

Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles

Sylvette Guillemard

Volume 24, Number 3, September 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1056927ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1056927ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Guillemard, S. (1993). Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles. *Revue générale de droit*, 24(3), 369–395. <https://doi.org/10.7202/1056927ar>

Article abstract

In certain circumstances, good faith, a moral principle, also constitutes a legal obligation. Most national legal systems fail to address the content of this concept. This article aims to define, or at least to set the parameters, of this norm, and to establish its potential relevance to pre-contractual relations. The author brings specific attention to the obligation of good faith in the context of negotiations, focusing in particular on the nature of this obligation and the various ways in which different legal systems qualify it.

Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles

SYLVETTE GUILLEMARD

Avocate et chercheuse à la Cour suprême du Canada

RÉSUMÉ

La bonne foi, principe moral, est érigée dans certaines circonstances en obligation juridique. La plupart des droits nationaux sont silencieux quant au contenu de ce concept. Le but de cet article est d'essayer de définir ou du moins de cerner cette norme de comportement et de vérifier si elle intervient dans les relations précontractuelles. L'auteure examinera spécialement la portée de l'obligation de bonne foi lors des pourparlers, en particulier l'intensité qui lui est attribuée et la qualification qu'en font différents systèmes juridiques.

ABSTRACT

In certain circumstances, good faith, a moral principle, also constitutes a legal obligation. Most national legal systems fail to address the content of this concept. This article aims to define, or at least to set the parameters, of this norm, and to establish its potential relevance to pre-contractual relations. The author brings specific attention to the obligation of good faith in the context of negotiations, focusing in particular on the nature of this obligation and the various ways in which different legal systems qualify it.

SOMMAIRE

Introduction	370
I. Définition de l'obligation de bonne foi	371
A. La bonne foi : principe moral, obligation juridique	371
1. Présentation du principe éthico-juridique.....	371
2. Description de la bonne foi en tant qu'obligation juridique	374
B. Les sources de l'obligation précontractuelle de bonne foi	377
1. La loi	377
2. Les usages et les principes	380
3. Les accords entre les parties.....	380
C. Contenu de l'obligation précontractuelle de bonne foi.....	381
1. La bonne foi issue du fait d'être en processus de négociation	381

2. La bonne foi issue des ententes précontractuelles.....	383
a) <i>La bonne foi dans les accords relatifs au processus de négociation</i>	383
b) <i>La bonne foi dans les accords relatifs à la construction progressive du contrat</i>	384
II. La portée de l'obligation précontractuelle de bonne foi.....	385
A. Intensité de l'obligation précontractuelle de bonne foi.....	385
1. Les obligations positives.....	387
2. Les obligations négatives.....	388
B. Qualification de l'obligation précontractuelle de bonne foi.....	389
1. La faute.....	389
2. La nature de la responsabilité.....	390
Conclusion	394

INTRODUCTION

Lors de notre réflexion sur la phase préalable à la formation de certains contrats, nous avons constaté que la relation précontractuelle est en général ignorée par les droits nationaux. De nombreux juristes prétendent cependant que « la phase préparatoire au contrat, que celui-ci soit conclu ou au contraire abandonné, n'échappe pas à l'emprise du droit »¹. Pour tenter d'éclaircir un peu cette contradiction, nous nous pencherons sur le comportement des parties durant les négociations car il semble que ce soit l'objet principal, alors qu'il n'y a pas encore de contrat, sur lequel le droit puisse avoir une emprise.

Dans un premier temps, nous allons examiner une des normes de conduite qu'imposent les codes et les lois aux personnes lorsqu'elles entrent dans leur champ. Ainsi, pour n'en donner que quelques exemples, le *Restatement of the law (2nd) of contracts* et les codes civils français, belge, égyptien précisent que les parties à un contrat doivent agir d'une certaine façon, notamment dans l'exécution des conventions². En leur imposant une obligation de bonne foi, le droit soumet les parties à une règle morale.

Il nous paraît intéressant de tenter de découvrir ce que signifie le concept éthique de la bonne foi et ce que cette notion implique en regard du droit tout en recherchant pourquoi l'obligation, de morale, est devenue juridique. Nous allons donc essayer humblement de suivre la recommandation de Ripert : « Il ne s'agit pas d'expliquer le droit par la philosophie mais de voir ce qu'il peut y avoir de philosophie dans le droit »³. Il est regrettable, comme le fait remarquer Pierre Lalive, que dans la pratique judiciaire ou arbitrale internationale « la règle ou le principe

1. M. VANJWICK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », [1980] *Annales de la faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège* 19.

2. Voir *infra*, notes 17 à 21.

3. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1936, p. 1.

de bonne foi est plus souvent affirmé qu'expliqué, telle une évidence qui se passe de démonstration »⁴.

Une fois la conduite contractuelle observée, dans un deuxième temps, nous transposerons le raisonnement à la période préalable au contrat dont précisément ni l'existence ni le déroulement ne sont décrits par la plupart des droits nationaux.

Principalement par l'examen d'ententes et de documents échangés lors des négociations, nous essayerons de déterminer ce que contient et implique l'obligation précontractuelle de bonne foi et quelle est sa portée.

Finalement, nous tâcherons de découvrir quelle peut être la qualification juridique de cette obligation. Cela nous permettra de vérifier dans quelle mesure les droits nationaux bien que silencieux sur la question, « surveillent » la conduite des négociateurs.

Comme nous nous intéressons particulièrement aux relations précontractuelles internationales, nous essayerons de nous livrer à une étude comparative des conceptions juridiques de la bonne foi. 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, puisque il s'agit de négociations commerciales, nous interrogerons la *lex mercatoria*, ce « droit coutumier transnational »⁵. Nous devons également considérer les règles contenues dans les conventions internationales.

I. DÉFINITION DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI

A. LA BONNE FOI : PRINCIPE MORAL, OBLIGATION JURIDIQUE

1. Présentation du principe éthico-juridique

Vaste dessein que de vouloir discourir sur la bonne foi en tant que principe moral. Ce n'est pas chose facile que d'essayer de le cerner car la morale elle-même est essentiellement subjective et les éléments qui la composent dépendent de nombreux facteurs : époque, société, civilisation, etc. Sans chercher à faire une étude approfondie de l'éthique du monde occidental en cette fin de XX^e siècle, il est cependant possible de réfléchir sur certaines règles de conduite considérées comme valables, de façon absolue. La bonne foi en est une.

Il serait présomptueux et surtout hors de propos de déterminer sa source, son origine, ses fondements et d'expliquer pourquoi elle fait justement partie de notre morale, c'est-à-dire pourquoi elle a une valeur contraignante sur notre conscience et sur nos actes. Contentons-nous d'essayer d'en donner quelques définitions.

Un dictionnaire général dit que la personne de bonne foi est celle qui « agit [...] avec la conviction d'obéir à sa conscience »⁶. Ce n'est pas tant le résultat de l'action qui compte, sa qualité, que la façon dont elle a été initiée. Le bien est

4. P. LALIVE, « Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'état », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Némésis, 1986, p. 432.

5. J. BÉGIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international », [1985] *Revue de droit de McGill* 478, p. 481.

6. *Le Petit Robert*, Paris, 1983.

fondé sur la concordance entre la pensée et l'agir. Peu importe si ce que dit quelqu'un est faux; du moment qu'il pense que ce qu'il exprime est vrai, il est bien noté par la morale.

Lorsque le même dictionnaire définit la bonne foi comme « la qualité de celui qui parle, agit avec une intention droite », il en décrit, semble-t-il, un autre volet. Dans ce cas, c'est davantage l'effet ou la portée de l'acte qui sont envisagés. Une action dont l'objet est correct — selon l'opinion de la morale, encore une fois — est accomplie avec bonne foi.

