminer le rapport de droit entre elles.

Tous les juristes français semblent d'accord pour voir dans les premiers échanges entre les futurs partenaires des documents sans valeur. Ils consistent en demandes d'informations, propositions portant sur tel aspect de la négociation, etc. À ce stade-ci, la liberté de leurs auteurs est très grande et elle exclut toute volonté de s'engager contractuellement. Cependant, contrairement à monsieur Cédras qui ne leur attribue aucune « valeur juridique »⁷⁷, il vaudrait mieux dire que ces documents n'ont aucune valeur contractuelle. On ne peut y rattacher des obligations mais, dans certains cas, ils peuvent certainement entraîner une responsabilité délictuelle, ne serait-ce que parce que, comme le fait remarquer ce juriste, on peut « y trouver des renseignements sur l'état d'esprit des partenaires »⁷⁸.

Qu'en est-il des accords suivants, ceux intervenant à un stade plus avancé, qu'ils portent soit sur l'aménagement des pourparlers, soit sur le fond du

74. « [...] A letter of intent is sometimes an enforceable legal instrument and sometimes it is not. It all depends on the intention of the parties as shown from the words of the instrument and from what the parties said and did in connection with executing the instrument », *Itek II*, 274 A.2d at 143, cité dans R. B. LAKE, *op. cit.*, note 38, p. 339.

75. *Franck Horton & Co c. Cook Electric Co*, 356 F. 2d 485 (7th Circ.), 384 U.S. 952 (1966).

76. Précitée, note 69.

77. J. CÉDRAS, *op. cit.*, note 16, p. 276.

78. *Id.*, p. 277.

contrat projeté? Plusieurs auteurs leur reconnaissent, à juste titre, un contenu contractuel, engendrant droits et obligations. Le raisonnement qui mène à une telle conclusion semble certainement une hérésie pour des *common lawyers* mais est très naturel pour un esprit civiliste.

Prenons un exemple, afin d'illustrer notre propos. Sur la voie plus ou moins rapprochée de l'accord final, les partenaires ponctuent leurs négociations d'ententes; supposons que l'une d'elles interdise les négociations parallèles avec des concurrents. Les deux parties s'entendent parfaitement sur ce point. N'est-ce pas un contrat, avec ses quatre conditions de fond, décrites par le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil français*⁷⁹? Consentement, capacité des contractants, cause — objective ou subjective — et objet, à savoir l'exclusivité des négociations.

Si l'on considère les ententes constatant l'accord des parties sur certaines clauses du futur contrat, la conclusion est la même. L'objet peut poser un problème, à première vue; les engagements pris ne sont pas de les exécuter, bien sûr, mais de ne pas les remettre en cause et ce qui sous-entend en filigrane de mettre tout en œuvre pour arriver à l'accord final qui contiendra ces clauses. Autrement dit, l'obligation créée par de tels accords en est une de bonne foi.

Donc, en suivant un raisonnement civiliste, il n'est pas du tout déraisonnable de voir dans ces ententes précontractuelles des contrats préalables. On pourrait les décrire comme des « mini-contrats » sur le chemin de la conclusion du contrat futur.

Ainsi, selon le droit civil, la qualification contractuelle des ententes est plus facilement admise qu'en *common law*. On constate que plus les pourparlers avancent, plus la qualification contractuelle des accords, aussi bien sur l'aménagement du processus que sur le fond, apparaît clairement. Pour un civiliste, la dichotomie est évidente : si les ententes ne sont pas qualifiables de contractuelles, tout manquement sérieux relèvera du domaine des délits. Le raisonnement n'est pas parfaitement réversible puisque un engagement contractuel n'exclut pas forcément un recours délictuel, si nécessaire.

Est-il besoin d'insister sur l'importance de la clarté d'expression de ces engagements? *Common lawyers* et civilistes s'entendent sur ce point. Comme l'a dit monsieur Clark en parlant des *letters of comfort*⁸⁰, « woolliness and deliberate equivocation should be left to diplomats. In the real world of commercial relations they provide cold comfort ». Une précaution dans ce sens est d'insérer dans le « mini-contrat » des formules excluant tout lien contractuel ou pourquoi pas, au contraire, exprimant nettement la volonté d'être lié contractuellement. Attention cependant en cas de litige porté devant les tribunaux, car dans de nombreux pays, un juge peut écarter les termes utilisés par les parties dans le document pour lui donner la qualification qui lui semble exacte. La formule précisant la volonté des parties n'est cependant pas superflue face à un tribunal français puisque, à l'heure actuelle, l'article 12 du *Nouveau Code de Procédure Civile* permet aux parties de lier le juge par leur qualification.

