

Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi

Sylvette Guillemard

Volume 25, numéro 1, mars 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1056403ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1056403ar>

[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. (1994). Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi. *Revue générale de droit*, 25(1), 49–82.
<https://doi.org/10.7202/1056403ar>

Résumé de l'article

Lors des relations commerciales internationales notamment, les contrats sont parfois conclus après une période de négociations au cours de laquelle les partenaires sont soumis à une norme de comportement. Cet article cherche à discerner la qualification de cette obligation précontractuelle de bonne foi, en examinant la loi qui lui est applicable et en décrivant les dommages habituellement encourus ainsi que les sanctions de la violation de l'obligation. L'auteure tentera de faire ressortir les avantages et les inconvénients pratiques des différents types possibles de responsabilité engendrée par l'obligation précontractuelle de bonne foi. Le texte met l'accent sur la très récente réforme du *Code civil du Québec*.

Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi

SYLVETTE GUILLEMARD

Avocate et chercheuse à la Cour suprême du Canada

RÉSUMÉ

Lors des relations commerciales internationales notamment, les contrats sont parfois conclus après une période de négociations au cours de laquelle les partenaires sont soumis à une norme de comportement. Cet article cherche à discerner la qualification de cette obligation précontractuelle de bonne foi, en examinant la loi qui lui est applicable et en décrivant les dommages habituellement encourus ainsi que les sanctions de la violation de l'obligation. L'auteure tentera de faire ressortir les avantages et les inconvénients pratiques des différents types possibles de responsabilité engendrée par l'obligation précontractuelle de bonne foi. Le texte met l'accent sur la très récente réforme du Code civil du Québec.

ABSTRACT

Contracts, especially in international trade, are sometimes concluded after negotiations. During this pre-contractual period, partners have a duty of good faith. This article aims to set the qualification of this norm and considers the applicable law as well as the damages and the sanction of the failure to respect the duty. The author will try to point out the advantages and the disadvantages of each type of liability entailed by the precontractual duty of good faith. The author brings specific attention to the reform of the Civil Code of Québec.

SOMMAIRE

Introduction	50
I. L'obligation précontractuelle de bonne foi a-t-elle une qualification propre?	52
A. Le problème de la loi applicable à l'obligation de bonne foi.....	52
1. La loi personnelle.....	52
2. La loi de la négociation	53
a) Les droits étatiques	53
(i) Le contrat final n'est pas encore conclu.....	53
(ii) Le contrat final est conclu	54

b) <i>La lex mercatoria</i>	55
B. Description des dommages et sanctions du non-respect de l'obligation pré-contractuelle de bonne foi	57
1. Le contrat final n'a pas pu être conclu.....	58
a) <i>Les dépenses engagées pour la négociation</i>	58
b) <i>L'anticipation sur les suites du contrat projeté</i>	58
c) <i>La perte de temps</i>	59
d) <i>Les occasions perdues de traiter avec d'autres partenaires</i>	59
e) <i>La perte des avantages escomptés du futur contrat</i>	59
2. Le contrat final a été conclu	62
a) <i>Non-respect des engagements vis-à-vis des tiers</i>	63
b) <i>Frais entraînés par la préparation de l'exécution du contrat</i>	63
c) <i>Perte du bénéfice ou des avantages escomptés du contrat</i>	63
II. Conséquences de la distinction responsabilité contractuelle, responsabilité délictuelle	65
A. La prescription	66
1. La loi applicable à la prescription	66
2. Les délais.....	67
B. La preuve de la faute.....	68
1. La faute contractuelle.....	70
2. La faute délictuelle.....	71
3. Appréciation et degré de la faute	71
C. Les dommages	74
D. Le problème de la dualité du régime de responsabilité	76
1. Présentation du problème	76
2. Quelques réponses	77
Conclusion	79

INTRODUCTION

En dehors de la formation « classique » des contrats, à savoir la présentation d'une offre suivie d'une acceptation, il arrive souvent que lorsque la transaction projetée revêt une certaine ampleur ou que les relations entre les parties présentent certaines caractéristiques, les choses se passent bien différemment. Il en est ainsi, par exemple, lorsque des montants financiers importants sont en jeu ou que des commerçants font affaire avec des partenaires étrangers.

La relation entre les parties débute alors, bien loin de l'étape de formation d'un contrat, sous forme d'échanges servant à « tâter le terrain ». Contrairement au cas classique « il n'y a pas à ce stade de préfiguration de la situation contractuelle à venir. Il n'y a qu'une volonté, sujette à revirements, de rechercher quels pourraient être les éléments d'un éventuel contrat »¹. Petit à petit, les parte-

1. T. ROUSSEAU-HOULE. *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée et Sorel, 1982, p. 39.

naires vont construire conjointement leur projet commun, ils vont participer à part égale à sa maturation. D'ailleurs, le travail préparatoire des deux parties est tellement collectif qu'« elles ont une égale possibilité d'être pollicitant »².

La phase précontractuelle vise à une élaboration, une construction, rien de plus. Si, prenant de plus en plus tournure, le projet ne convient pas à l'une des parties ou si elles ne réussissent pas à s'entendre sur l'idéal commun, les négociations devront cesser.

Cette étape préalable à la conclusion du contrat est généralement ignorée par les droits nationaux. Cependant, de nombreux juristes s'accordent pour dire que les négociations sont sous la coupe et la surveillance du droit. Les négociateurs ont par conséquent des droits et des obligations. En transposant la norme de comportement à laquelle sont soumises les parties contractuelles à la phase précontractuelle, il est logique de penser — et tout le monde semble l'admettre — qu'elles doivent être de bonne foi. « Une "déontologie de la négociation" doit donc être assurée, afin que la période précontractuelle n'obéisse pas à la seule "loi de la jungle" »³.

Un devoir ne devient obligatoire que parce qu'il s'assortit d'une sanction. Pour certaines personnes, la crainte de seules réprimandes morales est efficace, pour d'autres, elle ne suffit pas... Il est nécessaire de décrire en quoi consiste un manquement à l'obligation précontractuelle de bonne foi et de vérifier quelle voie le droit choisit pour accorder réparation à la victime. C'est de la qualification donnée à cette obligation que dépend justement l'utilisation de tel ou tel remède. Il est opportun de se demander alors si l'obligation précontractuelle de bonne foi a une qualification propre ou — et telle est l'hypothèse que nous chercherons à vérifier — si elle prend la teinte juridique des circonstances qui la créent.

L'examen des violations des obligations amène évidemment à pénétrer le domaine de la responsabilité⁴. La comparaison du régime contractuel et du régime délictuel permettra en premier lieu de faire ressortir leurs différences⁵. Une telle étude n'est pas purement théorique puisque ces différences ont des conséquences pratiques importantes sur la prescription, les moyens de preuve et les montants des dommages accordés, réalités bien concrètes pour la victime et le fautif. À cette occasion, nous évaluerons les avantages et les inconvénients de chacun des types de responsabilité.

Nous porterons une attention particulière aux négociations commerciales entre partenaires étrangers. C'est pourquoi nous chercherons des réponses à nos questions dans les deux grands systèmes juridiques du monde occidental, le droit civil et la common law. En outre, nous interrogerons la *lex mercatoria*, ce « droit coutumier transantional »⁶. Nous devons également considérer les règles contenues dans les conventions internationales.

2. *Id.*, p. 40.

3. J. SCHMIDT, « La négociation du contrat international », (1983) 9 *Droit et pratique du commerce international* (ci-après : *D.P.C.I.*) 239, p. 251.

4. Nous n'envisagerons ici que la responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle, dans la mesure où seules nous intéressent les relations entre les parties. Nous laissons à d'autres le soin d'étudier la responsabilité pénale...

5. Depuis le 1^{er} janvier 1994, au Québec, on ne doit plus parler que de « responsabilité contractuelle » et « responsabilité extracontractuelle ». L'expression « responsabilité délictuelle » est obsolète.

6. J. BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international? », (1985) *McGill L.J.* 478, p. 481.

I. L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI A-T-ELLE UNE QUALIFICATION PROPRE ?

A. LE PROBLÈME DE LA LOI APPLICABLE À L'OBLIGATION DE BONNE FOI

Quand Ripert dit que « la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif »⁷, nous pouvons prétendre que la règle morale et la bonne foi en particulier imprègnent indéniablement la phase précontractuelle, que ce soit en vertu des différents systèmes juridiques ou à cause des usages du commerce international. Il est universellement admis que les négociateurs ont la liberté fondamentale de conclure ou non le contrat qu'ils sont en train d'échaffauder; par contre, il est généralement reconnu que leur comportement lors de la phase précontractuelle, lui, n'est pas totalement libre. Ils sont notamment soumis à une obligation de bonne foi qui, comme toute obligation, leur impose certaines contraintes et restreint légèrement la liberté de leur conduite.

Puisque dans les relations qui nous intéressent particulièrement, le commerce international, différents systèmes juridiques peuvent « co-exister », il faut se demander quelle est la loi applicable au comportement des parties lors de la négociation précontractuelle.

Imaginons, par exemple, des pourparlers entre une partie anglaise et une partie allemande. Un coup d'œil rapide à la situation révèle qu'il y a au minimum deux systèmes juridiques en présence, l'anglais et l'allemand, soit les droits nationaux propres à chacun des négociateurs. On peut se demander si l'obligation de comportement d'un individu est soumise à la loi personnelle, c'est-à-dire celle qui suit la personne — physique ou morale — et qui est rattachée soit à son domicile soit à sa nationalité.

1. La loi personnelle

La loi personnelle est « l'ensemble de règles juridiques qui régissent essentiellement la condition juridique d'une personne »⁸. Elle a une portée extra-territoriale puisqu'elle suit l'individu quels que soient ses déplacements et elle régit les matières qui constituent le statut personnel, à savoir l'état et parfois la capacité⁹. L'état comprenant l'identification des personnes et les relations de famille, il ne nous concerne pas.

Par contre, y a-t-il un lien entre capacité et obligation de bonne foi? D'un certain point de vue, effectivement, les deux notions se chevauchent. Tous les systèmes juridiques exigent l'aptitude à être titulaire de droits et à les exercer pour pouvoir contracter. Celui qui fait faussement croire à son cocontractant — ou à son futur cocontractant si l'on se situe au stade des négociations¹⁰ — qu'il a la capacité

7. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., n° 157.

8. *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (ci-après : C.R.D.P.C.Q.), 1985, p. 177.

9. Article 3083 C.c.Q. article 6 C.c.B.-C.; article 3 Code civil (France) (ci-après : C.c.Fr.); article 11 al. 1 du Code civil égyptien; articles 7, 14, 17, 18 à 22 du Code civil allemand; article 3 al. 3 Code civil (Belgique) (ci-après : C.c.b.); article 5 du Code civil grec.

10. Voir un exemple cité dans M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEC, p. 24.

de contracter ou même d'entamer une relation précontractuelle est bien évidemment de mauvaise foi. Or la loi personnelle détermine ce que l'on pourrait désigner comme les conditions et le contenu de la capacité¹¹ mais ne touche aucunement son exercice. Elle concerne le sujet, non son vis-à-vis. Étant par nature destinée à assurer la protection de la personne, elle ne regarde pas les normes de comportement dans les relations avec autrui.

En outre, signalons que, dans les pays anglo-saxons, la capacité ne relève pas toujours du statut personnel. Aux U.S.A. — sauf en Louisiane, au système de droit civiliste — la loi de l'acte juridique l'emporte sur celle de la personne¹². En Angleterre, la situation est plus confuse puisque, selon les opinions, la capacité est soumise soit à la loi personnelle¹³, soit à la loi de l'acte juridique¹⁴. Au Canada anglais, la position est la même qu'en Angleterre¹⁵.

Donc, quel que soit le système juridique considéré, l'obligation de bonne foi de chacun des négociateurs ne sera certainement pas soumise à son droit personnel.

2. La loi de la négociation

Outre les lois personnelles des parties, il y a au moins une autre sphère juridique envisageable. Les négociateurs sont tous les deux les acteurs d'un événement qui n'existe que par eux, la négociation. Or celle-ci porte en elle toute une charge juridique. Peut-on alors appliquer à l'obligation de bonne foi la loi de la négociation? Et si oui, quelle est-elle?

a) *Les droits étatiques*

Nous examinerons la loi applicable au comportement des parties en distinguant selon que les négociations aboutissent ou non à la conclusion du contrat final.

(i) Le contrat final n'est pas encore conclu

À la suite d'un manquement à l'obligation de bonne foi, l'autorité saisie, juge étatique ou arbitre, devra en premier lieu se livrer à un exercice de qualification. Elle devra déterminer si le devoir non respecté était issu d'un contrat ou si la partie déloyale a commis une faute délictuelle. Rappelons qu'en droit international, la qualification se fait à partir des règles d'où l'autorité saisie tire sa règle de rattachement. Si, par exemple, l'autorité détient son pouvoir en vertu du droit allemand, les pourparlers étant, selon ce système juridique, de nature contractuelle, la responsabilité engendrée par une violation de la bonne foi sera contractuelle. Si, au contraire, la partie qui s'estime lésée se plaint devant un tribunal anglais, comme

11. Bien sûr, elle le fait par la négative puisque la capacité est la règle!

12. *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, article 332, cité dans B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 227.