Le contraire de la bonne foi est peut-être plus facile à saisir. L'absence de bonne foi se rattache plus à la première conception décrite en étant une espèce d'incohérence entre la conscience et l'action. Quant à la mauvaise foi, c'est une intention malveillante, une volonté délibérée de nuire ou de tromper son prochain.

Que la bonne foi de concept devienne obligation morale dépend du niveau de conscience et des « sanctions intimes »⁷ que chacun attribue à ses manquements. Cela dépend également de la société. En effet, notre comportement dans ce domaine est intimement lié à ce qu'elle nous dicte puisque, selon Durkheim, « quand notre conscience parle, c'est la société qui parle en nous. [...] Le devoir, c'est la morale en tant qu'elle commande; c'est la morale conçue comme une autorité à laquelle nous devons obéir, parce qu'elle est une autorité et pour cette seule raison »⁸.

Un synonyme de la bonne foi, la loyauté, le fait d'obéir aux règles de l'honneur et de la probité, a pour étymologie le mot « légal ». Le droit et la morale ont toujours été intimement liés et il n'est souvent pas facile de déterminer lequel influence l'autre! Pour Ripert, « le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale »⁹ et certains ajoutent que « la règle de droit manquerait de fondement si elle ne se conformait pas à la règle morale »¹⁰.

C'est ainsi que la bonne foi est un principe universellement consacré par le droit, inhérent à tout ordre juridique¹¹. Tout comme sur le plan éthique, la notion juridique de bonne foi présente deux volets. Le premier exprime l'état psychologique de l'individu en portant sur sa connaissance ou son ignorance d'un fait. C'est cette croyance erronée et excusable que décrit clairement l'article 550 du *Code civil du Bas-Canada*: « Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où les vices lui sont connus ».

Le *Code civil du Québec* se penche aussi sur l'état psychologique des époux en cas de nullité du mariage puisque s'il est déclaré nul, il « produit des effets civils en faveur des époux qui étaient de bonne foi »¹², c'est-à-dire qui ignoraient les causes de nullité.

Autre exemple, tiré du Code civil, à propos du quasi-contrat résultant de la réception d'une chose non due: « Celui qui reçoit par erreur de droit ou de fait ce qui ne lui est pas dû, est obligé de le restituer [...]. Si la personne qui reçoit

7. L. LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, 16^e éd., Paris, PUF, 1971.

8. É. DURKHEIM, *L'éducation morale*, Paris, PUF, 1963.

9. G. RIPERT, *op. cit.*, note 3, p. 1.

10. 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. 4.

11. « La bonne foi est un impératif juridiquement contraignant, encore qu'aux contours imprécis, de la moralité internationale », P. LALIVE, *loc. cit.*, note 4, p. 432.

12. Article 432 C.c.Q.

est de bonne foi, elle n'est pas obligée de restituer les profits qu'elle a perçus de la chose »¹³.

Citons également le prochain *Code civil du Québec* où l'ignorance non intentionnelle fait l'objet d'un chapitre dans le livre concernant la publicité des droits¹⁴.

Les dispositions générales de la *Loi canadienne sur les lettres de change* donnent une définition assez vague de la bonne foi : « Est réputé de bonne foi, au sens de la présente loi, tout acte accompli honnêtement, qu'il y ait eu par ailleurs négligence ou non »¹⁵. En analysant la loi, on comprend que l'honnêteté dont il est question décrit encore l'attitude psychologique des personnes visées par le texte législatif.

On constate qu'en général, les législations sont très clémentes vis-à-vis de l'erreur commise de bonne foi. L'ignorance en elle-même n'est pas tellement répréhensible; on s'attache peu au résultat en préférant contrôler le raisonnement qui a amené une telle erreur.

L'autre facette de la bonne foi encadrée par le droit est ce que Gérard Cornu décrit comme « une référence aux usages, à une règle morale de comportement »¹⁶. La bonne foi ne concerne plus alors la psychologie du sujet mais son attitude, plus exactement le pourquoi et surtout le comment de son action. C'est cette norme de comportement que les différentes législations nationales consacrent dans le domaine de l'exécution des contrats. Pour n'en citer que quelques unes, signalons le Code civil français¹⁷, le Code civil belge¹⁸, le Code civil égyptien¹⁹, le *Restatements of the law (2nd) of contracts*²⁰, le *Uniform Commercial Code*²¹. Notons que le *Code civil du Bas-Canada* ne contient pas de disposition aussi expresse mais l'article 1024 permet d'appliquer à l'exécution des conventions la bonne foi en tant que principe général du droit civil²². Par contre, le prochain *Code civil du Québec* est plus explicite : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction »²³.

La bonne foi présidant à l'exécution des contrats est également reconnue par la *lex mercatoria*, que l'on peut définir comme la pratique généralisée dans le domaine du commerce international, établie par l'usage. À propos d'une

13. Article 1047 C.c.B.-C.

14. Chapitre quatrième « De la protection des tiers de bonne foi », articles 2962-2965.

15. L.R.C. 1985, ch. B-4, article 3.

16. G. CORNU, « Regards sur le titre III du livre III du Code civil : des contrats et des obligations conventionnelles en général », *Cours D.E.A. droit privé*, Paris II, 1976-77, p. 200, n° 260, cité dans Sentence CCI n° 3131, [1983] *Revue de l'arbitrage* 529, p. 530.

17. Article 1134 al. 3 : « [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ».

18. Article 1134 al. 3 dont le texte reprend exactement les termes du code civil français.

19. Article 148 : « Un contrat doit être exécuté conformément à son contenu et dans le respect des exigences de bonne foi ».

20. *Restatements of the law (2nd) of contract*, 1981, § 205 : « Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement ».

21. *Uniform Commercial Code*, § 1-203 dont le texte est identique à celui cité à la note 20.

22. « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage de la loi ». Le prochain *Code civil du Québec* reprend exactement la même disposition à l'article 1434.

23. Article 1375 P.C.c.Q.

sentence arbitrale, concernant une difficulté d'exécution d'un contrat conclu entre une société espagnole et une société américaine pour la livraison de charbon par la seconde à la première, monsieur Derains observe : « [...] nul doute que le principe de bonne foi fasse partie de la *lex mercatoria*. Concernant la bonne foi, il serait fastidieux de faire l'inventaire des décisions arbitrales qui y voient un principe de la *lex mercatoria* »²⁴.

Citons quand même la fameuse affaire *Norsolor*²⁵ :

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'appliquer la *lex mercatoria* internationale.

L'un des principes qui inspirent cette dernière est celui de la bonne foi qui doit présider à la formation et à l'exécution des contrats.

Le tribunal arbitral souligne, en citant monsieur Cornu, que « l'accent mis sur la bonne foi contractuelle est d'ailleurs l'une des tendances dominantes que révèle "la convergence des législations nationales en la matière" »²⁶.

La plupart des conventions dans le domaine du commerce international mentionnent le principe de bonne foi dans leur préambule ou dans leurs dispositions. Ainsi l'article 7 de la Convention de Vienne²⁷ prévoit : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ». Texte passablement sibyllin sur lequel il y aura lieu de revenir plus tard.

Par contre, la Convention de La Haye de 1964 ne mentionne pas de façon explicite la bonne foi²⁸. Mais, selon ses commentateurs, les « principes généraux » dont il est question à l'article 17 y font référence²⁹.

Donc, tant d'un point de vue moral que juridique, la bonne foi est classiquement décomposée en deux facettes; l'une concerne la psychologie du sujet et l'autre sa conduite. Y a-t-il lieu de trancher si catégoriquement ces deux aspects? Ce n'est pas certain car si la croyance erronée est feinte, le comportement n'est pas loyal...