L'intention des parties n'est pas traitée de la même façon dans tous les pays. En France, au Québec et dans les pays anglo-saxons, le juge recherche l'intention plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. En Allemagne, c'est plus la volonté exprimée des contractants qui prime et non leur volonté réelle.

79. Article 984 C.c.B.-C. et article 1108 Cc.

80. D. H. CLARK, « Commentaire d'arrêt : *Kleinwort Benson Ltd c. Malaysia Minig Corp. Bhd* », (1990) 69 *La Revue du Barreau canadien* 753, p. 760.

Raison de plus, lors de relations internationales, pour que la qualification souhaitée soit très clairement exprimée et qu'elle reflète la volonté des parties.

c) *Deux illustrations jurisprudentielles*

Pour terminer l'analyse comparative entre la common law et le droit civil, voici deux exemples qui illustrent exactement... le contraire des principes habituellement établis par ces deux systèmes juridiques. Dans les deux cas, les juges ont eu à se demander si l'expression des volontés dans des documents pré-contractuels signifiait que les négociations étaient terminées et qu'alors les parties étaient liées juridiquement.

(i) *Texaco Inc. c. Pennzoil Co*⁸¹

Dans cette affaire, Gordon Getty et la société Pennzoil négocièrent avec la société Getty Oil en vue du rachat de la totalité de ses parts. Les trois parties en vinrent à signer un *memorandum of agreement* qui devait être approuvé par le conseil d'administration de la Getty Oil. Dans un premier temps, il a été rejeté parce que le prix d'achat proposé était trop bas. Le lendemain, après modification du prix, le conseil d'administration a accepté le *memorandum* et les parties firent une déclaration à la presse, annonçant leur *agreement in principle*.

Pendant que les avocats de la Getty Oil rédigeaient le contrat définitif avec Pennzoil, la société Texaco entra en contact avec celle-ci. Les deux nouveaux partenaires signent une lettre d'intention et Texaco achète officiellement la Getty Oil pour un prix plus élevé que celui proposé par Pennzoil. Cette société poursuit en justice Texaco pour avoir provoqué l'échec de son offre d'achat de la Getty Oil.

Plusieurs tribunaux des États-Unis ont eu à examiner différents aspects juridiques soulevés par le litige. Seuls nous intéressent ici les débats sur le droit des contrats de la common law. La question principale était de savoir si l'accord de principe entre Pennzoil et la Getty Oil constituait un contrat définitif liant les parties. En outre, les tribunaux devaient déterminer si l'action menée par Texaco constituait une faute délictuelle — *tort* — ayant provoqué la rupture du contrat initial.

Après analyse des circonstances et des documents, les tribunaux ont conclu que Pennzoil et la Getty Oil avaient dépassé le stade où les parties n'ont pas l'intention de créer une relation contractuelle mais, cependant, n'avaient pas encore rédigé un contrat définitif. Les partenaires en étaient à une étape intermédiaire, au-delà des pourparlers et sur la voie du contrat définitif.

Une fois admis que les parties étaient dans une espèce de zone grise, il a fallu examiner la teneur de l'accord : soit il était suffisamment complet pour être exécuté, soit elles y avaient posé des conditions, le considérant alors comme non exécutoire avant la signature de l'accord définitif. Or les partenaires avaient rédigé un *memorandum of agreement* qui décrivait en détail les termes de la transaction. Cela prouvait qu'un accord existait sur les points essentiels. Selon le droit du Texas et celui de l'État de New York, des modifications à un *memorandum* n'annulent pas l'accord initial. Donc, le fait qu'il ait dû être retravaillé, sur les recommandations du conseil d'administration de la Getty Oil, ne change rien. Par conséquent, selon le tribunal de première instance de Houston puis la Cour d'appel du Texas, Pennzoil et la Getty Oil étaient liées contractuellement⁸².

81. *Texaco Inc. c. Pennzoil Co*, 729 S.W. 2nd 768 (Tex. App. 1987).