13. M. WOLFF, *Private international law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 283.

14. R. H. GRAVESON, *The conflict of laws*, 5^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1965, p. 343.

15. Sur ce point, voir J.-G. CASTEL, *Conflict of laws*, 6^e éd., Toronto, Butterworths, 1987.

la common law de ce pays ignore le processus précontractuel, il est possible de prédire que ce tribunal estimera la réclamation du demandeur comme non fondée. Selon madame Schmidt,

pour un juge français, [...], le problème des conséquences de la rupture est classé dans le domaine de la responsabilité délictuelle, l'absence de contrat excluant, par hypothèse, l'application des règles de la responsabilité contractuelle (et la loi ne traitant pas directement de ce problème).¹⁶

La différence de qualification entraîne une diversité de solutions quant au choix de la loi applicable. Si une violation de la bonne foi entraînant l'avortement de la négociation est considérée comme un délit, elle sera traitée selon la loi du lieu où s'est produite la rupture des pourparlers, puisque les problèmes délictuels sont en général rattachés à la loi du lieu où s'est produit le fait dommageable. À l'inverse, si le manquement à l'obligation de bonne foi est qualifié de contractuel, il sera sanctionné par la loi applicable au contrat, celle-ci étant, en général, indiquée par les parties. Si elles ne l'ont pas prévue, rappelons que différents facteurs de rattachement peuvent être utilisés pour la déterminer¹⁷.

Quelquefois, les négociateurs prévoient au cours des pourparlers des dispositions contractuelles relatives à la bonne foi. Les lettres d'intentions — en quelque sorte des « mini-contrats » — portent sur le comportement général des partenaires ou sur des aspects plus précis de leur conduite. Dans de tels cas, la partie lésée par une rupture injustifiée des négociations aura à démontrer qu'une obligation de nature contractuelle a été enfreinte. Pour qu'elle ait une chance de réussir, il faut que les parties elles-mêmes se soient situées indubitablement sur un terrain contractuel, que l'autorité saisie accepte la qualification contractuelle expresse ou implicite de la relation et que la loi applicable au contrat considère que le comportement du partenaire est fautif... Si la disposition des négociateurs relative au niveau juridique sur lequel ils désirent situer leur relation précontractuelle évite bien des casse-têtes de qualification, il n'en demeure pas moins qu'elle ne résoud pas le problème de la détermination de la loi applicable à leur conduite puisque, dans les faits, les parties prévoient rarement quelle loi régira cette relation.

(ii) Le contrat final est conclu

Les hypothèses envisagées précédemment ont été examinées dans un contexte précontractuel, c'est-à-dire en amont du contrat projeté. Il arrive parfois qu'un comportement déloyal n'entraîne pas la rupture des pourparlers. Pensons, par exemple, à l'un des aspects du principe général de bonne foi qu'est l'obligation de renseignements. Il est tout à fait possible qu'un manquement à cette obligation n'entrave pas la phase précontractuelle et n'empêche pas la conclusion du contrat projeté. Mais une information incorrectement ou insuffisamment donnée pendant la phase précontractuelle peut avoir des conséquences désastreuses après la signature du contrat final. Dans la mesure où il y a eu incontestablement conclusion du contrat principal, les sanctions éventuelles de l'obligation précontractuelle de bonne foi sont alors déterminées par la loi applicable au contrat.

16. J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 3, p. 253.

17. Notamment le lieu de conclusion du contrat, le lieu de l'exécution du contrat ou, comme l'indiquent les articles 3112 et 3113 du *Code civil du Québec*, la résidence ou l'établissement de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique.

La solution a l'air simple mais dans certains cas, la situation est complexe. Selon la théorie classique de la formation des contrats, pour qu'il y ait engagement contractuel valable, le consentement des parties doit être exempt de tout vice¹⁸. Or le comportement déloyal de l'un des partenaires durant la période de négociation peut affecter la qualité du consentement de l'autre. Survient alors le problème de la formation du contrat. Il n'y a pas lieu, ici, d'insister longuement sur la question du droit applicable à la formation du contrat, qui n'est pas le sujet de cette étude, mais il convient cependant de l'aborder puisque une violation de l'obligation précontractuelle de bonne foi peut avoir des conséquences graves.

Le problème peut être énoncé à la manière d'un syllogisme dont la conclusion plonge dans la perplexité : l'obligation de bonne foi précontractuelle n'a pas été respectée; le contrat final a été conclu; les questions relatives aux matières contractuelles sont régies par la loi applicable au contrat; le contrat n'a pas été valablement formé à cause d'un vice de consentement; comme il n'y a pas de contrat, il n'y a pas de loi applicable au contrat. Heureusement, la règle 181 de Dicey sur les conflits de lois aide à sortir de l'impasse : « The formation of a contract is governed by that law which would be the proper law of the contract if the contract was validly concluded »¹⁹. La règle se retrouve à peu près dans les mêmes termes à l'article 8 de la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*²⁰. La sanction de l'obligation précontractuelle de bonne foi — en tant qu'élément constitutif du consentement et donc de la formation du contrat — sera régie par la loi qui aurait été celle applicable au contrat s'il avait été valablement conclu²¹.

On constate donc déjà un parallèle indéniable entre les problèmes de loi applicable à la situation des parties et de celle relative à l'obligation de bonne foi. Lorsque les partenaires deviennent juridiquement des parties contractuelles, à la suite de la conclusion du contrat final, c'est la loi contractuelle qui est applicable à l'obligation précontractuelle de bonne foi. Auparavant, quand ils n'en sont encore qu'au stade du dialogue précontractuel, l'obligation de bonne foi prend la teinte juridique de leur relation. Celle-ci est-elle qualifiée de contrat? C'est la loi de ce dernier qui est appliquée à l'obligation de bonne foi. Quand la qualification donnée aux pourparlers exclut toute notion contractuelle, c'est alors la loi de la responsabilité civile qui devra s'appliquer.

b) *La lex mercatoria*

En matière de commerce international, il existe un autre environnement juridique qui comporte « un ensemble de normes (principes généraux, codifications professionnelles, contrats-types, jurisprudences arbitrales) que se donnent à travers

18. Exemples : article 1399 C.c.Q.; article 991 C.c.B.-C., article 1109 C.c.Fr.

19. A. V. DICEY et J. H. C. MORRIS, *On the Conflict of Laws*, 11th ed., Vol. 2, Londres, Stevens and Sons, 1987, p. 1197.

20. « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables », *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.

21. Cette règle qui a l'air d'éclaircir en quelques mots une situation alambiquée déclenche, en fait, plusieurs questions subsidiaires, notamment : que se passe-t-il si l'application de la loi choisie par les parties a pour effet d'exclure que le contrat ait été valablement formé?

leurs organisations professionnelles, les négociants et les financiers internationaux »²² pour répondre aux besoins propres de ce domaine. Selon certains, dont Goldman, la *lex mercatoria* serait un véritable ordre juridique autonome²³. D'autres, comme monsieur Béguin, contestent ce point de vue. Sans entrer dans ce débat, loin de notre propos, il est cependant intéressant de se demander si le comportement des partenaires pourrait être soumis à cette règle de droit²⁴.

Dans le litige opposant Pabalk à Norsolor, où la formation du contrat de vente était subordonnée, selon la volonté des parties, à une négociation et un accord ultérieur, le tribunal arbitral s'est exprimé très clairement :

Devant la difficulté de choisir la loi nationale dont l'application s'imposerait avec suffisamment de force, le tribunal a estimé qu'il convenait, compte tenu du caractère international du contrat, d'écarter toute référence contraignante à une législation spécifique, qu'elle soit turque ou française, et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale.²⁵

Constatant que la bonne foi en est un des principes, le tribunal ajoute : « Elle traduit [...] une exigence de comportement qui peut être rapproché du principe général de responsabilité »²⁶. Les arbitres ont recherché « conformément au principe de bonne foi qui inspire la *lex mercatoria* »²⁷ si la rupture du mandat dont il était question était imputable « au comportement de l'une des parties et si elle avait causé à l'autre un préjudice qui serait ainsi injustifié, et dont l'équité imposerait alors qu'il soit réparé »²⁸.

Par conséquent, il ne semble pas du tout impossible que la loi applicable au comportement des parties durant la phase précontractuelle soit la *lex mercatoria*, soit en tant qu'ordre juridique autonome, soit en tant que système « domestiqué »²⁹ et intégré par les droits étatiques directement ou par le biais de conventions internationales.

22. J. BÉGUIN, *loc. cit.*, note 5, p. 478.

23. Voir, entre autres, B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et les arbitrages internationaux », (1979) 106 *Journal du droit international* (ci-après : *J.D.I.*), p. 475.

24. Nous employons l'expression générale « règle de droit » de préférence à « loi » ou « droit » justement pour nous situer en dehors de la controverse sur la qualification de la *lex mercatoria*.

25. Sentence Chambre de commerce internationale (ci-après : CCI) n° 3131, (1983) *Revue de l'arbitrage* 529, p. 530. Soulignons au passage le nombre restreint de décisions jurisprudentielles étatiques ou arbitrales en matière de rupture des pourparlers. Cela s'explique en partie par le fait qu'elle survient souvent à un stade où le préjudice subi n'est pas assez important pour mettre en branle la machine judiciaire. De plus, il peut être périlleux pour de bonnes relations commerciales d'intenter une action, même si elle est fondée, contre un partenaire avec qui l'on souhaite faire des affaires. Parfois, c'est la qualité de l'adversaire qui fait préférer un mauvais accord à un bon procès.

En ce qui concerne les sentences arbitrales, à ces arguments s'en ajoutent d'autres. En premier lieu, quelle que soit la cause des litiges, la quantité de décisions publiées est très faible par rapport au nombre de celles rendues. Ensuite, les arbitres tirent leur autorité du contrat intervenu entre les parties. Comme le domaine qui nous intéresse se situe justement avant la conclusion du contrat et que, dans la majorité des cas que nous avons envisagés, le manque de bonne foi empêche cette conclusion, le règlement par voie arbitrale n'est pas prévu.

26. *Id.*, pp. 530-531.

27. *Id.*, p. 531.

28. *Ibid.*

29. J. BÉGUIN, *loc. cit.*, note 5, p. 519.

B. DESCRIPTION DES DOMMAGES ET SANCTIONS DU NON-RESPECT DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI

En cas de manquement à l'obligation de bonne foi constituant une faute qui lui crée un préjudice, la partie lésée devra démontrer qu'elle a subi des dommages³⁰. Il convient de décrire en quoi ils consistent et comment peut se faire la réparation. Dans cette optique, nous examinerons l'opinion des tribunaux étatiques et celle des tribunaux arbitraux internationaux telle que rapportée par la doctrine. Dans le premier cas, c'est l'obligation précontractuelle de bonne foi en tant qu'obligation juridique qui est prise en compte puisque c'est la seule qui justifie la mise en branle de la machine judiciaire et qu'« il importe que le juge s'en tienne à la règle de droit »³¹. Dans le second cas, l'obligation pourra être considérée sous un aspect moins strictement juridique. En effet, l'arbitre du commerce international a un champ d'action plus vaste que le juge étatique :

Personne privée tenant ses pouvoirs des deux parties, il n'est pas — en tout cas, essentiellement — le serviteur de la loi. Cela explique que l'on puisse, dans certains systèmes juridiques, lui attribuer des pouvoirs d'amiable compositeur : et dans ce cas, c'est à son sens personnel de l'équité, dans lequel la morale entre pour une bonne part, que les parties se fient. Pour donner force obligatoire au contrat, il lui est certes loisible d'appliquer l'article 1134 du Code civil; mais il pourra préférer appliquer la règle morale selon laquelle on doit tenir ce que l'on a promis [...].³²

Quoi qu'il en soit, la violation que nous entendons examiner est celle qui reçoit une sanction officielle par un tribunal étatique ou arbitral.

N'oublions cependant pas qu'en matière de commerce international, les conséquences extra-juridiques des manquements vis-à-vis de son partenaire peuvent être au moins aussi lourdes qu'une condamnation judiciaire ou une sentence arbitrale défavorable :

La brèche creusée dans la réputation du négociateur incorrect peut être sanctionnée, au maximum, par l'exclusion du groupe, par la mise au ban de la société commerçante. Occulte et efficace, la liste noire garantit sans doute la loyauté de bien des négociateurs.³³

Comme un comportement fautif peut influencer le résultat des négociations, il est logique d'analyser les dommages et les sanctions en fonction de l'aboutissement de la phase précontractuelle. Il faut toujours garder à l'esprit, lors de cette analyse, que les négociateurs du commerce international sont soumis au principe général de la bonne foi, ne serait-ce qu'en vertu des usages dans le domaine³⁴ et que, parfois, ils ont eux-mêmes pris des dispositions renforçant l'obligation de bonne foi et l'adaptant à leur propre situation.