2. Description de la bonne foi en tant qu'obligation juridique

Les seules réprimandes morales ne sont peut-être pas assez contraignantes pour contrôler les agissements humains et c'est pour cela que le droit a institutionnalisé un certain nombre de comportements, de préceptes. Il les assortit de sanctions plus efficaces et les transforme alors en obligations.

24. Sentence CCI n° 5953, *Journal du droit international* 117, p. 1061.

25. Sentence CCI n° 3131, [1983] *Revue de l'arbitrage* 529, p. 530.

26. *Ibid.*

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

28. *Convention de la Haye de 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels* : « Les questions concernant des matières régies par la présente loi et qui ne sont pas expressément tranchées par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ».

29. P. LALIVE, *loc. cit.*, note 4, p. 434.

La bonne foi est tellement fondamentale aux relations contractuelles que Jan Paulsson estime que « la plupart des systèmes juridiques nationaux l'ont depuis longtemps érigée en pierre angulaire de leurs droits des obligations »³⁰.

En suivant l'analyse faite par madame Stinjs³¹, la bonne foi a trois fonctions, correspondant à trois niveaux de la relation contractuelle. En premier lieu la bonne foi a une fonction interprétative, étroitement reliée à l'objet même de la convention entre les parties. Elle intervient au niveau de la détermination des engagements pris, de la définition exacte de leur contenu. La règle de conduite doit alors être évaluée lors de l'application *in concreto* des conventions.

La seconde fonction de la bonne foi, la fonction complétive, porte sur ce qui est au-delà des termes de l'accord, ce que l'on pourrait qualifier d'effets satellites du contrat, prévus, par exemple, aux articles 1024 du *Code civil du Bas-Canada*³² et 1135 du Code civil français³³. Les contractants sont liés par des obligations additionnelles, implicites, en raison du fait que

les contrats forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union.³⁴

La solidarité est nécessaire, les parties ont un devoir de collaboration pour arriver à la fin commune. C'est par une conduite loyale de part et d'autre que le but sera atteint. Cette entraide mutuelle engendre des devoirs de renseignements et d'information, l'obligation de faciliter ou de ne pas rendre plus pénible l'exécution, l'interdiction d'empêcher l'autre partie, par un quelconque comportement, de retirer le bénéfice normal du contrat, pour ne citer que quelques-unes de ces obligations supplémentaires.

La troisième fonction de la bonne foi est limitative. Un comportement normal et loyal interdit l'abus de droit. Un usage malicieux et malveillant des droits issus du contrat est assimilé par les tribunaux à la mauvaise foi.

Cette étude fonctionnelle de la bonne foi ne suffit malheureusement pas à en baliser les contours, à indiquer exactement comment doit se comporter le sujet. Il est certain que c'est un concept vague; en termes plus positifs, on pourrait le qualifier de souple³⁵.

La seule législation, à notre connaissance, qui se soit risquée à donner une définition de la bonne foi est le *Uniform Commercial Code*. Il est terriblement laconique puisqu'il la décrit comme : « honesty in fact »³⁶. Un tel silence des législateurs porte à croire qu'ils n'ont pas voulu ou pas osé s'aventurer trop loin dans les méandres de la morale, ce qui, il faut le reconnaître, n'est pas leur sujet principal

30. J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », [1990] *Revue de l'arbitrage* 55, p. 84.

31. S. STINJS, « Abus mais de quel(s) droit(s)? Réflexion sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droit contractuel », (1990) 109 *Journal des tribunaux* 33, p. 34.

32. *Précité*, note 22.

33. « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

34. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. VI, 1931, n° 3, cité dans *Jurisclasseur civil*, « Contrats et obligations », fascicule 11, Paris, Éd. Techniques, 1991, p. 23.

35. Concept « d'une rare plasticité », d'après S. DAVID-CONSTANT, « Des vivants et des morts dans le droit des obligations », [1977] *Journal des tribunaux* 649, p. 651.

36. *Uniform Commercial Code*, § 1-201 (19).

de préoccupation, pour laisser cette tâche aux magistrats. Ripert disait à propos du créancier et du débiteur d'une obligation contractuelle que « la loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale et le juge ne manquera jamais d'apprécier cette conduite »³⁷. Pierre Mayer, beaucoup plus récemment, constate encore qu'« en matière contractuelle, les législations recourent à la bonne foi et aux bonnes mœurs en laissant au juge le soin de préciser la portée exacte des exigences morales qu'elles recouvrent »³⁸.

Le *Uniform Commercial Code* qui semble être une législation plus portée que d'autres sur les définitions donne un indice puisqu'il décrit la bonne foi en matière commerciale comme « the observance of *reasonable* commercial standards of fair dealing in the trade »³⁹. Cela rappelle inévitablement la « personne raisonnable », transposition moderne du « bon père de famille » dont Ripert disait que c'était une expression « d'une commode imprécision »⁴⁰ et Planiol qu'elle était « une question d'appréciation et de sentiment qui laisse à peu près entière la liberté des juges »⁴¹.

Les juges ne devront pas se demander si les parties ont eu l'intention d'agir en personnes raisonnables lors de l'exécution du contrat. En effet, ce critère subjectif varie selon la mentalité propre de chaque partie. Les tribunaux devront plutôt vérifier si leur comportement objectif est celui d'une personne normalement raisonnable.

Donc, selon l'opinion générale, la bonne foi correspond à un niveau « normal » de comportement.

Comment sanctionner un manquement à cette obligation de bonne foi? La responsabilité engendrée à l'occasion d'un échec de l'exécution dû à une absence de bonne foi doit-elle être considérée comme relevant uniquement du contrat ou revêt-elle des aspects extracontractuels?

En faveur de la première solution, certains peuvent prétendre que l'obligation de bonne foi et donc la responsabilité qui y est rattachée n'existent, n'ont leur raison d'être qu'en vertu du contrat. C'est à cause de leur état de contractants que les parties se doivent de respecter une certaine norme de comportement. La convention étant à la base de leur relation, c'est elle qui crée des droits et des obligations et c'est à travers son prisme que l'on doit examiner la conduite des partenaires.

D'autres préfèrent envisager les rapports entre les parties sous un aspect plus large. Certes, les obligations sont issues directement ou indirectement de la convention mais ces devoirs contractuels ne peuvent être l'unique référence. La relation entre les parties se situe dans un contexte plus global et leur conduite est surveillée juridiquement par le biais de la responsabilité civile. Si un comportement de personne raisonnable est exigé lors des agissements courants, la responsabilité légale ne peut pas être totalement écartée sous prétexte que l'on s'engage sur un terrain contractuel. Il semble donc logique d'invoquer la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle en cas d'échec contractuel dû à un compor-

37. G. RIPERT, *op. cit.*, note 3, p. 298.

38. P. MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Éd. Litec, 1991, pp. 379-380.

39. *Uniform Commercial Code*, § 1-203. (Nos italiques)

40. G. RIPERT, *op. cit.*, note 3, p. 299.

41. PLANIOL, *Traité élémentaire*, 11^e éd., II, n° 240, cité dans G. RIPERT, *op. cit.*, note 3, p. 299.

tement fautif, quand la loi le permet comme au Québec. Il faut évidemment que « la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'article 1053 C.c.B.-C. ce même en l'absence d'un contrat »⁴².

Les termes mêmes utilisés pour décrire le comportement contractuel « normal » des parties, celles de bonne foi, font appel aux notions de base de la théorie de la responsabilité civile : « agir en honnête homme »⁴³, « selon les règles qu'implique une conduite honnête et loyale »⁴⁴.