82. Il faut souligner que c'est un jury qui est à l'origine de cette décision...

En outre, en ce qui concerne l'intervention de Texaco, les tribunaux ont reconnu sa responsabilité civile — *tort liability* — dans la rupture du contrat initial et les dommages ont été calculés sur cette base⁸³ qui peut être invoquée même en l'absence de faute grave ou de mauvaise foi.

Donc, en appliquant les principes de la common law des États-Unis, il y avait un véritable lien contractuel entre la Getty Oil et Pennzoil et l'interférence d'un tiers dans cette relation relève du domaine délictuel. Ce litige illustre de façon retentissante les conséquences désastreuses d'exprimer ses intentions d'une manière ambiguë dans des lettres d'intention. Entre partenaires soumis à la common law, la mention que l'accord de principe était « *an unforceable agreement to agree* », aurait certainement amené les tribunaux à une qualification différente du document et Texaco n'aurait certainement pas été condamnée à des dommages-intérêts pratiquement équivalents à son bénéfice annuel de cette époque-là...

(ii) *Buitoni c. IRI*⁸⁴

Dans ce cas, les deux parties relevaient du droit civil italien. À la suite de la vente de la société SME, le Instituto per la Ricostruzione Industriale (le IRI), propriétaire de cette société, et Buitoni ont signé un document qui ne s'intitulait ni contrat ni lettre d'intention mais qui commençait simplement par le nom des parties et indiquait que les ententes décrites dans le document avaient été atteintes. L'accord précontractuel, qui n'avait pas été rédigé par des juristes, ne parlait pas d'un accord final subséquent. Le président de Buitoni s'y disait disposé à acheter les parts de la SME et le vendeur déclarait être d'avis qu'il était avantageux pour le IRI de céder les parts qu'il détenait dans la SME aux conditions établies dans le document.

L'acquisition était soumise à deux conditions prévues dans la lettre d'intention. L'une d'elles, l'obtention d'autorisations gouvernementales, n'a pas été remplie. Le IRI a refusé de procéder à la transaction, prétendant que la lettre d'intention n'était pas contraignante juridiquement. Buitoni a intenté une action contre le IRI, pour bris de contrat, alléguant que les parties avaient déjà conclu un contrat.

Les trois tribunaux qui ont entendu la cause⁸⁵ ont donné raison au IRI : le document ne contenait pas de termes liant juridiquement les parties. Sa rédaction le prouve puisque les parties y décrivent le contenu comme une « *intensa* »⁸⁶ et évitent d'utiliser une terminologie plus engageante. L'accord était donc, selon les juges, une expression de l'intention de négocier mais certainement pas la déclaration d'une volonté de conclure un contrat, préliminaire ou définitif, ne contenant que l'ébauche de la transaction envisagée. La lettre d'intention établissait simplement un schéma, à partir de la proposition du Buitoni, d'un futur contrat devant être soumis à l'approbation du gouvernement et ne pouvait ainsi avoir aucune conséquence juridique.

83. Restatement (second) of Torts (1977), article 774 A : « One who is liable another for interference with a contract [...] is liable for damages for [...]

a) the pecuniary loss of the benefits of the contract [...] [and]

b) consequential losses for which the interference is a legal cause. »

84. *Buitoni s.p.a. c. Instituto per la Ricostruzione Industriale*, 11 juillet 1988 I Foro It. 2584 (1988) [Cour de Cass.].

85. Tribunal de Rome en première instance, Cour d'appel puis Cour de cassation.

86. Intention, en italien.

La moralité de cette affaire, c'est que lorsque les partenaires désirent être liés, il vaut peut-être mieux confier la rédaction des lettres d'ententes à des juristes qui pourront adéquatement traduire leur volonté de conclure un contrat préliminaire qui, il faut s'en souvenir, a une valeur juridique en droit civil.

d) *La Convention de Vienne*

Après avoir comparé dans leurs grandes lignes les qualifications de la phase précontractuelle proposées par les deux systèmes de droit du monde occidental, il peut être intéressant de consulter la Convention de Vienne⁸⁷, un texte spécialement conçu pour harmoniser et réglementer les pratiques du commerce international. Il est très surprenant de constater que la période de négociations n'y est pratiquement pas prévue. À plus forte raison, il n'y est pas fait référence expressément aux lettres d'intention ou autres documents préliminaires.

Lors des travaux préparatoires à la Convention, il y eut de vives discussions à propos de l'insertion de clauses relatives à la conduite des parties pendant la période de préparation du contrat. Finalement, ce sont les opposants qui eurent gain de cause.