30. Quel que soit le domaine, délictuel ou contractuel, pour qu'une « victime » puisse avoir droit à réparation, il faut trois conclusions : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Voir notamment J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 400; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 108.

31. P. MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Éd. Litec, 1991, p. 379.

32. *Id.*, p. 380.

33. J. CÉDRAS, « L'obligation de négociateur », (1985) *Revue trimestrielle de droit commercial et économique* 265, p. 282.

34. Voir sentence CCI n° 5953, (1990) *J.D.I.* 117.

1. Le contrat final n'a pas pu être conclu

Bien sûr, la liberté de conclure ou de ne pas conclure le contrat projeté prévaut. La bonne foi n'oblige pas à contracter et c'est pourquoi nous n'envisageons que les cas où il y a réellement échec de la négociation, dû à une absence de loyauté ou de prudence ayant empêché l'issue heureuse des pourparlers.

Étant donné la très grande variété des dommages possibles, on ne peut les passer tous en revue. Nous nous limiterons aux plus courants.

a) *Les dépenses engagées pour la négociation*

Généralement, les négociations entraînent pour les partenaires des dépenses particulières. Ils peuvent être amenés à se déplacer, ils doivent parfois faire des devis, quelquefois ils font appel à des experts. Ces frais « constituent un élément important du dommage dont le juge accordera réparation sur une base délictuelle »³⁵. Le tribunal n'accordera le remboursement intégral que lorsqu'ils ont été effectués en pure perte; si les devis, expertises ou études, par exemple, peuvent être utilisés pour d'autres contrats, le dommage subi sera moindre.

Comme dans tous les cas où l'on parle de responsabilité, il faut tenir compte de la faute contributoire de la victime. En serait une le fait d'engager des dépenses exagérées compte tenu, par exemple, du stade très peu avancé des pourparlers.

b) *L'anticipation sur les suites du contrat projeté*

Sur la base du contrat projeté, le partenaire finalement déçu peut avoir conclu des ententes avec des tiers telles qu'embauche de personnel, achat de moyens de transport, etc. Il peut alors se retrouver face à des problèmes conventionnels et pécuniaires.

Les dépenses ne sont pas des frais engagés pour le déroulement de la négociation, comme c'était le cas des précédents, mais ceux effectués en vue « des suites d'un contrat dont la conclusion semblait certaine »³⁶. En plus, pour se sortir des liens avec ses cocontractants, la victime sera certainement redevable de dommages-intérêts.

Il y a tout lieu de penser que le fautif pourra jouer la carte de la faute contributoire de son partenaire avec assez de chance de succès, particulièrement si les parties ne se sont pas rendues à un stade vraiment très avancé des discussions. Il sera certainement facile d'invoquer la naïveté ou l'imprudence de l'interlocuteur qui s'est engagé à la légère alors qu'il n'était pas impossible que les pourparlers échouent, même pour une raison valable. En outre, le fautif pourra faire valoir une autre faute de la victime : en contractant avec le tiers, elle a négligé de prévoir une condition suspensive subordonnant la naissance de ses obligations à la conclusion du contrat projeté. Or, une telle précaution est disponible tant dans les systèmes civilistes³⁷ que dans les pays de common law³⁸.

35. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation des dommages dans la négociation et la formation des contrats », *Annales de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège* 19, p. 26.

36. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, p. 36.

37. Exemples : article 1497 C.c.Q., article 1079 C.c.B.-C., articles 1168 et 1181 C.c.Fr., article 1353 Code civil italien (ci-après : C.c.i.).

38. R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, Paris, L.G.D.J. 1973, p. 319.

c) La perte de temps

Le préjudice est constitué aussi bien par la perte de temps consacré à l'élaboration du contrat finalement avorté — heures perdues en déplacements, discussions — que par le retard apporté au projet³⁹. Il est souvent difficile de déterminer mathématiquement le montant de ces dommages. C'est pourquoi, d'après madame Vanjwick-Alexandre, le tribunal détermine l'indemnité *ex aequo et bono*, autrement dit fixe une somme forfaitaire qui couvre à peu près adéquatement la perte⁴⁰.

d) Les occasions perdues de traiter avec d'autres partenaires

Tout occupé qu'il était au dialogue avec son interlocuteur — et tout confiant du résultat — le partenaire déçu a pu, volontairement ou non, manquer d'autres occasions de contracter et perdre des marchés. On ne peut pas lui en tenir rigueur puisque justement la faute de l'autre partie, sa mauvaise foi, a été de créer chez lui l'espoir que leurs pourparlers aboutiraient.

La réparation de ce préjudice nécessite une preuve souvent difficile à établir. En effet, comme tout dommage, il faut qu'il soit certain. Donc, il faut apporter la preuve des occasions manquées et, ce qui est encore plus exigeant, il faut démontrer avec succès que, sans les négociations en cours, l'occasion manquée aurait abouti à un contrat. Le préjudice pour lequel le tribunal accordera réparation sera plutôt la privation d'une chance de conclure ailleurs. En plus, faut-il que cette perte de chance soit définitive, irrémédiable. D'après madame Vanjwick-Alexandre, là encore, le préjudice sera évalué *ex aequo et bono*⁴¹.

e) La perte des avantages escomptés du futur contrat

Cette expression désigne en fait le gain manqué, ce qui, chez des juristes civilistes, éveille inmanquablement le souvenir des articles sur les dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligations⁴². Accorder de tels dommages reviendrait à admettre qu'il y avait une obligation de conclure un contrat, ce qui est une hérésie, principalement en vertu de la sacro-sainte liberté de contracter. Ensuite, l'obligation précontractuelle de bonne foi ne peut globalement engendrer qu'un seul devoir : celui de tout mettre en œuvre pour essayer de parvenir au contrat. Même si elles donnent une teinte contractuelle à leur conduite durant les négociations, les parties ne s'engagent pas par cela à conclure l'accord souhaité. Finalement, « les pourparlers n'ont pas pour effet de faire naître dans le chef des parties, un droit au contrat »⁴³.

39. Comm. Courtrai, 11 avril 1964, R.G.A.R., 1965, p. 7364, cité dans M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *loc. cit.*, note 34, p. 29.

40. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *id.*, p. 29.

41. *Id.*, p. 30.

42. Article 1611 C.c.Q. dont les termes reprennent en partie ceux de l'article 1073 C.c.B.-C. : « Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, le montant de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...] » ; article 1149 C.c.Fr. dont le texte est sensiblement le même.

43. M. DENEVE, note sous Bruxelles, 16 juin 1970, Entr. et le Droit. 1973, 162, cité dans M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *loc. cit.*, note 34, p. 33.

C'est ce raisonnement qu'ont suivi les arbitres dans la sentence CCI n° 3131. Après avoir conclu que l'accord de principe entre les sociétés Ugilor/Norsolor et Pabalk était un engagement contractuel de poursuivre la négociation de bonne foi,

le tribunal a estimé que la simple obligation de négocier de bonne foi dans les conditions convenues [...] ne pouvait en raison de son objet même, et sans qu'il y ait à se prononcer sur son inexécution éventuelle par Ugilor/Norsolor, faire naître au profit de Pabalk un droit à des commissions sur des ventes qui restaient à négocier et qui n'avaient pas été conclues.⁴⁴

Dans tous les cas décrits précédemment, seules sont envisagées des réparations sous forme monétaire. La sanction imposée, s'il y a lieu, est toujours le paiement d'une somme d'argent, soit parce que la perte est de nature pécuniaire, soit parce que le montant accordé compense le dommage impossible à réparer sous une autre forme. En effet, comment remplacer du temps perdu ou des occasions manquées autrement que par des succédanés? Certains systèmes juridiques distinguent les dommages-intérêts négatifs⁴⁵ qui tendent à replacer le bénéficiaire dans la situation où il était avant les négociations et les dommages-intérêts positifs⁴⁶ qui compensent la défaillance du contrat non conclu⁴⁷. Dans les cas qui nous occupent,

si la sanction doit correspondre à l'obligation, le manquement au devoir de négocier de bonne foi ouvre plutôt la voie à l'octroi de dommages et intérêts négatifs, devant donc replacer le partenaire dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas entrepris de négocier avec le responsable de la rupture.⁴⁸

Parlant d'un aspect précis de l'obligation de bonne foi, monsieur Kessler et madame Fine estiment que « the victim is to be restored to the position he would have occupied had there been no violation of the duty of disclosure »⁴⁹.

Il faut remarquer que

le fondement du recours en dommages-intérêts est la responsabilité civile qui est soit délictuelle, soit contractuelle suivant que la faute reprochée est le manquement à une obligation légale (par exemple celle de se comporter en personne prudente et diligente à l'égard d'autrui) ou à une obligation conventionnelle.⁵⁰

Donc, quand il y a eu violation de l'obligation précontractuelle de bonne foi, qu'elle soit considérée comme un délit ou comme une inexécution contractuelle, la partie lésée par l'échec des négociations peut obtenir une compensation financière.

Qu'en est-il de l'exécution en nature? Les systèmes juridiques admettent comme principe que le débiteur est en droit d'exiger du créancier l'exécution même de l'obligation. Dans certains pays, comme en France cela semble être la

44. Sentence CCI n° 3131, *supra*, note 24, p. 529.

45. En droit allemand : *Vertrauensschaden*; en common law : *reliance interest*.

46. En droit allemand : *Erfüllungsinteresse*; en common law : *expectation interest*.

47. Le droit italien fait également la distinction entre les deux catégories de dommages-intérêts. Sur ces questions de distinctions, voir M. FONTAINE, « Les lettres d'intention », (1973) 3 *D.P.C.I.* 73, p. 112.

48. M. FONTAINE, *id.*, p. 112.

49. F. KESSLER et E. FINE, « *Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract : a comparative study* », (1964) 77 *Harvard Law Review* 401, p. 405.

50. J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 29, p. 400.

règle prioritaire. Dans les pays anglo-saxons, la *specific performance* est un remède d'*equity* qui n'intervient que si les règles de la common law, en l'occurrence celles qui accordent une compensation monétaire, mènent à des conséquences iniques. Cela explique que l'exécution en nature soit une exception limitée à des cas précis⁵¹. Au Québec, l'exercice de l'exécution en nature est intermédiaire entre ces deux positions, puisque le Code civil et le *Code de procédure civile* la prévoient « dans les cas qui le permettent »⁵². Justement, dans le cas de l'obligation précontractuelle de bonne foi, il est douteux d'admettre une telle modalité d'exécution qui consisterait en la poursuite forcée de la négociation.

La bonne foi précontractuelle peut être décomposée en obligations positives — le respect de certains délais, par exemple — et en obligations négatives — comme l'interdiction de mener des négociations parallèles. Or la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que l'exécution forcée en nature peut malaisément s'appliquer aux obligations positives, celles qui exigent de faire quelque chose. Sur le plan humain et psychologique, il est facile de comprendre que de contraindre le débiteur récalcitrant à faire un geste qu'il refuse de faire volontairement et de bonne grâce est difficile : « One can bring a horse to the water but nobody can make it drink »⁵³. De plus, une telle solution est souvent peu souhaitable pour les relations subséquentes entre les partenaires. L'esprit de coopération indispensable à la négociation implique non seulement la bonne foi de chacun mais aussi la bonne volonté de part et d'autre.

L'affaire *143195 Canada Inc. c. 2536-9356 Québec Inc.* porte précisément sur le problème de l'injonction mandatoire en matière d'obligation de faire. Le litige est particulièrement intéressant pour nous car il se situe dans la zone grise entre phase précontractuelle et terrain contractuel. Les deux compagnies avaient souhaité former une association momentanée de leurs entreprises (*joint venture*) pour le développement de terrains. Les négociations ont eu une place assez importante dans leur relation. Les parties en sont venues à conclure un accord verbal et ont préparé un projet d'entente, intitulé « memorandum of agreement ». Dans les mois qui ont suivi, ce document a fait l'objet de nombreuses corrections de part et d'autre. Chaque modification était manuscrite et initialisée et le document ainsi rectifié était transmis par télécopieur au partenaire. L'acte final n'a jamais été signé. L'une des parties demande une injonction, enjoignant l'autre d'exécuter ses obligations aux termes du contrat d'association momentanée. Selon la défenderesse, le

51. Le fondement d'une telle divergence entre pays latins et pays anglo-saxons est historique : la common law est restée proche des principes du droit romain où toute condamnation était nécessairement une condamnation à payer une somme d'argent (*omnis condemnatio pecunaria*) alors que le droit civil a été soumis à l'idée canonique qu'il faut tenir ses promesses (*pacta sunt servanda*). L'*equity* est, elle aussi, très inspirée du droit canonique. Sur le sujet, voir R. DAVID, *op. cit.*, note 37, p. 436.

52. Article 1065 C.c.B.-C. : « Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même [...] ». L'article 1601 C.c.Q. reprend la même formulation : « Le créancier, dans les cas qui le permettent, peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter en nature l'obligation ». Article 751 C.p.c. : « L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges enjoignant à une personne [...] de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit ».