Les dispositions générales relatives à la responsabilité civile dans le prochain *Code civil du Québec* mettent en parallèle entre les domaines contractuel et délictuel. L'article 1457 dispose :

Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages et la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel [...].

L'article 1458 vise spécialement les obligations contractuelles :

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 du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables [...].

B. LES SOURCES DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI

1. La loi

Nous savons que très peu de législations prévoient et encadrent la phase précontractuelle. Elles ignorent ce qui se passe avant la présentation d'une offre et, par conséquent, elles n'envisagent pas quels sont les droits et les obligations des « parties précontractuelles ».

Dans les pays de common law, où il est difficile de reconnaître une quelconque valeur à la phase des pourparlers, la conduite des partenaires est libre; tant qu'aucun contrat n'est conclu, il ne peut y avoir de réclamation à l'encontre de l'autre partie. En outre, comme il n'y a pas de principe de bonne foi dans la common law anglaise, celle-ci permet de rompre arbitrairement ou prématurément les négociations, de négocier avec d'autres et sans avoir besoin d'en informer quiconque. Il ne faut cependant pas en conclure qu'une partie à une négociation est totalement démunie de responsabilité en ce qui concerne sa conduite. Elle pourra entrer en jeu dans des conditions très spécifiques et restreintes, comme par exemple, en cas de fraude. Mais l'absence de bonne foi ne peut pas être une cause

42. *National Drying Machinery c. Wabasso*, [1979] C.A. 279, p. 283 (juge PARÉ).

43. PLANIOL et RIPERT, cité dans S. STINJS, *loc. cit.*, note 31, p. 33.

44. R. DEMOGUE, *op. cit.*, note 34.

d'action en soi, du moins en vertu de la common law. Par contre, il est possible d'envisager que l'*equity* fasse plus de cas de la bonne foi puisqu'en la comparant à la common law, messieurs Walter et Elrich affirment : « The rules in equity are broader and may reach out to situations where the common law may not gain access »⁴⁵.

En ce qui concerne la position du droit aux États-Unis, les avis sont contradictoires. Selon monsieur Farnsworth,

American courts have [...] declined to generalize [...] that a general obligation of fair dealing may arise out of the negotiations themselves [...]. This reluctance to do so is supported by the formulation of a general duty of good faith and fair dealing in both the American Uniform Commercial Code and the Restatement (Second) of Contracts [...] does not extend to negotiations.⁴⁶

À l'opposé, monsieur Lake prétend que « the obligation to negotiate in good faith is expressed statutorily in the Uniform Commercial Code »⁴⁷. Les deux juristes citent le même article pour soutenir leurs propos : « Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement »⁴⁸. D'après les définitions données par le dictionnaire Black's, les termes « performance »⁴⁹ et « enforcement »⁵⁰ ne peuvent être utilisés que dans le cas d'un contrat conclu et ne peuvent être étendus à la négociation. En outre, le *Corpus juris secundum* indique à la rubrique « performance » :

Good faith and fair dealing are required of all parties to a contract; and each party to a contract has the duty to do everything that the contract presupposes that he will do to accomplish its purpose; [...] such requirements are generally implied terms of a contract.⁵¹

Il n'est donc pas question de bonne foi lors des négociations précontractuelles mais seulement dans le cadre de l'exécution des contrats.

Seuls quelques pays civilistes imposent une obligation statutaire de bonne foi lors des négociations. La loi israélienne des contrats requiert que « lors de la négociation d'un contrat, chacun doit agir de façon normale et avec bonne foi »⁵². Le Code civil italien est également très clair : « Tractations et responsabilité précontractuelle : Les parties doivent être de bonne foi au cours du développement des tractations et de la formation du contrat »⁵³. L'article 1198 du Code civil argentin⁵⁴ prévoit que les contrats doivent être bâtis, interprétés et exécutés dans

45. J. McIwALTER et N. ERLICH, « Confidences — Bankers and customers: Powers of banks to maintain secrecy and confidentiality », (1989) 63 *Australian Law Journal* 404, p. 409.

46. E. Allan FARNSWORTH, « Introductory report », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 3, p. 10.

47. R. B. LAKE, « Letters of intent », [1984] *George Washington Journal of international law and economics*, p. 348, note 136.

48. *Uniform Commercial Code*, § 1-203.

49. « The fulfillment or accomplishment of a promise, contract, or other obligation according to its terms, relieving such person of all further obligation or liability thereunder ».

50. « The act of putting something such as a law into effect: the execution of a law ».

51. *Corpus juris secundum* 17 A, New York, The American law book Co, 1963, p. 564, § 451 (Nos italiques).

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

53. Article 1337, Code civil italien (1942).

54. Code civil argentin (1970).

la bonne foi. Dans la loi yougoslave sur les obligations⁵⁵, l'article 30 sanctionne la mauvaise foi puisqu'il impose une responsabilité à la personne qui engage des pourparlers sans l'intention de conclure un contrat ou qui les abandonne de façon illégitime.

Comment comprendre l'article 1375 du prochain *Code civil du Québec*?⁵⁶ Il est certain qu'il impose aux parties une norme de comportement qui dépasse le seul stade de l'exécution des contrats. Lorsqu'il dit que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties [...] au moment de la naissance de l'obligation », nous ne pensons cependant pas que cela signifie pour autant qu'il reconnaisse l'existence de la phase précontractuelle ni, à plus forte raison, qu'il contrôle les agissements des négociateurs durant cette période. Comme le code ne prévoit — et très expressément — que la formation classique des conventions⁵⁷, il est vraisemblable qu'il exige la bonne foi au moment de la présentation de l'offre et de l'acceptation, ce qui serait confirmé par l'utilisation de l'expression « naissance de l'obligation ». Aux tribunaux d'éclairer notre lanterne!

Dans les pays civilistes où aucune disposition législative expresse n'impose une obligation de bonne foi lors des pourparlers, elle peut cependant être fondée sur d'autres dispositions générales, notamment la responsabilité civile et la transposition de la norme de conduite contractuelle au stade précontractuel⁵⁸.

La *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*⁵⁹ ne contient aucune disposition en ce qui concerne la conduite des parties durant les négociations précontractuelles. Il y avait pourtant eu plusieurs propositions dans ce sens lors des travaux préparatoires. Le groupe de travail de la CNUDCI⁶⁰ avait proposé la clause suivante : « In the course of the formation of the contract, the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith »⁶¹. Pendant la onzième session de la Commission, en 1978, certains s'opposèrent à cette disposition en premier lieu parce qu'ils en trouvaient la formulation trop vague⁶² et ensuite parce qu'elle n'était pas assortie de sanction en cas de violation. Ceux qui étaient en faveur de l'article invoquaient la reconnaissance universelle du principe de bonne foi et soutenaient que même en l'absence de sanction, l'existence d'une telle disposition dans la Convention attirerait l'attention des

55. Loi yougoslave des obligations (1978).

56. « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

57. Livre cinquième « Des obligations », Titre premier, Chapitre deuxième, Section III « De la formation du contrat », en particulier article 1386.

58. En analysant les négociations en droit belge, madame Vanwijck-Alexandre (*loc. cit.*, note 1, p. 21) remarque : « Il est admis par tous que l'obligation générale de bonne foi inscrite dans l'article 1134 al. 3 du Code civil à propos de l'exécution des conventions, est un principe général qui doit présider également à leur formation ».

59. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *supra*, note 27.

60. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

61. M. J. BONELL, « Formation of contracts and precontractual liability under the Vienna Convention on international sale of goods » *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 10, p. 13.

62. Cette objection aurait été valable également pour d'autres concepts généraux comme celui de la « personne raisonnable » que l'on retrouve pourtant à l'article 8 de la Convention de Vienne.

parties et des tribunaux sur les hauts standards de conduite requis dans les transactions commerciales.