Cependant, en reliant les articles 8 et 9 et en extrapolant un peu, il n'est pas déraisonnable d'admettre que le comportement des partenaires durant la phase précontractuelle est quand même couvert par la Convention. En effet, le premier paragraphe de l'article 8 indique que : « Aux fins de la présente Convention [...] les [...] comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci [...] » et le troisième précise : « Pour déterminer l'intention d'une partie [...], il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties [...] ». L'article 9 (2) prévoit : « Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage [...] qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type [...] ».

Même si le texte ne couvre que les contrats formés selon le schéma « classique » de l'offre et de l'acceptation, par analogie, on peut prétendre que, durant la phase précontractuelle, les parties sont tenues à une conduite de bonne foi, puisque ce comportement fait partie des usages du commerce international⁸⁸.

En vertu de l'autonomie de la volonté, prévue à l'article 6, les parties peuvent rédiger des documents précontractuels. Mais, bien sûr, le texte ignore tout de leur contenu et des obligations qu'ils peuvent engendrer. En ce qui concerne la sanction quant aux manquements à ces obligations, selon monsieur Bonell⁸⁹, les règles de la Convention sur la conclusion des contrats, contenues aux articles 25 à 29, peuvent être appliquées par analogie. Encore faut-il que les accords précontractuels puissent être qualifiés de contrats...

La lacune la plus importante de cette convention porte sur l'aspect pratique de la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle, puisqu'elle est totalement en dehors de son champ. Si un comportement fautif influe sur la conclusion

87. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, précitée note 30.

88. Cette question sera abordée dans un texte subséquent.

89. M. J. BONELL, « Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods » *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 10, p. 9.

du contrat, c'est la validité même du contrat qui pourra être douteuse, en vertu de tous les principes juridiques. Or la convention spécifie à son article 4 qu'elle ne concerne pas la validité du contrat. Si aucun contrat final n'est conclu entre les partenaires, la responsabilité précontractuelle faisant partie des matières « qui ne sont pas expressément tranchées »⁹⁰ par la Convention, celle-ci renvoie, une fois encore, aux droits nationaux, ce qui, nous allons le voir, procure aux parties une grande insécurité juridique, contrairement aux conventions, dont le but est justement d'uniformiser des règles.

3. La loi applicable à la phase précontractuelle

Lors de relations commerciales internes, les interlocuteurs sont soumis à un seul système juridique qui leur est commun. En cas de litige, un tribunal national sera saisi, qui appliquera la loi en vigueur à l'intérieur des frontières de l'État.

Quand des échanges commerciaux ont lieu entre partenaires de pays différents, la situation devient plus complexe. En effet, ils sont soumis chacun à des systèmes juridiques distincts dont les lois ne sont pas identiques. Si un problème surgit, il va falloir résoudre principalement deux questions : quelle est l'autorité compétente pour entendre le litige et quelle loi doit être appliquée au fond du litige, c'est-à-dire quelle règle régira effectivement la situation ? Nous ne nous attarderons pas à la première, le conflit de juridiction, pour examiner plutôt la seconde, car ce qui est intéressant ici est de voir quel instrument le tribunal saisi va-t-il utiliser pour résoudre un incident apparu au cours de la phase précontractuelle.

Le cheminement, en droit international privé, consiste d'abord à déterminer la nature juridique du problème, à le qualifier. Cela revient à « attribuer l'existence juridique à un être, à une chose, à un fait en le rangeant dans une catégorie légale »⁹¹. Ainsi quand le juge décidera que tel document est un contrat, il le qualifiera.

Ensuite, il va falloir effectuer un choix entre les différents droits nationaux applicables. Le lien entre la qualification et la norme juridique qui régleme la situation est le facteur de rattachement. Chaque système national, puisque chaque pays a ses propres règles de droit international privé, prévoit des facteurs de rattachement. C'est donc la qualification du problème qui est à la base de la solution. D'elle dépend le facteur de rattachement et de lui dépend la loi qui sera appliquée.

Les négociations précontractuelles internationales illustrent parfaitement toute la complexité du problème — parce que plusieurs lois sont en concurrence et parce que la qualification n'est pas identique dans les différents systèmes juridiques — et l'éventail de solutions possibles.