53. *La Commission des droits de la personne et al. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan*, [1987] Droits et libertés au Québec (ci-après : D.L.Q.) 340, p. 344 (juge DUBÉ).

document ne lie pas les parties car il fait simplement état des négociations et celles-ci n'ont débouché sur aucun accord. Contrairement à ces prétentions, le tribunal estime qu'il y a eu accord des volontés sur un objet déterminé : les parties s'engageaient à former une compagnie qui devait acquérir des terrains. Mais l'injonction mandatoire n'est pas le remède approprié :

Ce que vise la demanderesse [...] c'est la réalisation complète d'un projet de « *joint venture* » qui a avorté parce que les parties n'ont pas réussi à s'entendre sur la première étape, soit la formation de la société projetée. [...] L'injonction reviendrait à ordonner à l'une des parties de s'associer à l'autre pour réaliser tout le projet, avec tout ce que cela peut comporter de discussions, d'interprétations et de mésententes, plus les nombreuses étapes pour que se réalise le projet. Tout cela sous peine d'outrage au tribunal.⁵⁴

Bien que les conclusions recherchées ne soient pas contraires aux dispositions de l'article 1065 C.c.B.-C., la Cour ne peut forcer le démarrage du projet alors que les parties ne s'entendent pas sur les gestes devant mener à sa réalisation.

L'exécution en nature par un tiers, telle que prévue par exemple à l'article 1602 du *Code civil du Québec*, est elle aussi peu satisfaisante particulièrement en raison du caractère *intuitu personae* de la négociation. Mentionnons le cas particulier du Code fédéral suisse des obligations. Nous savons qu'à un stade très avancé des pourparlers certaines lettres d'intention sont substantiellement très proches du contrat final. En cas de désaccord des parties, amenant la rupture des négociations, l'article 2 du Code, en permettant au juge de régler les points secondaires, autorise ainsi un tiers à prendre le relai des parties dans l'élaboration du contrat final⁵⁵.

Même si en théorie, les obligations de ne pas faire se prêtent plus facilement à une exécution en nature, « le simple fait de l'inexécution rend le recours en exécution en nature illusoire lorsque l'acte posé n'est pas susceptible d'être détruit »⁵⁶. Pour les obligations négatives qui nous concernent, l'action en dommages semble, une fois encore, une solution plus adéquate quand l'inexécution a été consommée. Toutefois, il serait possible d'envisager un recours en injonction prohibitive, visant à éviter que le tort ne se répète.

2. Le contrat final a été conclu

C'est principalement à l'égard des informations échangées entre partenaires que se situe la défaillance dont la gravité peut se révéler seulement une fois le contrat conclu. L'absence de bonne foi aura consisté en non-divulgation de renseignements ou en transmission de données erronées. Dans ce domaine, les tribunaux ont tendance à regarder d'un œil critique l'attitude de la victime. Il est en effet classiquement admis que chaque contractant est libre de se renseigner lui-même sur le contrat qu'il va signer. Il nous semble qu'en matière de commerce international, cette règle doive être atténuée à cause des conditions particulières dans lesquelles se construisent les contrats : distance, cultures et habitudes différentes, etc.

54. 143195 *Canada Inc. c. 2536-9356 Québec Inc.*, C.S. Saint-François (Sherbrooke), n° 450-05-000634-887, 25 septembre 1991, juge Gilles MERCURE. Jugement n° 92-114, pp. 31-32.

55. *Code des obligations* (loi fédérale) (1972).

56. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 29, p. 394.

Le contrat ayant été conclu, de telles fautes commises avant sa formation relèvent du régime contractuel puisqu'elles altèrent la qualité du consentement. Le contractant berné tentera d'invoquer l'erreur ou la fraude pour faire annuler le contrat, ce qu'admettent aussi bien le droit civil⁵⁷ que la common law⁵⁸. Si le contrat est frappé de nullité, il est anéanti rétroactivement et les parties doivent être remises dans l'état où elles étaient avant sa conclusion puisque « *quod nullum, nullum producit effectum* »⁵⁹.

D'autres recours s'offrent à la partie lésée en plus de cette sanction contractuelle. En effet, le dol étant un délit, la responsabilité délictuelle du fautif peut être également engagée, ce qui se traduira par l'octroi de dommages-intérêts compensant le préjudice subi. D'ailleurs, aucune responsabilité ne saurait plus être fondée sur le contrat puisqu'il est inexistant, une fois déclaré nul par le tribunal. C'est donc sur la seule responsabilité délictuelle que pourra être fondée la réparation.

Les dommages réclamés peuvent être les mêmes que lorsque la faute a empêché la conclusion du contrat : occasions manquées de contracter ailleurs, perte de temps, frais nécessités pour la préparation du contrat, etc. Que l'on se situe avant ou après conclusion du contrat, les opinions des tribunaux sur ces questions sont identiques. C'est pourquoi, il est plus intéressant de passer rapidement en revue les situations où la conclusion du contrat principal entraîne des conséquences particulières.

a) *Non-respect des engagements vis-à-vis des tiers*

Cette fois, le fautif pourra difficilement prétendre que son partenaire s'est engagé à la légère en contractant avec des tiers à la suite de la conclusion du contrat. Si l'inexécution des conventions subséquentes obligent la victime à verser des dommages-intérêts à ses cocontractants, elle pourra en demander le remboursement à l'auteur de la faute précontractuelle ayant entraîné l'annulation⁶⁰.

b) *Frais entraînés par la préparation de l'exécution du contrat*

La victime sera indemnisée pour ses dépenses, qu'elles consistent en débours ou en perte de temps, puisqu'elles restent sans contrepartie à cause de la nullité. Le montant des dommages est toutefois diminué si les dépenses encourues sont réutilisables pour un autre contrat.

c) *Perte du bénéfice ou des avantages escomptés du contrat*

La réparation du dommage issu de la nullité du contrat consiste à remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise. Cela revient à dire que si le partenaire avait été de bonne foi, il aurait

57. Articles 1399 et 1416 C.c.Q., article 991 C.c.B.-C., articles 1110 et 1116 C.c.Fr.

58. Voir par exemple, le *Misrepresentation Act* 1967 (1967, c-7) et *Hedley Byrne and Co c. Heller and Partners Ltd*, (1964) A.C. 465.

59. « Ce qui est nul ne produit aucun effet », A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 236.

60. Cass., 5 mars 1953, Pas., 1953, I, 516, cité dans M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *loc. cit.*, note 34, p. 63.

donné certaines informations ou aurait révélé certains faits. La victime affirme alors que si elle avait eu connaissance des renseignements tus, elle n'aurait pas contracté et que, par conséquent, son consentement était vicié. Or, si la faute n'avait pas été commise, la victime n'aurait tout simplement pas escompté des bénéfices ou des avantages d'un contrat qu'elle n'aurait pas conclu et « il ne peut être question de dédommagement puisqu'il n'y a pas de dommages »⁶¹.

Il se peut également que la faute précontractuelle ne donne pas lieu à une action en nullité, même si les caractéristiques d'un vice de consentement sont réunies. En effet, la victime a parfois avantage à maintenir le contrat bien que l'ayant conclu à des conditions différentes de celles qu'elle aurait acceptées en l'absence de mauvaise foi de son partenaire. Si elle subit des dommages de cette conclusion moins avantageuse, la responsabilité délictuelle du fautif peut se trouver engagée.

* * *

Un manquement à l'obligation de bonne foi, entraînant ou non une rupture fautive des pourparlers, peut ouvrir la voie à une action en responsabilité, qu'elle soit de nature contractuelle ou délictuelle. Les jugements et les analyses doctrinales ne précisent pas toujours bien clairement le régime de responsabilité retenu même lorsqu'ils admettent l'existence d'une responsabilité précontractuelle. Il semble cependant que dans plusieurs systèmes juridiques qui la reconnaissent, la responsabilité délictuelle peut toujours être invoquée, que la faute consiste en un manquement à l'obligation générale de bonne foi ou en une entorse à l'aménagement contractuel de celle-ci par les négociateurs. Dans certaines situations, s'y ajoutent des mécanismes contractuels de réparation.

Ajoutons que la common law est beaucoup moins séduite que le droit civil par les notions abstraites. Les classifications en matières contractuelle et délictuelle lui conviennent peu et c'est sur des bases bien différentes que la responsabilité est envisagée et analysée au cas par cas. Rappelant qu'aux États-Unis les tribunaux n'imposent pas un principe général de bonne foi au stade précontractuel, monsieur Farnsworth constate : « The disappointed party may, however, have a claim based on restitution, on misrepresentation, or on a specific promise. Recovery for lost opportunities should be allowed in appropriate cases »⁶².

Il semble se dégager des opinions doctrinales et jurisprudentielles que l'obligation précontractuelle de bonne foi n'a pas réellement de qualification propre. Elle a plutôt tendance à être qualifiée par rapport au contexte dans lequel elle naît et elle découle des circonstances qui la créent. En effet, dans la majorité des cas, les auteurs et les tribunaux ne qualifient pas l'obligation et la responsabilité qui lui est rattachée mais s'attachent plus à faire rentrer la phase précontractuelle dans une catégorie juridique connue. Quand monsieur Ghestin dit que « la bonne foi ne peut être définie qu'en fonction du mécanisme juridique dans lequel elle s'intègre »⁶³, nous pourrions ajouter que l'obligation de bonne foi peut être perçue comme un caméléon. Si la phase de négociations est considérée comme une rela-

61. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *loc. cit.*, note 34, p. 69.

62. E. A. FARNSWORTH, « Precontractual liability and preliminary agreements : fair dealing and failed negotiations », (1987) 87 *Columbia Law Review* 217, p. 285.

63. J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, L.G.D.J., p. 203.

tion contractuelle, l'obligation de bonne foi prendra la teinte du contrat. Ce fut, par exemple, une des conclusions du tribunal arbitral dans l'affaire *Norsolor* :

Cet accord de principe, selon la jurisprudence française [...] fait simplement naître une obligation contractuelle de négocier, qui doit naturellement s'exécuter de bonne foi et dont la sanction ne peut être qu'une condamnation à des dommages-intérêts. Il donne, en somme, à la sanction de la rupture des pourparlers un fondement contractuel.⁶⁴

Dans leur analyse sur la violation de la confidentialité des négociations, monsieur Huet et madame Toubol résument bien la position du droit français sur la question :

Dès lors que les parties ont conclu un accord de confidentialité, en cas de violation de celui-ci, elles pourront engager la responsabilité de la partie défaillante sur le fondement de la responsabilité contractuelle, alors qu'en l'absence d'accord de confidentialité, c'est bien évidemment sur le terrain de la responsabilité délictuelle que l'on devrait se placer.⁶⁵

Rappelons que selon certains systèmes juridiques, une qualification contractuelle n'exclut pas automatiquement une qualification délictuelle que l'on pourrait dire fondamentale. Les devoirs « peuvent faire l'objet d'obligations proprement contractuelles, mais le droit commun de la responsabilité civile permet aussi de les faire respecter »⁶⁶.

Si aucun contrat n'est reconnu, l'obligation et la responsabilité seront éventuellement observées uniquement sous la loupe des délits.

II. CONSÉQUENCES DE LA DISTINCTION RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE, RESPONSABILITÉ DÉLICTELLE

Envisageant la responsabilité à la lumière du Code civil, de la jurisprudence et de la doctrine françaises, Mazeaud et Tunc considèrent que « tracer la ligne de démarcation entre les deux domaines [contractuel et délictuel] est, sans conteste, l'un des problèmes les plus ardues de notre droit »⁶⁷. Cela est d'autant plus difficile quand une situation de faits elle-même peu claire doit être analysée au regard de théories relativement floues ! Loin de nous la prétention d'essayer d'y parvenir mais au moins nous pouvons tenter d'évaluer quelles sont les conséquences, tant abstraites que concrètes, de telle ou telle qualification de la nature de l'obligation précontractuelle de bonne foi et de la responsabilité qu'elle engendre. Nous en profiterons pour donner un aperçu des avantages et inconvénients dans chaque cas.

Les civilistes affirment en général qu'il y a certes des différences entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle mais qu'elles ne sont pas fondamentales parce qu'elles ne visent pas les principes directeurs. Les deux

64. Sentence CCI n° 3131, *supra*, note 24, p. 529.

65. J. HUET et F. TOUBOL, « Violation de la confidentialité des négociations », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 17, p. 33.

66. F. RIGAUX, « Examen de la détermination du droit applicable aux relations précontractuelles », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 9, p. 11.

67. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC *op. cit.*, note 29, p. 130.

domaines se distinguent seulement par des aspects accessoires. Cependant, ce qui est secondaire pour des juristes peut se révéler important pour les parties dans une action en responsabilité.