Enfin, la Commission a fait un compromis en évoquant la bonne foi à l'article 7(1), relativement à l'interprétation de la Convention. Ce texte est un peu obscur mais, selon monsieur Bonell, il constitue une référence expresse à la nécessité d'observer le principe de bonne foi en commerce international. L'auteur soutient que ce principe peut être invoqué pour imposer aux parties des obligations additionnelles de conduite, même durant le processus de négociation⁶³.

2. Les usages et les principes

Dans le cadre de relations commerciales internationales, M. Paulsson doute « qu'il existe des normes transnationales sur le comportement précontractuel »⁶⁴.

Cependant, il existe un certain nombre d'usages et de principes qui régissent, entre autres, le comportement des partenaires, indépendamment de leur droit national propre. L'arbitre qui s'est prononcé dans la sentence CCI n° 5953 affirme :

[...] certains principes relèvent de la morale naturelle, puisque aussi bien, si les affaires ne sont pas soumises à toutes les exigences de la morale, elles ne peuvent cependant échapper aux normes éthiques qui constituent le fondement de la société, et ont alors une valeur de droit positif universellement reconnue, notamment dans le commerce international [...].

Parmi ces principes, le plus général est sans doute celui de la bonne foi [...].

La bonne foi qui est toujours présumée doit présider à la négociation des contrats et à leur interprétation comme à leur exécution. La doctrine est unanime et les sentences publiées qui sont la source de droit privilégiée des arbitres le confirment, sans exception.⁶⁵

Donc, implicitement, dès qu'ils entament la phase précontractuelle, les négociateurs ont le devoir de respecter certaines règles, de se comporter loyalement et de coopérer. Cette obligation de bonne foi concerne aussi bien la situation de négociation que le fond des pourparlers.

3. Les accords entre les parties

Parfois, en plus de cette obligation indépendante de la volonté des parties, les lettres d'intention élaborées au cours de la phase précontractuelle contiennent des dispositions expresses engendrant des obligations additionnelles qui dérivent de la bonne foi.

Les accords relatifs à certains aspects de la négociation ne font qu'établir des normes de conduite loyale : ne pas engager de négociations parallèles, ne pas divulguer les renseignements confidentiels obtenus, etc. Ces ententes entre partenaires illustrent concrètement par rapport à leur cas particulier, l'obligation de bonne foi.

63. J. BONELL, *loc. cit.*, note 61, p. 18.

64. J. PAULSSON, *loc. cit.*, note 30, p. 96.

65. Sentence CCI n° 5953, *supra*, note 24, p. 1060.

Quant aux accords relatifs à la construction progressive du contrat, ils donnent à la bonne foi « un contenu plus substantiel, que l'on va chercher à caractériser »⁶⁶. Il suffit de penser, par exemple, aux lettres d'intention qui font le point à un certain stade des négociations, celles qui précisent les résultats obtenus jusque-là. Elles contiennent une obligation de bonne foi que l'on pourrait dire quasi explicite; le fait de constater des points acquis suppose que l'on s'engage à ne plus les remettre en cause et à continuer les pourparlers pour en régler d'autres, deux composantes d'un comportement loyal.

C. CONTENU DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI

Lorsque deux partenaires entament des négociations, c'est pour en arriver à conclure un contrat. Les étapes qu'ils franchissent progressivement au cours de cette construction nécessitent de part et d'autre une conduite loyale pour parvenir avec succès à la fin recherchée.

L'attitude dont ils doivent faire preuve est reliée directement au fait qu'ils sont dans une situation de dialogue; c'est pourquoi, dans un tel contexte, on pourrait qualifier la bonne foi de sociale puisqu'elle doit teinter les rapports entre les partenaires.

La bonne foi est un concept « à géométrie variable » qui au stade des négociations va se décomposer en différentes obligations dont le but et l'intensité varient en fonction de la situation propre aux négociateurs, c'est-à-dire principalement le type de contrat qu'ils envisagent et le stade où ils en sont dans la construction du contrat.

Les devoirs engendrés par la phase précontractuelle ne sont, en définitive, que des dérivés ou des sous-produits de la bonne foi puisqu'ils conduisent tous fondamentalement à ne pas tromper la confiance du partenaire. Ils se résument à quelques idées essentielles qui seront plus ou moins homogènes selon que l'on envisage le fait d'être en phase de négociation ou les obligations que font naître les accords précontractuels.

1. La bonne foi issue du fait d'être en processus de négociation

Quand des partenaires se rencontrent en vue d'entamer une négociation, leur liberté est — et doit être — grande. Mais pour des raisons de sécurité juridique et peut-être également de paix sociale, le droit civil leur impose implicitement une obligation générale de bonne foi dès le début des relations qui, bien sûr, perdurera tout au long de la recherche de l'issue heureuse des pourparlers.

Cette bonne foi implique deux grands types de conduites.

D'abord, il faut tout mettre en œuvre pour aboutir au contrat ou, ce qui revient sensiblement au même, essayer d'éviter la rupture des pourparlers. Évidemment, le premier devoir d'une personne raisonnable qui vise ces objectifs, c'est de rencontrer son partenaire et d'amorcer les négociations avec une attitude constructive.

Les négociateurs doivent collaborer mais en plus, ils ne doivent pas abuser leur partenaire sur leurs buts, ce qui engendre surtout des devoirs de s'abs-

66. M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, Paris, FEC, 1989, p. 39.

tenir de certains comportements répréhensibles. Être loyal, c'est donc, par exemple, de ne pas s'engager à la légère dans le processus, sans projet de conclure, ce que certains négociateurs mal intentionnés pourraient faire dans le seul but de détourner l'attention du partenaire d'une autre proposition intéressante. Un autre objectif répréhensible peut être de s'engager dans la phase précontractuelle uniquement afin de soutirer des renseignements de son vis-à-vis. Dans la même gamme, demander d'établir un devis compliqué ou de faire des démarches particulières sans avoir l'intention sérieuse de contracter va à l'encontre de la bonne foi. Une conduite déloyale consiste également à tromper l'interlocuteur sur la probabilité apparente de succès de la négociation alors que la probabilité effective est mince, ce qui entretient faussement des espoirs et fait perdre du temps et peut-être d'autres occasions de contracter. Bien sûr, faire des propositions inacceptables telles qu'elles amènent inévitablement à l'échec de la négociation relève aussi de la mauvaise foi.

Non seulement faut-il aboutir autant que possible au contrat mais encore faut-il qu'il soit sain et solide en se formant sur un consentement éclairé des parties; chacun doit s'engager en toute connaissance de cause. De fausses indications en cours de route peuvent vicier profondément le contrat si les parties en arrivent là. Cette deuxième facette de la conduite implicite de bonne foi lors des pourparlers précontractuels est généralement appelée obligation de renseignements⁶⁷.

Juglart se demandait si « les contractants se doivent d'une façon générale certains renseignements au moment même de la formation du contrat »⁶⁸ et constatait, en 1945, qu'il existait « une tendance législative et jurisprudentielle à accroître le domaine d'application de l'obligation de renseignements dans la formation des contrats »⁶⁹. Si l'on admet cette obligation lors de la formation classique des contrats, elle est encore plus pertinente dans le cadre de négociations précontractuelles, dont l'un des buts est précisément d'obtenir des informations.

Juglart se penche sur cette obligation par le biais de sa violation qui revêt deux formes : il y a violation positive lorsqu'un des partenaires émet des affirmations mensongères, fausses; la violation négative consiste à garder le silence, à taire certaines données, phénomène bien connu dans le domaine des assurances en particulier et que l'on nomme la réticence⁷⁰.