Lors des pourparlers, en cas de comportement fautif d'une partie, le juge ou l'arbitre devra donc se demander si le litige est de nature contractuelle, délictuelle... ou en dehors du droit. Selon les règles du droit international privé, cette qualification est faite selon l'ordre juridique d'où l'instance saisie tire sa règle de rattachement; ainsi, un tribunal judiciaire qualifiera selon la *lex fori*⁹². C'est

90. Article 7(2), *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, précitée note 30.

91. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, 3^e éd., t. 1, 1947, p. 309, cité dans J.-G. CASTEL, *Droit international québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 46.

92. *Lex fori* : la loi du tribunal saisi du litige, J.-G. GASTEL, *op. cit.*, note 91, p. 889.

logique puisque le problème de la qualification précède le choix de la loi compétente. Avant de qualifier, il est impossible de savoir quelle loi sera applicable au litige.

La qualification n'est donc pas universelle et dépend de l'autorité saisie. En ce qui concerne une défaillance dans le processus même de la négociation, quand le juge allemand y verra une situation contractuelle, le juge québécois se tournera plutôt du côté des délits et le tribunal anglais risque de n'y rien voir du tout.

Au Québec, les problèmes relevant de la responsabilité délictuelle étaient traités selon la *lex loci delicti commissi*, la loi du lieu où s'est produit le fait dommageable. Il y a une cinquantaine d'années, la Cour suprême du Canada⁹³ a imposé à notre système civiliste la règle de common law suivie dans les provinces anglophones. Ce principe, énoncé en 1897, fait intervenir et la *lex fori* et la *lex loci delicti commissi*⁹⁴. Aux États-Unis, où l'on s'écarte de cette règle traditionnelle, l'on tient compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce pour trouver la loi qui a le rapport le plus concret avec la responsabilité en question, la *proper law of tort*. En Europe, une certaine tendance favorise la *lex fori* en matière délictuelle⁹⁵.

En matière contractuelle, la règle universelle est l'autonomie de la volonté; les parties ont le droit de choisir, dans une large mesure, la loi applicable à leur contrat⁹⁶. Mais il arrive que les parties n'aient pas indiqué dans leur accord à quel(s) droit(s) elles entendaient se soumettre. Les autorités saisies devront alors rechercher la volonté implicite des parties ou utiliser les facteurs de rattachement fournis par leur propre système juridique pour déterminer la loi applicable à la relation contractuelle⁹⁷. Parmi ceux utilisés dans les pays civilistes, notons le lieu de conclusion du contrat⁹⁸ et le lieu de l'exécution du contrat⁹⁹.

93. *O'Connor c. Wray*, [1930] S.C.R. 231 et surtout *McLean c. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62.

94. *Machado c. Fontes*, L.R. [1897] 2 Q.B. 231 : il faut que l'acte dommageable donne ouverture à une action en dommages selon la loi du tribunal saisi et que l'acte dommageable constitue un acte injustifiable selon la loi du lieu où il a été commis. Cet arrêt reprend, en l'élargissant, le principe du common law britannique énoncé dans *Phillips c. Eyre*, (1870), L.R. 6 Q.B. 1.

95. Pour les questions de qualification des délits, voir J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 91, pp. 449-463.

96. Au Québec, voir l'article 8 du Code civil. En France, « la loi applicable aux contrats en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée [...] » (Cass. Civ. 24 avril 1952, J.C.P. 1952, II, 6, 820, cité dans J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 91, p. 504). Article 7 de la *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, La Haye, 22 décembre 1986 : « La vente est régie par la loi choisie par les parties [...] ».

97. À notre avis, ce que l'on appelle traditionnellement « volonté implicite » des parties par opposition avec la « volonté exprimée » sous forme d'une clause de choix de loi, n'a souvent pas grand chose à voir avec l'intention même tacite des contractants. C'est l'impossibilité de mener à bien cette opération divinatoire qu'est la recherche de la volonté implicite qui fait préférer l'utilisation des facteurs de rattachement. Ils sont des outils « logiquement » déterminés par les législateurs ou les tribunaux et qui aident précieusement les autorités saisies à sortir d'une impasse.

98. Article 8 C.c.B.-C. : Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.

99. Paris, 16 avril 1926, D. 1926, II, 105, cité dans J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 91, p. 504.

Monsieur Castel cite également le lieu de la négociation, le lieu où est situé l'objet du contrat, le siège des affaires des contractants puis le domicile, la résidence et la nationalité des parties¹⁰⁰. L'utilisation de tels facteurs répond au souci de localiser objectivement le rapport juridique des parties, de chercher le centre de gravité de la relation contractuelle.