A. LA PRESCRIPTION

Il s'agit ici de la prescription libératoire, ce mode d'extinction des obligations décrit à l'article 2875 du *Code civil du Québec* : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'écoulement du temps et aux conditions déterminées par la loi : la prescription est dite acquisitive dans le premier cas et, dans le second, extinctive ». Au-delà d'une certaine limite temporelle, le négociateur de mauvaise foi, c'est-à-dire le débiteur de l'obligation de bonne foi, sera libéré par l'inaction de son partenaire. Étant donné que dans certains pays, les délais de prescription varient radicalement d'une situation à l'autre, les conséquences pratiques de telle ou telle qualification sont évidentes.

1. La loi applicable à la prescription

Il faut dans un premier temps établir si la prescription concerne le fond du contrat ou relève de la procédure. Selon la common law, la prescription « est du ressort de la procédure et n'appartient pas au droit qui gouverne les contrats quant au fond »⁶⁸. Dans les pays civilistes, la prescription est une règle de fond, un élément du droit⁶⁹.

Pour ce qui est du droit applicable à la procédure devant un tribunal étatique, « il est universellement admis que la procédure est déterminée par la loi du juge saisi »⁷⁰.

En cas d'arbitrage, le droit applicable à la procédure est celui désigné, expressément ou implicitement, par les parties. Il peut s'agir d'une loi étatique ou du règlement d'une institution arbitrale. Comme le fait remarquer monsieur Prujiner, « l'importance du règlement applicable à la procédure d'arbitrage n'est plus à démontrer »⁷¹.

La Convention européenne sur l'arbitrage international comporte un long article relatif à la procédure :

1. Les parties à une convention d'arbitrage sont libres de prévoir :
 - a) que leurs litiges seront soumis à une institution permanente d'arbitrage; dans ce cas, l'arbitrage se déroulera conformément au Règlement de l'institution désignée; ou
 - b) que leurs litiges seront soumis à une procédure arbitrale *ad hoc*; dans ce cas, les parties auront notamment la faculté [...]
 - iii) de fixer les règles de procédure à suivre par les arbitres. [...].⁷²

68. R. DAVID, *op. cit.*, note 37, p. 366.

69. L'article 3131 C.c.Q. remplace de façon fort heureuse les articles 2189 à 2191 C.c.B.-C. et énonce plus clairement la règle : « La prescription est régie par la loi qui s'applique au fond du litige ». Remarquons que la common law a bien failli déteindre sur notre droit dans ce domaine puisque l'avant-projet de loi portant réforme du *Code civil du Québec* édictait à l'article 3496 : « La prescription est régie par la loi du tribunal saisi ».

70. J.-G. CASTEL, *Droit international québécois*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 737.

71. A. PRUJINER, *op. cit.*, note 19, p. 521.

72. *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* (Genève, 21 avril 1961), citée dans A. PRUJINER, *op. cit.*, note 19, pp. 418-419.

Il est ensuite prévu que si la convention d'arbitrage ne contient pas d'indication sur les mesures envisagées par ce premier paragraphe, c'est l'arbitre désigné qui choisira les règles de procédure.

2. Les délais

Jusqu'au 1^{er} janvier 1994, si l'autorité saisie en venait à appliquer la loi du Québec, elle avait à passer au travers des méandres d'une bonne vingtaine d'articles constituant le chapitre « Du temps requis pour prescrire » pour décider quel délai s'appliquait au cas.

L'article 2242 du *Code civil du Bas-Canada* indiquait la règle de droit commun : le délai de prescription était de trente ans, sauf quand la loi en disposait autrement.

Dans le domaine contractuel, la prescription trentenaire s'appliquait. Cependant, cette possibilité bien que réelle pouvait paraître très théorique parce que peu pratique dans le domaine du commerce international. En outre, nous avons vu que l'absence de bonne foi de l'un des partenaires peut amener l'autre à intenter une action en nullité; celle-ci se prescrivait par dix ans, en vertu de l'article 2258 C.c.B.-C. N'y avait-t-il pas lieu également d'invoquer l'article 2260 C.c.B.-C. qui indiquait que l'action se prescrit par cinq ans « en toute matière commerciale »⁷³? Comme les codificateurs n'ont défini ni ce qu'est un commerçant ni ce qu'est la matière commerciale et qu'ils n'ont aucunement envisagé les négociations précontractuelles, c'est à l'autorité qui applique la loi du Québec que revient le privilège de l'interprétation en cas de manquement à l'obligation de bonne foi lors des pourparlers entre deux partenaires commerciaux.

Pour les délits, les solutions étaient moins nombreuses. La prescription était biennale, comme l'indique l'article 2261 paragraphe 2 C.c.B.-C.⁷⁴ Les « autres dispositions applicables » qui changeraient ce délai ne concernent en rien le manquement à l'obligation précontractuelle de bonne foi.

Le *Code civil du Québec* essaie visiblement de simplifier et d'homogénéiser les règles de la prescription. Les catégories de délais sont moins variées que dans le Code de 1866. Le délai commun est ramené à dix ans⁷⁵ et la prescription est de trois ans en matière de droits et de recours personnels⁷⁶. Que la responsabilité engendrée par la violation de l'obligation précontractuelle de bonne foi soit contractuelle ou extracontractuelle, le délai d'action est donc maintenant de trois ans.

En France, en principe, l'action en responsabilité s'éteint par la prescription trentenaire, en vertu de l'article 2262 du Code civil. L'article 2270(1) du même code indique qu'une action fondée sur un délit doit être intentée dans les dix ans. Les commerçants sont soumis à un régime spécial, à cause du Code de commerce. L'article 189 *bis* y prévoit que les « obligations nées entre commerçants à l'occasion de leur commerce », qu'elles engendrent une responsabilité contractuelle ou délictuelle, se prescrivent par dix ans.

73. Article 2260 paragraphe 4 C.c.B.-C.

74. « L'action se prescrit par deux ans dans les cas suivants : [...] 2. Pour dommages résultant de délits et quasi-délits, à défaut d'autres dispositions applicables ».

75. Article 2922 : « Le délai de la prescription extinctive est de dix ans, s'il n'est autrement fixé par la loi ».

76. Article 2925 : « L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans ».

Comme dans plusieurs pays de tradition civiliste où les délais ne sont pas les mêmes dans les deux domaines, en Suisse, la prescription en matière contractuelle est de dix ans, en vertu de l'article 127 du Code des obligations alors qu'en matière délictuelle le délai est d'un an, selon l'article 60⁷⁷.

En Italie, l'article 2946 du Code civil indique que la « prescription ordinaire » est de dix ans mais celle du droit à la réparation du dommage « découlant d'un fait illicite » est de cinq ans⁷⁸. C'est le même délai qui est prévu pour une action en annulation d'un contrat⁷⁹.

Notons au passage la position originale de la Tchécoslovaquie. Ce pays s'est doté d'un *Code du commerce international* à la fin de 1963 qui permet par son article 88 la stipulation écrite d'un délai de la prescription extinctive⁸⁰.

Rattacher l'obligation précontractuelle de bonne foi aux contrats ou aux délits entraîne donc en général un résultat très différent en ce qui concerne le délai de prescription. C'est l'un des aspects de la distinction qui nous fait contredire monsieur Rigaux lorsqu'il prétend « qu'il ne faut pas exagérer les conséquences pratiques de la différence entre les deux qualifications »⁸¹.

En comparant les deux qualifications sur le plan des avantages et inconvénients, remarquons que, dans la plupart des pays, la victime de la mauvaise foi de son partenaire aura tout intérêt à ce que l'obligation soit de nature contractuelle, ce qui lui laissera un temps plus long pour agir.

B. LA PREUVE DE LA FAUTE

Les ingrédients nécessaires à une action en responsabilité, quelle qu'elle soit, sont la faute, le dommage et le lien de causalité entre eux. L'autorité saisie devra être convaincue de l'existence de ces trois éléments pour accorder réparation. Celui qui pose le plus de problème au niveau de la preuve et qui donne lieu à la plus grande gymnastique procédurale pour les parties est la faute⁸². Pour établir le fait générateur du dommage, le « travail » que devra faire la victime ou son vis-à-vis sera différent selon que la responsabilité recherchée est contractuelle ou délictuelle. Il s'agit ici de déterminer quel va être le fardeau de preuve de chacun.

La preuve fait appel à deux facettes du droit, l'une substantive, l'autre procédurale. La première, relevant au Québec du Code civil, consiste à démontrer l'existence d'un droit. La seconde, dont les règles sont contenues dans le Code de procédure, détermine la production des éléments nécessaires pour y parvenir.

L'article 2803 C.c.Q. dont la substance est identique à celle de l'article 1203 C.c.B.-C. et de l'article 1315 C.c.fr. exige que « celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa pré-

77. D. DREYER, « Rapport national suisse », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 4, p. 9.

78. Article 2947 C.c.i.

79. Article 1442 C.c.i.

80. Cependant, le délai ne peut en aucun cas dépasser 15 ans. L. KOPAC, « Le code tchécoslovaque du commerce international », (1967) *Journal du droit international* 789, p. 797.

81. F. RIGAUX, *loc. cit.*, note 65, p. 11.

82. Du moins lorsque c'est la conception subjective de la responsabilité qui prédomine, comme c'est le cas en droit québécois.

tention est fondée »⁸³. Ce texte indique le fardeau de persuasion ou fardeau primaire. D'une part, la partie lésée doit convaincre l'autorité saisie que son partenaire était soumis à une obligation; d'autre part le défendeur a le fardeau d'établir les faits susceptibles d'éteindre ou de réduire son obligation, l'exécution, par exemple. Dans la plupart des cas, les deux parties ont des prétentions opposées, sinon, il n'y aurait pas de litige! C'est pourquoi « le fardeau de persuasion est alors divisé et réparti entre les plaideurs »⁸⁴.

Cependant, le Code civil détermine certaines situations tellement fondamentalement normales que le fardeau de persuasion incombe exclusivement au plaideur qui prétend qu'elles n'ont pas été respectées.

L'obligation de produire les éléments nécessaires à la solution du litige, ou fardeau de présentation, est régie au Québec par les articles 76 à 93 et 285 à 292 du *Code de procédure civile*. Ce fardeau « se déplace constamment au cours du procès selon le dynamisme de la preuve faite par chacune des parties »⁸⁵.

Si l'on applique ces grandes règles théoriques à notre matière, cela revient à dire, en paraphrasant l'article 2803 C.c.Q., que la victime de la mauvaise foi doit prouver l'obligation de bonne foi à laquelle était soumis son partenaire. Pour se dégager de toute responsabilité, le défendeur devra convaincre le tribunal ou bien qu'il l'a exécutée ou bien qu'il n'était pas soumis à une telle obligation.

L'obligation qui nous occupe pourrait semer une confusion. En effet, l'un des principes généraux fondamentaux, du moins en droit civil, est que la bonne foi fait partie de « la normalité des choses »⁸⁶: « La bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver »⁸⁷. Cette règle se trouvait parmi les articles sur la prescription dans le Code de 1866⁸⁸. Le texte même de l'article indique pourtant l'importance indéniable qu'elle a sur le plan de la preuve. C'est pour cette raison que le *Code civil du Québec* la met à une place qui lui revient plus logiquement, dans le livre sur la preuve.

Si l'on se situe sur le terrain extracontractuel, ce que le demandeur aura à prouver, ce n'est plus l'existence de l'obligation de bonne foi, puisqu'elle est présumée. Il aura effectivement le fardeau de convaincre que le fautif a manqué à son obligation, en d'autres mots qu'il a été de mauvaise foi, ce qui constitue la faute.

Dans le domaine contractuel, il faut, pour donner lieu à compensation, que le dommage résulte d'une inexécution d'une obligation créée par le contrat. La partie lésée devra donc prouver l'objet de l'obligation, en l'occurrence la bonne foi, ce qui semble contradictoire avec le principe énoncé à l'article 2805 C.c.Q. Nous pensons que la bonne foi présumée est celle qui indique une norme de conduite sociale, relevant d'un comportement très général. Or dans la mesure où une convention, par définition, établit une relation particulière entre deux personnes, le contenu d'une obligation contractuelle ne peut en aucun cas faire l'objet d'une présomption. La loi ne peut s'immiscer à ce point dans la « loi des parties ».

Donc, tant sur le terrain contractuel que délictuel, c'est la victime qui aura le fardeau de persuasion le plus exigeant, théoriquement. C'est elle qui doit prouver l'étendue de l'obligation du débiteur. Par contre, la difficulté à établir une

83. Le texte de l'article 2697 C.c.i. est sensiblement analogue.

84. J.-C. ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, p. 57.

85. *Id.*, p. 70.

86. *Id.*, p. 59.

87. Voir également l'article 2268 C.c.Fr. et C.c.b.

88. Article 2202 C.c.B.-C.

telle preuve n'est pas la même dans les deux catégories de responsabilité et c'est en cela qu'elles se distinguent concrètement.

1. La faute contractuelle

En cas d'aménagement contractuel d'aspects spécifiques de la bonne foi dans une lettre d'intention, par exemple, la victime devra prouver l'obligation contractuelle et démontrer que le résultat voulu par les parties n'a pas été atteint. Le partenaire devra établir avec satisfaction ou bien qu'il a été de bonne foi ou bien qu'il n'était pas soumis à une telle obligation. S'il n'y parvient pas, cela prouvera sa faute et c'est pour cela que l'on dit que, techniquement parlant, le créancier contractuel n'a pas à prouver la faute⁸⁹. Elle est prouvée par la seule inexécution de l'obligation.