L'obligation de renseignements est renforcée dans les rapports internationaux, spécialement lors des négociations de contrats de technologie⁷¹. Elle peut porter aussi bien sur les éléments du contrat que sur les circonstances sociales, politiques ou économiques dans lesquelles il prendra naissance ou devra être exécuté⁷².

67. « Le devoir précontractuel de renseignement [...] est l'un des aspects ou des prolongements généraux reconnus du principe de bonne foi », P. LALIVE, *loc. cit.*, note 4, p. 443.

68. M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », [1945] *Revue trimestrielle de droit civil* 1.

69. *Id.*, p. 2.

70. J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance*, t. 1, Sherbrooke, SEM, 1989, p. 67.

71. À ce sujet, voir : G. HERTIG, « contrats de transfert de technologie », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 14.

72. Ainsi, la bonne foi pourrait obliger les dirigeants d'une société à informer le partenaire précontractuel de sa prise de contrôle imminente par l'État. Sur ce point, voir P. LALIVE, *loc. cit.*, note 4, p. 443.

2. La bonne foi issue des ententes précontractuelles

Les lettres d'intention et autres documents précontractuels organisent la relation entre les parties, que ce soit relativement au processus de négociation ou à l'élaboration du contrat projeté. Les obligations et parfois les droits auxquels ils donnent naissance, explicitement ou non, sont extrêmement variés puisqu'ils correspondent à la situation propre de tels négociateurs en vue de tel contrat. La bonne foi, dans ces conditions, porte sur des aspects multiples et a donc un contenu assez hétérogène. D'une négociation à l'autre, la bonne foi, quoiqu'étant toujours synonyme d'honnêteté et de loyauté, se traduira par des devoirs au contenu différent. Plus les accords sont caractéristiques de la relation entre les négociateurs, plus les obligations sont précises et positives puisqu'elles impliquent de se conduire de telle ou telle façon.

a) La bonne foi dans les accords relatifs au processus de négociation

Ces documents précontractuels ne portent que sur la conduite des parties. Ils ne font en somme que décrire divers aspects de la bonne foi, en lui donnant une espèce de note personnelle, propre à la relation que sont en train de vivre les négociateurs.

Une conduite honnête visant à ne pas faire traîner les négociations en longueur peut amener les parties à préciser : « Within 120 days after completion of the [...] feasibility study, each party shall inform the other as to whether it wishes to implement the project [...] »⁷³.

La phase de négociation peut nécessiter de faire des études préalables. Les parties s'entendent alors en vue de leur organisation et des coûts qu'elles impliquent :

Within sixty days following the date hereof the parties shall appoint a team comprised of a mutually agreed number of representatives of each party to undertake feasibility studies for the establishment in [...] of a facility to produce the aforesaid products [...]. The costs if the study agreed to by the parties in advance shall be shared equally by the parties with a net billing settlement between the parties at the conclusion of the study.⁷⁴

Le fait d'engager des négociations parallèles avec des concurrents n'est peut-être pas en soi une entorse à un comportement loyal. Il le devient lorsque les parties en décident ainsi en insérant dans une lettre d'entente un engagement d'exclusivité.

L'honnêteté la plus élémentaire consiste bien sûr à ne pas divulguer des informations secrètes qui ont été communiquées lors des pourparlers :

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. Il est expressément entendu que vous prendrez toutes dispositions pour en éviter la communication à des tiers, n'en prendrez pas copie et nous les retournerez après usage.⁷⁵

En fait, ces devoirs que s'imposent les négociateurs — ne pas engager de négociations parallèles, ne pas divulguer de renseignements confidentiels

73. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 66, p. 27.

74. *Ibid.*

75. J. SCHMIDT, « La négociation du contrat international », (1983) 9 *DPCI* 239, p. 257.

obtenus au cours des négociations, respecter les délais prévus pour les différentes étapes de la négociation, procéder aux études préalables et en répartir les coûts — visent bien tous à réglementer la conduite des parties de façon à aboutir le plus probablement possible à la conclusion du contrat tout en ne détrompant pas la confiance du partenaire.

Même si dans quelques cas ces dispositions semblent faire double emploi avec la norme de comportement que certains systèmes juridiques ou que les usages internationaux imposent à toute relation, elles présentent l'intérêt de renforcer l'obligation générale de bonne foi et de lever tout équivoque sur celle dont les parties veulent assortir leur processus de négociation.

b) La bonne foi dans les accords relatifs à la construction progressive du contrat

Ces accords-ci tracent un portrait encore plus personnel des relations entre les parties puisqu'ils touchent au fond du contrat qu'elles sont en train de construire. Si les accords organisant le processus de pourparlers lui-même sont relativement interchangeables d'une négociation à l'autre puisqu'ils indiquent une conduite assez générale, ceux-ci sont nettement plus spécifiques et ne peuvent concerner que la relation propre à des négociateurs donnés.

Comme le contrat n'est pas conclu, les engagements que s'échangent les interlocuteurs ne peuvent viser qu'à se lier « précontractuellement ». Quand une lettre d'intention constate l'accord des parties sur tel point qui sera inséré dans le contrat final, il n'est évidemment pas question à ce stade-ci, ni pratiquement ni juridiquement, d'exécution immédiate de l'obligation énoncée. La clause ne deviendra exécutoire que plus tard, quand il y aura eu effectivement engagement contractuel des partenaires par la conclusion du contrat projeté.

Sans placer le débat sur le plan de la qualification, il est quand même possible de raisonner par analogie pour déterminer ce qu'impliquent ces accords. Si l'on conçoit qu'en vertu d'un contrat une partie s'engage à faire telle démarche par exemple, il est admis qu'elle doive se comporter de façon à l'accomplir effectivement. En transposant ce raisonnement à la phase précontractuelle — où, ne l'oublions pas, les négociateurs sont en train de construire le contrat — les accords signifient que les parties s'engagent l'une envers l'autre à se comporter de façon à ce que le point décrit fasse partie du contrat. Donc, elles s'obligent à ne plus remettre en cause les points acquis et faire tout leur possible pour que ces points composent progressivement le contrat final, dans un stade ultime.

Un accord de ce genre est intervenu entre un État souhaitant promouvoir la création et le développement d'une industrie automobile étrangère sur son territoire et un fabricant de véhicules. Le préambule décrit la situation des partenaires :

Les deux parties se sont mises d'accord sur la nécessité d'atteindre les plus hauts volumes de production et de valeur ajoutée locale, le constructeur développant les installations nécessaires et l'État accordant, dans le cadre des conventions internationales de commerce, les protections nécessaires pour donner aux véhicules produits localement un avantage de prix décisif sur les véhicules importés. Les deux parties, à la suite de négociations, sont convenues d'établir un accord définitif, dont le cadre est résumé par les dispositions suivantes qui engagent les deux parties.⁷⁶

76. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 66, p. 17.

Suivent ensuite des éléments précis du contrat projeté mais il est clair que plusieurs stipulations restent encore à déterminer. Ce document engage — seulement — les parties à continuer loyalement et honnêtement les négociations pour aboutir au contrat final. Il ne peut concrètement avoir aucun autre effet.

Que, selon les circonstances, l'obligation de bonne foi se décompose et s'intitule obligation de négocier, devoir de coopération, obligation d'exclusivité, obligation de renseignements ou d'information, obligation de confiance ou clause de secret, elle peut se résumer en une phrase : il s'agit tout simplement de faire preuve d'une conduite loyale et honnête. Au niveau de la phase précontractuelle, même si selon le type de contrat envisagé, le stade où en sont les négociateurs et la teneur des accords qu'ils échangent en cours de route, elle présente des facettes plus ou moins précises et plus ou moins « personnalisées », elle implique toujours fondamentalement de tout mettre en œuvre pour aboutir à la conclusion du contrat définitif, principalement en ne trompant pas la confiance du partenaire. La bonne foi n'implique pas de conclure obligatoirement le contrat, la liberté contractuelle devant être préservée — même si elle est un peu « égratignée » — jusqu'à l'échange des consentements mais d'essayer de ne pas rompre les pourparlers arbitrairement, particulièrement « lorsque l'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion de l'accord »⁷⁷.