Le prochain *Code civil du Québec* prévoit un autre facteur de rattachement, la résidence ou l'établissement de la partie qui doit fournir « la prestation caractéristique »¹⁰¹. Le Tribunal fédéral suisse a énoncé le premier la formule il y a une quarantaine d'années¹⁰². Cette « solution helvétique » a été également retenue par la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*¹⁰³. La « prestation caractéristique » correspond à l'obligation qui détermine la nature du contrat. Ainsi, lors d'une vente, c'est ce que doit accomplir le vendeur qui est caractéristique du contrat¹⁰⁴. En utilisant ce facteur de rattachement, l'autorité saisie applique la loi de la résidence — ou de l'établissement — du débiteur de l'obligation, ce qui est en général assez facile à déterminer.

Dans les pays de common law, on recherche la *proper law of contract*, celle qui a le lien le plus étroit et le plus substantiel avec le contrat, en considérant, comme dans le cas de la responsabilité délictuelle, un certain nombre d'éléments entourant la situation.

Il faut se demander si toutes ces règles déterminant la loi applicable au contrat sont transposables aux relations précontractuelles. Cela semble très difficile. En effet, l'intention implicite des parties est certainement douteuse, du moins à un stade précoce de la relation. Quant à la clause de choix de loi, elle est peut-être envisageable dans certains documents précontractuels, si tant est que les partenaires aient eu conscience d'être situés en situation contractuelle. De plus, si le fait d'entamer un processus de négociation peut être considéré comme un contrat tacite, comme en droit allemand notamment, il est impossible que les parties aient inséré une clause de choix de loi.

Donc, les parties se trouvent dans l'incertitude en ce qui concerne la qualification en raison de la multiplicité des solutions possibles, d'où incertitude quant à la loi applicable. Incertitude également quant aux aspects pratiques, puisqu'à l'intérieur d'un même système juridique, la qualification contractuelle ou délictuelle de la responsabilité précontractuelle a des conséquences différentes en ce qui concerne notamment le fardeau de la preuve, le calcul des dommages et la prescription.

Pour diminuer cette insécurité juridique, les pays établissent entre eux des conventions visant, par exemple, à unifier les règles de conflits de loi¹⁰⁵ ou à

100. J.-G. CASTEL, *id.*, p. 506.

101. Articles 3112 et 3113 PCcQ.

102. *Chevalley c. Genimportex*, 12 fév. 1952, (1953) *R.C.D.I.P.* 390, note G. FLATTET, cité dans A. PRUJINER, « Le statut des obligations en droit international privé », (1988) 29 *Les Cahiers de Droit* 1097, p. 1117.

103. Article 4, *Convention de Rome CEE sur la loi applicable aux obligations conventionnelles (Rome, 1980)*, citée dans A. PRUJINER, *Traité et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992, p. 200.

104. Voir l'article 117 du *Code fédéral des obligations* (1987) qui donne des exemples de prestations caractéristiques, cité dans A. PRUJINER, *op. cit.*, note 102, p. 1118.

105. *Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, précitée, note 96.

unifier les règles matérielles relatives à la vente¹⁰⁶. Mais dans la pratique, elles ne résolvent pas tous les problèmes entre commerçants internationaux, car ou bien elles ne sont pas encore en vigueur, ou bien les États dont relèvent les partenaires ne les ont pas ratifiées ou signées, ou bien elles n'envisagent pas toutes les situations possibles bien que courantes.

C. LA FIN DE LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

La phase précontractuelle peut se terminer en raison de deux événements opposés, l'abandon du projet ou la signature du contrat envisagé. Tout le monde constate qu'il n'est pas toujours aisé de discerner le moment précis où les pourparlers prennent fin « pour être immédiatement remplacés par le "rien" du détachement ou le "tout" de l'étreinte contractuelle »¹⁰⁷.