Ainsi, lorsqu'un négociateur déclare : « [...] nous prenons [...] l'engagement irrévocable vis-à-vis de votre groupe de ne procéder à aucune négociation quelle qu'elle soit »⁹⁰, monsieur Fontaine considère que cette phrase met à la charge de son auteur une obligation contractuelle d'exclusivité. Si des négociations parallèles ont lieu, le destinataire de la lettre d'intention n'aura qu'à prouver, si l'on peut dire, la nature contractuelle du document et l'absence d'exclusivité pour établir la faute de son partenaire. Pensons également aux aménagements contractuels de la bonne foi relatifs aux délais, aux études préalables, à la confidentialité et même ceux qui visent à ne plus remettre en question les points acquis. Le seul fait de ne pas obtenir ces résultats entraîne la faute du débiteur.

Il serait plus juste de parler de la présomption de faute du débiteur puisque, ayant lui aussi le fardeau de persuasion, il pourra éventuellement se libérer en prouvant le cas fortuit notamment⁹¹.

L'intensité de l'obligation assumée par le débiteur ne change rien au rôle fondamental du créancier lors de la preuve. Par contre, son fardeau sera plus ou moins lourd selon que l'obligation non respectée en est une de moyens ou une de résultat. Dans ce dernier cas, étant donné sa définition, il est clair que la victime n'a qu'à prouver que le résultat n'a pas été obtenu. Le débiteur ne pourra s'exonérer qu'en démontrant un cas fortuit. Le champ d'action du créancier se situe sur un terrain que l'on pourrait dire objectif — il y a ou il n'y a pas exécution — et il est relativement large puisque l'inexécution peut aussi bien porter sur une obligation expressément envisagée que sur celles qui découlent implicitement de la nature du contrat, dont fait partie la bonne foi⁹².

Si la bonne foi précontractuelle oblige la plupart du temps à des résultats, elle revêt également parfois la forme d'obligation de moyens, particulièrement lorsqu'elle concerne les grandes lignes de conduite des parties, aménagées contractuellement ou non⁹³. En cas d'inexécution d'une obligation de moyens, « la faute

89. Cependant, dans la pratique, le demandeur ne se contente pas d'attendre que la faute soit démontrée par l'échec de la preuve du défendeur. Il prend l'initiative d'alléguer et de prouver que l'autre partie n'a pas exécuté son obligation.

90. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 9, p. 25.

91. Article 1072 C.c.B.-C. Le *Code civil du Québec* n'emploie plus l'expression « cas fortuit ». Est-ce couvert par l'article 1613 lorsqu'il parle uniquement d'absence de faute du débiteur de l'obligation?

92. Article 1135 C.c.Fr., article 1434 C.c.Q., article 1024 C.c.B.-C.

93. Obligation de tout mettre en œuvre pour aboutir à un accord, obligation générale de bonne foi.

contractuelle consiste en la violation d'une norme imposée par l'ordre juridique qui prend ici la forme d'un manquement à une obligation imposée au débiteur parce qu'il a conclu un contrat valable avec la victime »⁹⁴. Se pencher sur l'examen d'une norme devient nettement plus difficile, surtout quand il s'agit à la fois d'établir de façon convaincante ce qu'elle comprend et de démontrer avec satisfaction qu'elle n'a pas été respectée. La notion de norme de comportement faisant intervenir la morale de celui qui l'invoque aussi bien que celle de son interlocuteur, la subjectivité de chacun prend une place importante dans l'analyse. Il est alors plus difficile pour le créancier de prouver que le débiteur n'a pas agi avec prudence et diligence pour essayer de parvenir au but recherché et peut-être plus facile pour le débiteur de prouver le contraire.

2. La faute délictuelle

Lorsque la responsabilité délictuelle d'une personne est engagée c'est parce qu'elle « n'a pas agi comme il aurait fallu agir »⁹⁵ envers une autre avec laquelle elle n'avait aucun lien de droit préalable. Comme « le droit de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle [...] est celui qui a pour but d'assurer l'harmonie entre les personnes que rien ne relie »⁹⁶, on ne peut parler dans ce cas d'accord de volonté réciproque en vue de tel ou tel résultat. Lorsque l'on croise autrui sur la rue, le seul résultat que l'on est en droit de souhaiter est que chacun se conduise de manière sociale. La responsabilité délictuelle se fonde sur le comportement « asocial » du fauteur de trouble. C'est pourquoi le créancier doit établir que le débiteur a manqué à son obligation de respecter autrui.

Bien que les fondements en soient différents, les fardeaux de preuve en matière de responsabilité délictuelle et en matière de responsabilité contractuelle relative à une obligation de moyens sont très proches. Dans les deux cas, la faute que doit prouver le demandeur consiste en une erreur de conduite. Établir une telle faute est encore une fois plus difficile que de prouver l'absence d'un résultat escompté.

3. Appréciation et degré de la faute

Des polémiques entourent l'appréciation de la faute. Certains soutiennent qu'elle doit être appréciée *in concreto*, autrement dit subjectivement, par rapport à la personne suspecte⁹⁷. D'autres, plus nombreux, estiment que le manquement doit être envisagé *in abstracto*. Cette analyse objective consiste à comparer la conduite du fautif à celle d'une personne avisée, normalement raisonnable, de prudence ordinaire, celle qui n'a pas « le courage d'Achille, la sagesse d'Ulysse, ni la force d'Hercule »⁹⁸.

En outre, doit-on considérer de la même façon une faute lourde et une faute légère? En droit québécois notamment, pour qu'une responsabilité puisse être

94. DALLOZ, *Répertoire de droit civil*, t. 7, Encyclopédie juridique, Paris, 1970 (mise à jour 1^{er} janvier 1991).

95. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC *op. cit.*, note 29, p. 476.

96. *Id.*, p. 477.

97. Brodman en Allemagne, Légal en France, cités dans H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 481.

98. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *id.*, p. 499.

engagée, il faut qu'il y ait un manquement à une obligation émanant de la loi ou du contrat; au moins jusqu'à récemment, peu importait que la faute soit grave ou non. Le degré n'influence pas la mise en œuvre de la responsabilité; il ne peut avoir de conséquences qu'au niveau du calcul de l'indemnité de réparation, s'il y a lieu.

Au Québec, le vénérable texte de l'article 1053 C.c.B.-C. énonçant le principe de responsabilité civile décrivait lui-même la faute: « Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par *imprudence, négligence ou inhabileté* »⁹⁹. Remarquons que le nouveau *Code civil du Québec*, en ses articles 1457 et 1458, ne donne aucune indication de ce genre. Attendons de voir comment ces articles seront traités par la jurisprudence avant d'en déduire quoi que ce soit.

En droit français également une simple imprudence ou négligence suffit. La Cour de cassation n'a jamais hésité sur le principe: elle n'admet pas qu'une faute n'oblige pas son auteur à réparation sous le prétexte qu'elle n'est pas suffisamment grave¹⁰⁰.

Que la faute n'ait pas besoin d'être lourde se comprend aisément lorsqu'on analyse les buts de la mise en œuvre de la responsabilité civile. Elle vise à compenser des dommages subis, non à punir. Dans la mesure où l'inexécution de l'un porte préjudice à l'autre, peu importe que le premier soit « un peu » ou « beaucoup » fautif. Du moment que la conduite nuit au partenaire, le défendeur doit réparation, qu'il soit plus ou moins de mauvaise foi.

En matière de délit la loi impose en fin de compte un étalon, la personne prudente, avisée, dans laquelle on reconnaît « le bon père de famille », le cousin du *reasonable man* anglo-saxon qui « rapporte chez lui les magazines et, avant le dîner, pousse, en manches de chemise, la tondeuse sur son gazon »¹⁰¹. Comme la loi doit s'appliquer également à tout le monde, il est normal qu'elle prévoie un modèle unique et ordinaire. Se situant au stade qui nous intéresse, madame Schmidt affirme :

La recherche de la faute lors des pourparlers se fera, comme habituellement, par la comparaison du comportement suspect à celui d'un homme normalement prudent placé dans les mêmes circonstances extérieures. Les règles générales doivent ici trouver leur application et, en particulier, le principe de la généralité de la faute.¹⁰²

Ajoutons que la responsabilité délictuelle peut être retenue même sans intention de nuire¹⁰³.

Il existe cependant d'après madame Schmidt — qui place sans aucun doute le manquement à la bonne foi précontractuelle sur un terrain délictuel — une situation où la jurisprudence se montre soucieuse de ne pas engager trop légèrement la responsabilité des parties: lorsque les deux partenaires sont des « professionnels ». Elle cite au soutien de son argumentation des attendus de la Cour de Pau :

On ne saurait sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale admettre à la légèreté qu'un commerçant puisse être responsable pour

99. Nous soulignons.

100. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 560.

101. *Id.*, p. 499.

102. J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », (1974) 72 *Revue trimestrielle de droit civil* 46, p. 52.

103. Civ., 3 octobre 1972, Bull. III., p. 350, n° 491, cité dans J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 101, p. 53.

n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent; la faute *in contrahendo*, en d'autres termes, doit être une faute patente indiscutable.¹⁰⁴

Pour madame Schmidt, une « faute patente indiscutable » signifie une faute « plus grave qu'à l'ordinaire »¹⁰⁵. Monsieur Cédras parle également du « comportement manifestement abusif [utilisé] dans le souci de faciliter l'établissement de la faute »¹⁰⁶.

En matière de contrats, quand l'obligation est de résultat, nous avons vu que la seule inexécution prouve la faute. Il ne peut donc être question de degré. Quant aux obligations de moyens, elles imposent un comportement diligent. Si un simple manque de diligence constitue une faute engendrant la responsabilité civile, il est difficile d'admettre qu'il en soit autrement pour engager la responsabilité contractuelle.

Mazeaud et Tunc résument leur longue analyse, fort détaillée, en une formule lapidaire et sans équivoque : « Il n'existe pas de différence entre la faute délictuelle et la faute contractuelle en ce qui concerne leur degré »¹⁰⁷. La même conclusion semble s'imposer en droit québécois. Il faut citer également une sentence arbitrale appliquant uniquement la *lex mercatoria* et dans laquelle le tribunal arbitral en rappelle les grands principes, entre autres : « [...] Les parties doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives, non raisonnables [...] »¹⁰⁸.

* * *

En résumé, nous pourrions décrire schématiquement les grands principes de preuve de la façon suivante : si l'obligation de bonne foi est issue d'un contrat, le créancier qui n'a pas obtenu la prestation prévue n'a pas à établir la faute du débiteur. La preuve de l'inexécution établira la faute. À l'inverse, si aucun contrat ne lie les partenaires, la victime doit prouver la faute de celui dont la conduite n'a pas été prudente ou raisonnable, ce qui est une notion relativement abstraite. Mais quand la responsabilité contractuelle recherchée se fonde sur l'inexécution d'une obligation de moyens, la faute est établie de la même façon qu'en matière délictuelle. Cela amène à penser que la différence entre les deux domaines sur le plan de la preuve tend à s'atténuer¹⁰⁹. Dans la plupart des cas, tribunaux et arbitres considèrent qu'une faute légère suffit pour engager la responsabilité.

Pour continuer la comparaison des deux régimes, encore une fois, le régime contractuel semble plus avantageux pour la victime puisque parfois, elle n'aura pas à prouver une faute mais seulement à établir un fait matériel, ce qui n'est jamais le cas dans le domaine délictuel.

104. Pau, 14 janvier 1969, D. 1969, 716, cité dans J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 101, p. 52.

105. J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 101, p. 54.

106. J. CÉDRAS, *loc. cit.*, note 32, p. 279.

107. *Id.*, p. 766.

108. Sentence CCI n° 2291/75, (1978) *J.D.I.*, p. 989.

109. DALLOZ, *op. cit.*, note 93.

C. LES DOMMAGES

Avant d'envisager ce que la différence de qualification entraîne comme différences en ce qui concerne le montant de la réparation, il convient de rappeler une règle technique du droit civil. En cas d'obligation contractuelle, avant de pouvoir prétendre à des dommages-intérêts, le créancier doit mettre le débiteur en demeure, sauf quand l'obligation consiste à ne pas faire quelque chose¹¹⁰. En droit québécois, l'article 1069 C.c.B.-C. prévoyait qu'en matière commerciale, lorsqu'une obligation contractuelle était assortie d'un terme, le débiteur était mis en demeure par l'écoulement du temps.

L'exigence de la mise en demeure ne se retrouve pas en matière délictuelle. Nous n'avons trouvé nulle part d'explication satisfaisante à cette règle. Peut-être est-ce tout simplement parce que l'obligation dont on demanderait la sanction en invoquant la responsabilité délictuelle est fondamentalement négative, ne pas nuire à autrui?