II. LA PORTÉE DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI

A. INTENSITÉ DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI

Se soumettre à faire quelque chose ne devient réellement obligatoire qu'en raison du fait que le non-respect de l'engagement est assorti de sanctions, morales ou juridiques. Il est facile de sentir intuitivement que le droit, tout comme la morale, n'a pas les mêmes exigences si l'obligé est un adulte ou un enfant, un État ou un simple citoyen, si la prestation est déterminée précisément ou non, si l'entreprise est aléatoire ou certaine. C'est en raison de cette variété de situations que le droit reconnaît des intensités diverses aux obligations qu'il encadre. Monsieur Crépeau parle à ce sujet de « dimension verticale »⁷⁸ des prestations.

La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, imaginée par Demogue au début du XX^e siècle, semble maintenant tellement fondamentale et naturelle dans certains systèmes juridiques que monsieur Crépeau constate : « Elle est là, comme si elle avait toujours été. Tout se passe comme si cette classification faisait partie de l'héritage civiliste traditionnel »⁷⁹. Si elle « fait le pain quotidien des juristes de tradition française »⁸⁰, elle n'est guère familière aux auteurs allemands⁸¹ et ignorée en common law malgré ce que pourrait donner à penser l'utilisation d'expressions comme « *best efforts* », « *reasonable care* » ou « *due diligence* »⁸².

77. J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », (1974) 72 *Revue trimestrielle de droit civil* 46, p. 53.

78. P.-A. CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1989, p. 1.

79. *Id.*, p. 3.

80. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 65, p. 115.

81. *Id.*, p. 117.

82. *Ibid.*

Il convient, avant d'analyser l'intensité de l'obligation précontractuelle de bonne foi, de rappeler brièvement les caractéristiques de chaque niveau d'intensité⁸³, applicables aussi bien au domaine contractuel qu'aux relations extra-contractuelles⁸⁴.

L'obligation de moyens ou de diligence « est celle où le débiteur est tenu de faire preuve de prudence et d'habileté pour parvenir au résultat souhaité par les parties »⁸⁵. Il s'agit donc de tout mettre en œuvre, comme toute personne raisonnable le ferait, pour aboutir à un résultat. Ce que l'on doit vérifier, ce n'est pas si l'objet du contrat a été obtenu mais la conduite de celui qui s'est obligé puisque « la diligence même du débiteur reste l'objet de l'obligation »⁸⁶. Sa responsabilité sera engagée non pas s'il ne parvient pas au résultat escompté mais si cet échec est dû à son incurie. Le créancier de l'obligation aura un fardeau de preuve assez lourd car en plus de prouver l'inexécution, il devra démontrer avec succès que le débiteur ne s'est pas comporté en « bon père de famille », ce qui n'est pas toujours une tâche facile en raison de l'imprécision de cette notion.

« L'obligation de résultat est celle où le débiteur est tenu d'obtenir un résultat précis, déterminé »⁸⁷. Son intensité est plus forte puisqu'il ne suffit pas de prendre des moyens raisonnables pour accomplir la prestation, il faut fournir le résultat prévu. La responsabilité du débiteur est engagée si l'objet de l'obligation n'est pas atteint, seul élément, relativement facile à établir, qu'aura à démontrer le créancier. Toutefois, le « fautif » pourra se dégager en prouvant un cas fortuit ou une force majeure.

Monsieur Crépeau, tout en estimant que l'on doive « [...] éviter l'écueil de la "balkanisation" par une atomisation excessive des prestations au point de séparer des actes ou des gestes qui, par un lien naturel de connexité, se rattachent fondamentalement à une prestation »⁸⁸, reconnaît qu'il existe parfois entre les parties « une relation à intensité différenciée »⁸⁹, c'est-à-dire qui comporte une série de prestations aux degrés d'intensité divers.

Tout le monde est unanime : globalement, la bonne foi exigée lors des pourparlers n'oblige pas à conclure le contrat final mais à mettre tout en œuvre pour y arriver. Cela correspond exactement à la définition de l'obligation de moyens.

Cependant, il y a lieu de nuancer. Il est facile d'admettre que la phase précontractuelle fasse partie des relations à intensité différenciée et que l'obligation de bonne foi ne soit pas une notion monolithique. La plupart des auteurs ont fait pour décrire son intensité — ou ses intensités — ce que dénonce monsieur Crépeau : « L'on précise l'intensité de l'obligation [...] mais sans en justifier le choix. On constate, on n'explique pas »⁹⁰. Tentons donc de déterminer les paliers

83. Actuellement, la classification est tripartite depuis que Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, note 10, p. 123, y ont ajouté l'obligation de garantie en vertu de laquelle le créancier aura droit à l'exécution quoi qu'il arrive, même dans l'éventualité d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Les situations où elle peut exister sont assez limitées et tout à fait en dehors du cadre de l'obligation précontractuelle de bonne foi; c'est pourquoi, il paraît suffisant de la mentionner ici.

84. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 10, p. 12.

85. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 7.

86. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *op. cit.*, note 10, p. 117.

87. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 11.

88. *Id.*, p. 25.

89. *Id.*, p. 24.

90. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 29.

d'exigence auxquels correspondent les différentes formes de la bonne foi à la lumière des critères habituellement décrits par la doctrine⁹¹.

Parmi les facettes de la bonne foi que nous avons vues — qu'il s'agisse de l'obligation générale de bonne foi ou de celle résultant spécifiquement des lettres d'intention qui, en somme, ne font que la « personnaliser » en fonction des besoins et de la situation des parties — les unes obligent à certaines actions — « faire » — les autres correspondent à des abstentions — « ne pas faire ». C'est sous ces deux rubriques que nous examinerons l'intensité requise.

1. Les obligations positives

À un stade initial, la plus fondamentale de toutes est l'obligation de négocier, c'est-à-dire l'obligation de se rencontrer et d'amorcer les pourparlers avec une attitude constructive. Les débiteurs sont tenus d'arriver à un résultat qui est le fait de négocier. Il serait tout à fait contradictoire avec l'essence même de la négociation qu'en entamant des pourparlers, les partenaires ne soient pas tenus de réussir à se rencontrer et à entamer positivement le dialogue!⁹²

L'obligation de tout mettre en œuvre pour aboutir à un accord, qui est plus globale et plus générale que la précédente, a un caractère relativement indéterminé et aléatoire, d'autant plus que bien souvent elle fait intervenir des tiers. Le négociateur de bonne foi peut devoir demander des autorisations administratives ou obtenir des engagements divers de la part de personnes étrangères à la négociation. En étant très strict, on pourrait considérer que le débiteur promet « de demander » et que son obligation en est une de résultat : il l'aura accomplie lorsqu'il aura fait les démarches nécessaires, qu'elles aboutissent ou non. Toutefois, il ne faut pas transformer cette obligation précontractuelle en une « très contractuelle » promesse de porte-fort ! Il semble plus juste de suivre le raisonnement de monsieur Tunc, pour qui la distinction entre obligations de diligence et obligations de résultat repose sur

[...] le caractère aléatoire ou, au contraire, à peu près certain du résultat voulu par le créancier. L'obligation a pour objet ce résultat lorsqu'on peut présumer que la diligence du débiteur l'obtiendra; dans le cas contraire, elle a pour objet la diligence elle-même [...]. C'est lorsque l'aléa est trop considérable, qu'on ne peut plus le négliger [...] qu'il faut prendre pour objet de l'obligation la seule diligence du débiteur.⁹³

Comme le négociateur qui met tout en œuvre loyalement « n'a pas en mains tous les éléments de la situation »⁹⁴, l'obligation de bonne foi, sous cet aspect-ci, en est une de moyens.