Une des principales difficultés peut être de reconnaître au milieu des échanges multiples et des accords préliminaires, souvent nombreux, entre partenaires ce qui constitue une offre de contracter et une acceptation et donc de déterminer le moment précis de la conclusion du contrat définitif. Fréquemment, « on se trouve dans une zone grise et on ne distingue plus clairement si on est en présence d'un contrat ou non »¹⁰⁸. Les faits peuvent prêter à confusion et la difficulté augmente, nous l'avons vu, à cause des différentes conceptions légales de la formation des contrats. Répondre aux questions — y a-t-il offre, y a-t-il acceptation et donc y a-t-il contrat? — relève autant de l'analyse factuelle que du point de vue juridique de chacun.

1. Le contrat final est conclu

La conclusion, hors de tout doute, d'un contrat final est l'aboutissement idéal, pour les partenaires, de la phase de négociations. En outre, elle apporte un certain soulagement dans l'esprit d'un juriste quant à la nature des relations juridiques des parties. À partir de ce moment, on pourrait presque dire de cet instant, soumises à des droits et des obligations contractuelles, elles mettent en jeu leur responsabilité contractuelle, ce qui, dans certains cas, n'exclut pas automatiquement une responsabilité délictuelle.

Le changement de relation entre les parties n'a pas d'effet rétroactif, mais il y a lieu de se demander si les événements antérieurs à la conclusion du contrat peuvent avoir des répercussions juridiques sur la nouvelle situation.

Un comportement fautif d'une partie peut ne pas avoir empêché la conclusion du contrat final — « bien au contraire, parfois »¹⁰⁹ — et ne se manifester qu'après elle. Dans ce cas, il faut se tourner vers la théorie classique de la formation du contrat, dans la rubrique des vices de consentement, puisque le cocontractant a pu être trompé par l'attitude de son partenaire.

Les accords précontractuels et autres lettres d'intention n'ont souvent plus d'objet à ce stade-ci, sauf ceux, explicites ou implicites, qui portent sur la con-

106. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, précitée note 30.

107. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 83.

108. G. PEVTCHIN, *DPCI* 1979, 51, cité dans J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 83.

109. J.-M. MOUSSERON, *id.*, p. 40.

fidentialité et dont l'effet, bien que parfois atténué, doit se prolonger au-delà de la conclusion du projet final.

En résumé, à partir du moment où un contrat définitif est conclu, les aspects de la phase précontractuelle qui ont pu « déteindre » sur lui en le dénaturant seront réglés par des mécanismes principalement contractuels.

2. Le contrat final n'est pas conclu

L'autre aboutissement des négociations est l'échec des pourparlers, quand les parties n'arrivent pas à conclure un contrat définitif. L'emploi du terme « échec » suppose un certain état d'esprit; il peut y avoir purement et simplement abandon des pourparlers. L'abandon peut être considéré voulu, alors que l'échec est subit.

Il faut toujours garder à l'esprit la liberté fondamentale des parties qui se lancent dans la voie de la construction du contrat; elles peuvent toujours y renoncer : « L'obligation de négocier, dans une négociation non précédée d'aucun engagement contractuel de négocier, laisse une liberté absolue d'aboutir ou de ne pas aboutir »¹¹⁰. Comme on parle de liberté contractuelle, on pourrait parler de liberté précontractuelle dont le choix des partenaires de poursuivre ou non fait partie.

L'abandon bilatéral, d'un commun accord, ne soulève pas beaucoup de difficultés. Si cet abandon est vraiment « consensuel », la non-conclusion du contrat ne sera pas imputable à l'un des partenaires en particulier et aucune responsabilité n'entrera en jeu. En cas d'obligation contractuelle à la confidentialité, contenue dans une lettre d'intention, il faut espérer que les parties ont prévu une durée pour cette obligation et même en l'absence de contrat final, la responsabilité de chacun sur ce point est contractuelle, sur la base du « mini-contrat ». Si elle n'est pas qualifiée de contractuelle par un système juridique, la responsabilité civile entrera éventuellement en jeu.

L'abandon unilatéral de la négociation peut être perçu par l'autre partenaire comme un échec. Bien que la rupture des négociations, même unilatérale, est de l'essence de la liberté précontractuelle, elle peut être l'occasion d'une réparation pour inexécution d'une obligation de négociation ou par constitution d'une faute délictuelle dommageable. Tout dépend de la qualification donnée à la phase précontractuelle.