Dans les systèmes civilistes et de common law, la responsabilité contractuelle amène à compenser la perte subie et les gains manqués. Ces dommages doivent être directs. Le caractère direct ne fait que renforcer la notion de causalité entre l'inexécution et le préjudice. Prendre en compte des dommages « par ricochet » atténuerait considérablement l'exigence du lien de causalité. Il n'est pas toujours évident de marquer la limite entre ce qui est direct et ce qui ne l'est pas. C'est une question de fait, non de droit, et la marge discrétionnaire du tribunal à ce sujet est grande.

Parfois, les dommages futurs seront pris en compte, dans la mesure, bien sûr, où ils sont une conséquence directe de l'inexécution. Ils font partie des fameux gains manqués¹¹¹.

Une autre caractéristique du dommage est sa prévisibilité, dont parlent l'article 1074 C.c.B.-C., l'article 1613 du *Code civil du Québec* et l'article 1150 C.N. Elle s'évalue en se replaçant au moment de la conclusion du contrat. Selon monsieur Baudouin, « les parties ayant pu lors de la formation du contrat fixer exactement l'étendue de leur engagement, étaient également en mesure de prévoir l'étendue des conséquences d'une inexécution future »¹¹². Le tribunal, puisque c'est lui qui détermine le montant des dommages, devra se demander quels sont ceux qu'un contractant raisonnablement prudent et diligent pouvait prévoir dans les circonstances. Cela semble bien difficile, ne serait-ce que parce que c'est peut-être prêter aux parties des considérations qu'elles n'avaient pas forcément. Cela fait penser à un couple de jeunes mariés à qui l'on demanderait de songer aux conséquences de leur divorce alors qu'ils ne rêvent qu'à leur lune de miel!

En droit anglais, le préjudice subi ne doit pas être *too remote*. Cela revient à dire qu'il doit être prévisible car celui qui est trop éloigné de la faute est celui qui n'était pas prévisible lors de la conclusion du contrat. Les tribunaux dans cette appréciation de l'éloignement ou de la prévisibilité tiennent compte de ce que les parties auraient dû prévoir et non *pu* prévoir, comme ils le font en France¹¹³.

C'est là qu'intervient le degré de gravité de la faute du débiteur. Ce n'est qu'en cas de faute légère qu'il sera tenu de compenser uniquement ce qui était

110. Articles 1146 et 1145 C.c.Fr., par exemple.

111. J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 29, p. 405. Voir l'article 1611 C.c.Q.

112. *Id.*, p. 411.

113. R. DAVID, *op. cit.*, note 37, p. 410.

prévu ou prévisible. En cas de faute lourde ou de dol, il devra réparer les dommages même imprévisibles¹¹⁴. Bien que l'on se situe encore dans la sphère de la compensation, cette prise en considération de la gravité du geste du fautif fait inévitablement penser à un glissement en terrain punitif puisque la peine est plus lourde pour le débiteur de mauvaise foi.

À ce sujet, nous devons jouer sur les mots ou du moins avec les mots. Étant donné l'objet de notre étude, peut-on envisager que le débiteur fautif soit de bonne foi? Illustrons notre réflexion en prenant pour exemple une lettre d'intention reconnue comme un « contrat précontractuel » et contenant la clause de confidentialité suivante : « Nous vous prions de considérer les plans communiqués comme strictement confidentiels et de n'en faire usage que dans le cadre de nos seules négociations ». Le partenaire à qui s'adresse ce document, en l'acceptant, devient le débiteur d'une obligation de bonne foi. S'il utilise les données confiées à d'autres desseins que ceux convenus, il y a inexécution de l'obligation de bonne foi. Peut-on alors appliquer les articles prévoyant des dommages-intérêts prévisibles alors qu'ils précisent que l'inexécution ne doit pas être due au dol du débiteur? Autrement dit, le débiteur qui fait preuve de mauvaise foi — puisqu'il n'honore pas son obligation de bonne foi — peut-il cependant être considéré de bonne foi au sens de l'article 1074 C.c.B.-C. par exemple? Comme la plupart des commentateurs s'accordent à dire, nous l'avons vu, qu'une faute légère suffit pour engendrer la responsabilité et dans la mesure où les textes semblent faire des équations entre faute légère et bonne foi d'une part et faute lourde et mauvaise foi d'autre part dans l'exécution des obligations, nous pouvons en conclure, même si cela peut paraître étrange, que quel'un peut, de bonne foi, ne pas faire preuve de bonne foi!

En matière de délits, les systèmes civilistes optent pour la réparation intégrale du préjudice subi, prévisible ou non, à condition toutefois qu'il soit direct : « L'extension des articles 1074 et 1075 Cc à la responsabilité délictuelle est monnaie courante. Alors la qualification de la faute n'a plus de raison d'être »¹¹⁵.

Le droit civil n'autorise pas l'octroi de dommages exemplaires dans les cas qui nous occupent, en raison, encore une fois, du caractère indemnitaire et non répressif de la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle. La common law, elle, permet les dommages punitifs. Souvenons-nous de l'affaire *Texaco-Pennzoil* : « Jury finding that actions of defendant in action alleging tortious interference with contract were intentional, wilful, and in wanton disregard of rights of party to alleged contract was sufficient to support award of punitive damages under applicable New York substantive law »¹¹⁶. Ces dommages, accordés dans le cadre de la responsabilité délictuelle, n'ont pas été symboliques puisqu'ils se sont élevés à 3 milliards de dollars américains.

Le droit québécois a failli passer une fois de plus à l'heure de la common law. En effet, l'Office de révision du Code civil avait proposé, après avoir énoncé le principe compensatoire de la réparation, le texte suivant : « Toutefois, le tribunal, en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde, peut accorder, en outre, des dommages-intérêts punitifs »¹¹⁷. Cet article n'a pas été repris par la suite.

114. Articles 1613 C.c.Q., 1075 C.c.B.-C., 11515 C.c.Fr.

115. M. TANCELIN, *Jurisprudence sur les obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1988, p. 570.

116. *Texaco Inc. c. Pennzoil Co*, 729 S.W. 2nd 768 (Tex. App. 1987) 784.

117. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. I, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1978, p. 378 : Des obligations, article 290.

En ce qui concerne l'évaluation des dommages, il faut aussi citer un principe de common law que la jurisprudence québécoise suit, tant sur le plan contractuel que délictuel : la minimisation des dommages ou *duty to mitigate damages*. La victime doit prendre toutes les mesures raisonnables en vue de limiter l'importance du préjudice qu'elle subit en raison de l'inexécution de l'obligation par le débiteur.

« En réalité l'évaluation des dommages intérêts pour perte matérielle se fait de la même façon que l'action soit intentée sur une base contractuelle ou délictuelle »¹¹⁸. Cependant en théorie du moins, pour ce qui est de la compensation monétaire, la partie qui s'estime lésée aura avantage à invoquer la faute délictuelle puisque si toutes les conditions sont réunies, son partenaire devra réparer les dommages même imprévisibles. En 1907, Saleilles disait à propos de la responsabilité précontractuelle que la réparation fondée sur l'idée de faute, donc dans le domaine du délit, consistait en une réparation intégrale alors qu'autrement la réparation était limitée ou forfaitaire. Il concluait par ces mots : « C'est l'un des intérêts pratiques les plus saillants qu'il y ait à rejeter ici tout caractère délictuel ou quasi délictuel »¹¹⁹. Disons que cela dépend du point de vue où l'on se place!

D. LE PROBLÈME DE LA DUALITÉ DU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ

1. Présentation du problème

L'erreur de conduite des partenaires pendant la phase précontractuelle peut donner lieu à une responsabilité contractuelle ou délictuelle selon les circonstances et selon le droit qui l'examine. Il convient de se demander si une qualification exclut l'autre. La réponse semble varier, non seulement d'un système juridique à un autre mais aussi d'un pays à l'autre.

En France, tout comme au Québec, « peu de questions sont aussi discutées et aussi obscures. Il en est peu d'ailleurs qui soient aussi mal posées »¹²⁰. En effet, il semble y avoir à la base un problème de vocabulaire. Certains auteurs et magistrats semblent moins soucieux que d'autres de l'exactitude des termes qu'ils utilisent. Or, dans le cas présent, il est particulièrement important d'appeler les choses par leur nom, au risque de se plonger — et de plonger son auditoire — dans la plus grande confusion. Dans la célèbre affaire *National Drying Machinery c. Wabasso*, la Cour d'appel donne une définition claire : « cumul si une partie se prévaut des deux régimes pour profiter des avantages de chacun d'eux; option si une partie choisit de se prévaloir d'un de ces régimes qui l'avantage plus que l'autre »¹²¹. Ne serait-il pas pourtant encore plus exact de parler de coexistence et d'exclusion? Car si « on déclare "partisans du cumul" ceux qui admettent que la responsabilité délictuelle peut jouer entre contractants, et "adversaires du cumul" ceux qui refusent aux contractants la possibilité de se prévaloir des articles 1382 et suivants C. civ. »¹²², il n'est pas question d'« addition » des deux domaines.

118. M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1986, p. 400.

119. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », (1907) 6 *Revue trimestrielle de droit civil* 697, p. 739.

120. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 225.

121. *National Drying Machinery c. Wabasso* [1979] C.A. 279, p. 284 (j. MAYRAND).

122. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 224.

Lorsqu'il y a inexécution d'une obligation, quelle qu'en soit la qualification, créant un préjudice, nul ne peut invoquer en même temps deux régimes de responsabilité car il obtiendrait ainsi deux fois la réparation du dommage¹²³.

Imaginons le scénario suivant : deux commerçants signent une lettre d'intention comportant un engagement de confidentialité. L'un d'eux révèle les données confidentielles à un concurrent. Admettons qu'il n'y ait aucun doute sur le caractère contractuel de leur accord et que la loi qui s'applique au litige reconnaisse largement la notion de délit. Le problème se pose alors ainsi : est-ce que la responsabilité délictuelle peut jouer même entre des contractants (co-existence) ou bien, du fait que les parties ont signé un contrat, sont-elles cantonnées sur le terrain contractuel (exclusion)? À la différence de la solution de l'« exclusion », la reconnaissance du « concours »¹²⁴ entraîne d'autres questions. Le demandeur peut-il prendre ici et là dans chaque régime les règles qui lui sont favorables, intentant ainsi une « action délictivo-contractuelle »¹²⁵ ou doit-il exercer un choix entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle?

2. Quelques réponses

En France, l'action hybride où le demandeur utiliserait des instruments à la fois délictuels et contractuels est proscrite sans aucune hésitation tant par les tribunaux que par la doctrine.

En ce qui concerne les autres questions, les opinions émises par les tribunaux sont nettement moins claires. La Cour de cassation, en 1922, a énoncé le principe suivant : « [...] les articles 1382 et s. C. civ. sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat »¹²⁶ qui, depuis, a été repris à maintes occasions¹²⁷. Cela semble correspondre à ce que nous avons appelé l'exclusion. Du moment qu'il y a un lien contractuel, lui seul compte. Cette règle n'est pas suivie unanimement puisque plusieurs décisions se prononcent en faveur du « cumul ».

Après avoir analysé les arguments des uns et des autres, monsieur Tunc considère qu'en définitive le cumul des responsabilités est condamné par le droit français : « Le créancier, dont le débiteur n'a pas exécuté son obligation, ne peut de ce fait intenter d'autre action que l'action en responsabilité contractuelle »¹²⁸. Ce qui signifie qu'il n'y a ni cumul ni option possibles. C'est le règne de l'exclusion par laquelle le juge, si le demandeur s'est placé sur les deux terrains, décide lequel est approprié et juge la demande en se plaçant uniquement sur ce terrain.

123. Bien sûr, la situation est différente si une victime subit un dommage résultant d'une inexécution contractuelle d'une part et d'autre part un dommage en raison d'une faute délictuelle. Elle pourra alors intenter une action en responsabilité contractuelle en réparation du premier dommage et une action en responsabilité délictuelle en réparation du second.

124. P. ESMEIN, « Trois problèmes de responsabilité civile », (1934) *Revue trimestrielle de droit civil* 317 cité dans H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 226.

125. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *id.*, p. 226.

126. Civ. 11 janvier 1922, cité dans H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *id.*, p. 242.

127. Par exemple, Civ. 2^e, 24 juin 1987, Bull. civ. III n^o 142, cité dans DALLOZ, *op. cit.*, note 93.

128. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 254. Voir également les commentaires de M. TUNC dans DALLOZ, *ibid.*

Il existe une solution pratique, conseillée aux parties par monsieur Tunc : « En cas de doute sérieux, placez-vous sur un terrain à titre principal et sur l'autre à titre subsidiaire »¹²⁹.