CONCLUSION

La formation d'un contrat nécessite la rencontre de deux volontés, celle du pollicitant et celle du destinataire de l'offre qui l'accepte. Dans la plupart des systèmes juridiques, les partenaires ne deviennent sujets de droit, l'un vis-à-vis de l'autre, qu'à partir du moment où ils sont les acteurs de ce processus de formation. La doctrine de la formation classique des contrats ne connaît que la conclusion instantanée des conventions, même si elle admet une phase préalable ponctuée d'offres et de contre-offres qui doivent présenter certaines caractéristiques pour entrer dans le champ juridique.

110. Sentence CCI n° 5953, *Journal du droit international* 117, 1990.

Il est des situations où ce « prêt-à-porter » contractuel ne peut convenir aux parties. Bien avant le stade de l'offre et de l'acceptation, elles ont besoin d'entamer un dialogue au cours duquel, petit-à-petit, elles vont élaborer ensemble le contrat souhaité. Il est indispensable qu'elles se transmettent un certain nombre d'informations qui vont influencer leur décision de s'engager ou non. Ces négociations sont courantes, en particulier lorsque les enjeux économiques sont importants ou lorsque les partenaires vont devoir être en relations d'affaires fréquentes.

En outre, lorsque les interlocuteurs sont de nationalité différente, il est parfois nécessaire, avant de se lier contractuellement, de connaître les habitudes sociales, commerciales et juridiques de son vis-à-vis. C'est pourquoi il n'est pas rare que la conclusion de contrats commerciaux internationaux soit précédée d'une phase précontractuelle que l'on pourrait dire importante quantitativement et qualitativement.

Sans aucun doute, « les pourparlers s'engagent à l'occasion d'une invitation à se rapprocher faite par une personne à une ou plusieurs autres en vue d'un éventuel accord »¹¹¹. Il est primordial de garder à l'esprit que la démarche consiste à jeter les bases d'un projet commun, à élaborer un contrat, à construire une convention; bref, elle est préparatoire à autre chose. La caractéristique d'une négociation est qu'elle consiste en une édification, non en une conclusion. Il est cependant certain que les partenaires s'engagent dans ce processus avec l'espoir et même l'intention d'une issue heureuse qui consistera en la conclusion du contrat projeté.

Contrairement à ce que donne à penser la plupart des systèmes juridiques, la période précontractuelle correspond donc à une réalité. Les négociations ont une importance indéniable sur le plan psycho-sociologique. Notamment, elles permettent une connaissance des habitudes commerciales, favorisent la projection d'une certaine image de soi, répondent à un besoin ludique.

Nous nous sommes demandés si, malgré le silence des législations nationales et des conventions internationales, la phase précontractuelle était sous la coupe du droit. Au cours de l'analyse, nous avons constaté que la phase précontractuelle peut être décomposée en deux niveaux d'observation. D'abord, il faut se pencher sur la situation elle-même, c'est-à-dire le seul fait de se trouver en face — au propre ou au figuré — d'un partenaire. Cela revient à se demander si la relation ainsi créée prend une teinte juridique par sa seule existence. La common law a du mal à admettre que naisse quelque relation juridique que ce soit entre les négociateurs. Au contraire, le droit civil voit dans la phase précontractuelle un fait juridique pouvant engendrer la responsabilité de chacun en cas d'« accident de parcours ».

L'autre niveau d'examen de la phase précontractuelle porte sur les échanges entre partenaires, sur le dialogue lui-même. Il est constitué d'ententes, plus ou moins formelles, concernant aussi bien le processus de négociation que la construction progressive du contrat.

La qualification juridique de ces documents précontractuels dépend des circonstances et du droit qui les examine. En effet, les partenaires peuvent avoir voulu, expressément ou non, que ces dispositions soient de nature contractuelle, constituant ainsi des espèces de « mini-contrats » sur la voie du contrat principal projeté.

En général, pour un juge anglo-saxon, quel que soit l'objet des lettres d'intention et quelle que soit la qualification donnée par les négociateurs, il y manque une *consideration* qui permette de déceler en elles une nature contrac-

111. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 1, p. 27 (nos italiques).

tuelle. La loyauté doit être le seul guide des négociateurs. Dans les pays civilistes, la qualification contractuelle des lettres d'intention est plus facilement admise si elle est le reflet de la volonté des parties.

La qualification du processus et des ententes précontractuels variant d'un système juridique à l'autre, et même souvent d'un droit national à un autre, tout litige survenant à ce stade de l'élaboration du contrat posera un beau problème de droit international privé. Mais ceci est l'objet d'une autre étude...