Dans un passé très récent, au Québec, la décision de référence sur la question était l'arrêt *Wabasso*¹³⁰. La compagnie Wabasso avait conclu en Pennsylvanie un contrat d'achat de machinerie à National Drying Machinery. Le matériel vendu par cette dernière a causé un incendie dans les locaux de l'acheteur au Québec. La nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité de Wabasso était importante puisque c'est d'elle que dépendait la compétence du tribunal qui devait être saisi. Le juge Mayrand, de la Cour d'appel, se demanda si l'acheteur pouvait « se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle, vu que la faute contractuelle à son égard aurait été une faute délictuelle ou quasi délictuelle en l'absence d'un contrat »¹³¹. La Cour d'appel, à la majorité, a décidé que si le Code civil prévoyait des règles spécifiques de responsabilité civile en matière contractuelle, c'est qu'il n'entendait pas laisser le choix du terrain aux parties.

Le juge Paré, dissident, estima qu'une victime pouvait invoquer et la faute contractuelle et la faute délictuelle de l'auteur du dommage puisque parfois, « l'obligation a sa source à la fois dans la loi et dans le contrat de sorte que les mêmes éléments qui constituent la faute contractuelle peuvent, selon les circonstances, engendrer une faute délictuelle »¹³². Il affirme donc « le système dualiste de la faute contractuelle et de la faute délictuelle qui, par leur cumul, sous-tend notre droit en l'espèce »¹³³. Notons au passage la confusion terminologique car, en réalité, le juge considérait que la victime avait le choix. Il faut donc entendre « option » et non « cumul »!

C'est l'opinion du juge Paré qui a été retenue par la Cour suprême, consacrant ainsi le principe de l'option¹³⁴. Selon monsieur Tancelin, le cumul était également admis en droit québécois. Donc, non seulement une partie pouvait choisir le terrain sur lequel elle comptait situer la responsabilité mais en plus, elle pouvait combiner les éléments des deux domaines et utiliser ceux qui lui étaient le plus favorables.

La divergence entre ces deux visions civilistes s'explique certainement en partie par des principes fondamentalement opposés. Au Québec, d'après monsieur Tancelin, « la responsabilité délictuelle ne peut pas être considérée comme le régime de droit commun dont la responsabilité contractuelle serait l'exception ou le "régime tributaire" »¹³⁵.

Au contraire, en droit français, la responsabilité contractuelle est une responsabilité d'exception alors que le principe général de la responsabilité délictuelle est susceptible de jouer dans toutes les situations¹³⁶. Donc, si aucun contrat n'est conclu, dans les faits ou même après examen juridique de la situation, les parties peuvent toujours « se rabattre » sur le terrain délictuel. Or si les codificateurs ont pris le soin de prévoir des exceptions, ce n'est certainement pas en vain.

129. DALLOZ, *ibid.*

130. *National Drying Machinery c. Wabasso*, *supra*, note 120.

131. *Id.*, p. 284.

132. *Id.*, p. 281.

133. *Id.*, p. 283.

134. *National Drying Machinery c. Wabasso*, [1981] 1 R.C.S. 578.

135. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 117, p. 208.

136. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, pp. 149-150.

L'entrée en vigueur du nouveau Code civil, le 1^{er} janvier 1994, modifie radicalement le système québécois. En effet, l'article 1458 alinéa 2 rejette clairement l'option :

Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; *ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.*¹³⁷

Lorsque les négociateurs sont soumis au droit anglo-saxon, il est vraisemblable que la question de cumul, d'option ou d'exclusion ne se posera pas de façon aussi aiguë. La common law, peu encline à la catégorisation *a priori*, admet d'abord difficilement que les ententes précontractuelles soient considérées comme des contrats et de plus elle n'aime pas beaucoup les distinctions systématiques comme nous les faisons entre contrats et délits. Son approche casuistique est peut-être moins compliquée et moins abstraite que le raisonnement civiliste. L'autorité saisie examine la cause du litige — *refusal to negotiate, improper tactics, unreasonable proposals, non-disclosure, negotiations with others*¹³⁸ — et dans la plupart des cas « the answer must be derived from the circumstances »¹³⁹.

La solution en common law ne se trouve pas dans des compartiments pré-établis dans lesquels on cherche à faire rentrer de gré ou de force le cas soumis. Selon l'opinion d'un groupe de juristes qui se sont penchés sur les lettres d'intention, si le droit anglais en venait à reconnaître une valeur juridique aux engagements nés de tels documents, le tribunal condamnerait « le responsable de la rupture à réparer la perte liée aux coûts directs de la négociation manquée »¹⁴⁰. Il n'est pas question ici de longues tergiversations sur la nature de la responsabilité ni par conséquent des hésitations que suscitent option et cumul des régimes.

Donc si l'obligation de bonne foi, qualifiée de contractuelle, est violée par l'un des partenaires, la victime pourra tenter une action en responsabilité. Selon le droit applicable au litige, elle aura les coudées plus ou moins franches : parfois elle devra se limiter à invoquer exclusivement la responsabilité contractuelle; dans d'autres cas, elle pourra choisir le terrain, contractuel ou délictuel, sur lequel elle entend situer la responsabilité; quelquefois, elle pourra combiner la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, choisissant dans chaque régime les éléments qui la favorisent le plus. Cependant, même dans ce dernier cas que l'on nomme habituellement « cumul », il n'est évidemment jamais question d'addition de réparations pour un seul préjudice.

CONCLUSION

Il est reconnu, en dépit du silence de la plupart des droits nationaux sur le sujet, que le comportement des négociateurs pendant la phase précontractuelle n'est pas totalement libre. Le droit leur impose le respect d'une certaine conduite, celle d'une personne raisonnable, du « bon père de famille » qui agit avec bonne foi.

137. Nous soulignons.

138. Exemples tirés de E. A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 61, pp. 273-279.

139. E. A. FARNSWORTH, *loc. cit.*, note 61, p. 279.

140. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 9, p. 44.

Le non-respect de l'obligation précontractuelle de bonne foi pose le délicat problème de la confrontation de deux principes opposés et qui doivent être respectés, la liberté de contracter et le besoin de sécurité des partenaires. En recherchant quels instruments le droit utilise pour sanctionner le manquement, nous avons constaté qu'il doit préalablement qualifier l'obligation.

Pour qu'il y ait action en responsabilité, quelle qu'elle soit, il est nécessaire qu'il y ait un élément déclencheur, une sorte de grain de sable dans l'engrenage qui fasse dérailler le cours harmonieux des choses. Si pour monsieur Mousseron, la mise en œuvre de la responsabilité civile « évoque [...] — à chacun ses fantasmes! — l'image d'une pomme que le traitement d'un alambic transforme en calvados »¹⁴¹, elle peut également faire penser, pour un esprit moins épicurien, à une consultation médicale. La victime se plaint d'un dommage, tout comme le patient présente des symptômes. Tous deux auront besoin d'un traitement, d'une « réparation ». Le médecin, comme le juriste, devra se livrer à un exercice de qualification pour déterminer quelle est la nature du mal dont est atteint le patient et ensuite choisir quelle médication recommander.

Le manquement à l'obligation de bonne foi est qualifié de façon très diverse selon le droit qui l'examine et selon les circonstances. La question de la qualification de l'obligation précontractuelle est peut-être un faux débat car celle-ci découle des circonstances qui la créent. Il semble, en effet, qu'elle suive intimement le sort de la qualification de la phase des pourparlers et des rapports des partenaires pendant cette période. Il s'agit en fait de déterminer si les échanges entre futurs contractants sont des actes ou des faits juridiques. Dans le premier cas, les obligations dont répond chacun sont de nature contractuelle; dans le second, les partenaires engagent leur responsabilité délictuelle.

Selon certains, « les tribunaux ne se préoccupent de différencier l'action délictuelle de l'action contractuelle que là où il y a un intérêt pratique à le faire. Si les deux actions conduisent au même résultat, ils négligent la distinction »¹⁴². Or, nous pensons que l'intérêt pratique n'est ni rare ni négligeable.

Monsieur Rigaux estime qu'il ne faut pas exagérer les conséquences de la distinction parce qu'en définitive le débiteur aura toujours à payer une somme d'argent¹⁴³. Sans les « exagérer », il est toutefois important de les faire ressortir. D'abord, avant de penser à obtenir réparation, il faut au moins pouvoir intenter une action. Pour ne prendre que l'exemple du Québec, jusqu'à très récemment, le droit d'action s'éteignait en deux ans en matière délictuelle alors que la prescription de droit commun était de trente ans. La différence n'était pas minime! Nous avons vu que dans certains pays, elle est encore notable. Ensuite, nous savons qu'il est plus facile de faire la preuve d'une inexécution contractuelle que celle d'un délit. Finalement, la réparation intégrale du préjudice subi à la suite d'une faute délictuelle et celle du seul préjudice prévisible en cas de responsabilité contractuelle ne sont souvent pas comparables.

Dans les relations commerciales internationales, en raison de la coexistence de droits de pays différents et malgré la présence d'un ordre juridique international, l'un des problèmes les plus importants et qui demande le plus d'exercice intellectuel est la détermination du choix de la loi applicable au problème que présentent les parties ou les futurs contractants. Si la gymnastique cérébrale est

141. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, note 35, p. 29.

142. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 29, p. 182.

143. F. RIGAUX, *loc. cit.*, note 65, p. 11.

intense, elle n'en a pas moins des résultats très pratiques. Il faut que l'autorité saisie, tribunal étatique ou arbitral, s'appuie sur un code, une loi ou un droit pour rendre sa décision et régler le litige.

Il faut donc décider quelle est la loi applicable à l'obligation de bonne foi ce qui revient, en raison de son aspect « caméléon », à déterminer celle qui s'applique à la phase précontractuelle. C'est précisément la qualification qui lui est donnée qui déterminera la loi qui règlera le fond du litige. L'exercice de qualification sera fait par le juge ou l'arbitre selon l'ordre juridique d'où il tire sa règle de rattachement.

Il est clair que la victime aura peu intérêt à ce que son problème soit examiné sous l'angle de la common law qui non seulement fait peu de cas de la bonne foi mais en plus prend difficilement en considération les négociations précontractuelles. Au contraire, le droit civil qui est nettement plus interventionniste et qui aime à énoncer des règles applicables dans toutes sortes de situations, même non expressément prévues, ne répugne pas à s'immiscer dans toute relation humaine et est particulièrement soucieux des problèmes de responsabilité.

Quoi qu'il en soit, un manquement à l'obligation précontractuelle de bonne foi ne peut engendrer que deux types de responsabilités. Il est vu comme une faute délictuelle ou comme une faute contractuelle. La qualification personnelle de l'obligation est écartée puisque les normes de comportement ne font pas partie du statut personnel.

Une fois l'obligation qualifiée, l'examen des règles de droit international privé de l'ordre juridique d'où l'autorité saisie tire sa règle de rattachement indique la loi applicable. Chaque droit national a ses propres facteurs de rattachement pour déterminer la loi applicable aux délits. En matière contractuelle, les autorités saisies respectent universellement l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire que la loi dont relève le litige contractuel est celle désignée par les parties. Mais lors de la phase précontractuelle, même si les partenaires ont prévu des dispositions de type contractuel, il est rare qu'à ce stade-ci ils aient prévu la loi applicable aux litiges. Or, en cas de silence des parties, les facteurs de rattachement possibles utilisés en matière contractuelle sont nombreux.

Si un manquement à l'obligation précontractuelle de bonne foi ne se révèle qu'après la signature du contrat projeté — hypothèse possible quand on pense à l'obligation de confidentialité, par exemple — il est clair que, quel que soit le droit ou le système juridique qui l'examine, le litige relèvera de la loi applicable au contrat, en général prévue précisément dans la convention. Sinon, l'autorité devra, comme lorsque le contrat projeté n'est finalement pas conclu, « jouer » avec les facteurs de rattachement.

Chaque qualification a ses avantages et ses inconvénients, non seulement en vertu des règles de différents systèmes juridiques que sont la common law et le droit civil mais même dans chaque catégorie. Nous avons pu en effet constater, tant au niveau des lois et codes que de la jurisprudence et de la doctrine, qu'à l'intérieur d'un même pays, le choix de la qualification délictuelle ou contractuelle a des effets concrets différents que ce soit en ce qui concerne la preuve, la prescription ou le montant des dommages¹⁴⁴. De plus, chaque pays ne règle pas de la même façon les problèmes d'option ou de cumul des deux types de responsabilité.

144. Notons qu'au Québec, en vertu des nouvelles dispositions du Code civil, les différences entre les deux régimes tendent à s'estomper.

Il faut tenir compte, dans le genre de relations qui nous intéressent en particulier, du rôle important et fréquent des arbitres. Ils peuvent être amenés, comme les tribunaux étatiques, à « jongler » avec les droits nationaux et ils ont également souvent recours à la *lex mercatoria* qui connaît indubitablement le principe de bonne foi. Quelquefois, cette loi des marchands offre d'autres solutions que celles prévues par les droits étatiques.

Lors de relations internationales, au-delà des situations concrètes multiples, la panoplie des droits et systèmes juridiques en présence et la diversité des remèdes élargissent le champ de la réflexion mais également augmentent l'insécurité juridique des négociateurs ce qu'atténue malheureusement peu, comme nous l'avons constaté, l'intervention des conventions internationales.