91. Il s'agit principalement de la situation des parties, du caractère de la prestation et de l'aléa du résultat.

92. Signalons que pour monsieur Crépeau une obligation de faire dont l'objet est une prestation intellectuelle représente une « entreprise aléatoire » dont l'obligation doit en général être considérée comme une simple obligation de prudence et de diligence. Il en donne d'ailleurs comme un des exemples types la négociation d'un contrat. L'opinion de monsieur Crépeau se comprend dans la mesure où la négociation précontractuelle n'est pas l'objet de son étude mais seulement une illustration parmi d'autres et dès lors, il ne l'envisage que sous un jour très global; P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 41, 43.

93. A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », (1945) 1 *J.C.P.* 449, cité dans P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 39.

94. R. RODIERE, note sous Civ. 16 mars 1970, D.S. 1970, 421, cité dans P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 39.

Une autre norme de conduite positive oblige à respecter certains délais... même si elle consiste à ne pas retarder les pourparlers sans motif valable. Le résultat escompté est la diligence. Cela semble, à première vue, correspondre exactement à la définition de l'obligation de moyens mais en réalité, il s'agit d'une obligation de résultat, dans la mesure où le résultat escompté, la diligence, dépend uniquement du débiteur.

Deux autres engagements que peuvent prendre les négociateurs, l'obligation de renseignements et l'obligation de confiance, sont beaucoup plus faciles à évaluer. Quels que soient les critères qu'on leur applique, elles représentent sans aucun doute une obligation de résultat : la prestation a un caractère bien déterminé, la situation des parties n'importe pas beaucoup et le créancier s'attend à un résultat certain.

2. Les obligations négatives

Les devoirs que s'imposent les négociateurs négativement peuvent concerner le processus de pourparlers : ne pas s'engager dans les négociations à la légère, ne pas tromper la confiance du partenaire, ne pas faire de propositions manifestement déraisonnables, ne pas mener de négociations parallèles. Parfois, ils portent sur la construction du contrat en se rattachant spécifiquement au fond. L'illustration la plus courante en est l'obligation de ne pas remettre en cause les points acquis.

Les auteurs estiment que l'obligation de ne pas faire est une obligation de résultat⁹⁵ parce qu'il ne tient qu'au débiteur que le résultat soit obtenu, que les contours des obligations sont assez précis et délimités et que le débiteur « est en mesure de maîtriser les divers éléments susceptibles d'assurer la réalisation du résultat envisagé par les parties »⁹⁶. Effectivement, dans les cas qui nous intéressent, le créancier ne s'attend certainement pas simplement à ce que son interlocuteur prenne des moyens raisonnables. Il est en droit d'exiger que celui-ci parvienne avec succès au but de son engagement.

* * *

De cette étude de l'intensité de l'obligation de bonne foi lors de la phase précontractuelle, il ressort deux conclusions importantes. En premier lieu, dans son aspect le plus général qui est de se conduire loyalement pour aboutir, dans la mesure du possible, au contrat final, l'obligation de bonne foi est une obligation de moyens. « L'engagement n'est pas de réussir mais de s'efforcer de réussir »⁹⁷ et un comportement fautif consiste en un manque de diligence. D'ailleurs, imposer une obligation de résultat serait tout à fait contradictoire avec le principe de la liberté contractuelle. Mais il est incontestable que plusieurs avatars du devoir de bonne foi obligent à obtenir un résultat.

Ensuite, l'affirmation de monsieur Fontaine, qui considère qu'il y a « intensification progressive des exigences de la négociation de bonne foi au fur et

95. Voir notamment J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1985, p. 402 et P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 41.

96. P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 78, p. 39.

97. M. FONTAINE, « Les lettres d'intention », (1977) 3 *DPCI* 73, p. 109.

à mesure de l'avancement des pourparlers »⁹⁸ et que « tel comportement, admissible au stade d'une lettre d'intention de départ, ne le sera plus lorsque les parties seront presque arrivées au terme de leur discussion »⁹⁹, bien que séduisante est discutable ou du moins doit être précisée. À notre avis, le temps, qui est en effet un élément très important dans la phase précontractuelle, ne joue aucun rôle dans l'*intensité* des obligations. Ainsi, qu'il s'agisse d'obligations très générales comme celle de poursuivre les négociations ou d'aspects plus spécifiques comme lorsqu'un partenaire s'engage à demander des autorisations à des tiers, que le dialogue en soit à ses balbutiements ou très proche de la conclusion du contrat final, la seule faute envisageable est un manque de diligence. De ce point de vue, c'est peut-être l'*intensité* de la diligence requise qui sera différente mais fondamentalement, l'objet même de la prestation ne peut se transformer. Il serait plus juste de dire que c'est la *densité* de l'obligation de bonne foi qui varie avec le temps car les exigences qu'elle engendre ont tendance à se multiplier et il est certain que plus les pourparlers approchent de leur fin, plus il y a un grand nombre de devoirs obligeant à des résultats. La liberté fondamentale des négociateurs en diminue d'autant et ils n'ont presque plus d'autre possibilité que de conclure le contrat projeté, donc de réussir au-delà de leur obligation de bonne foi. Pour reprendre l'expression de monsieur Cédras, au fil du temps, l'obligation de bonne foi devient de plus en plus « énergique »¹⁰⁰.

B. QUALIFICATION DE L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE DE BONNE FOI

1. La faute

Qualifier une obligation, c'est déterminer sa nature, c'est distinguer en vertu de quelle source d'autorité un individu est tenu. Pour qu'une responsabilité puisse être engagée, il faut qu'il y ait faute. D'un point de vue pratique, qualifier amène à indiquer quel instrument utiliser pour sanctionner un manquement, un comportement incorrect. L'examen de la doctrine et de la jurisprudence indiquera sur quelle base la violation de l'obligation de bonne foi — qu'il s'agisse de manquer de bonne foi ou de faire preuve de mauvaise foi — sera punie, s'il y a lieu.

Nous avons vu que la bonne foi oblige essentiellement à ne pas tromper la confiance de son partenaire. Ce leitmotiv, issu aussi bien du principe général de bonne foi que des ententes qu'ils peuvent conclure, doit accompagner les négociateurs tout au long de la phase précontractuelle. Un manquement à l'obligation de bonne foi est « la création et la déception d'un espoir »¹⁰¹ comme l'est l'interruption brutale des négociations alors que l'autre partie pouvait croire qu'elles allaient aboutir à un contrat. Il est difficile de donner des critères jurisprudentiels précis pour l'évaluation de cette faute car tout dépend de la confiance « effectivement insaurée dans chaque cas entre les parties »¹⁰², ce qui constitue une question de fait.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

100. J. CÉDRAS, « L'obligation de négocier », [1985] *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 265, p. 279.

101. J.-M. MOUSSERON, *Techniques contractuelles*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1988, p. 30.

102. J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 77, pp. 53-54.

Un autre manquement à l'obligation de bonne foi, générale ou spécifiquement prévue dans les lettres d'intention, est de cesser de coopérer de manière constructive à la recherche d'un accord, de même que toute dérogation à la norme de comportement que se sont imposées les parties, aussi bien au niveau du processus de négociation qu'en ce qui a trait à la construction progressive du contrat.

La faute doit, bien sûr, constituer un comportement dommageable, c'est-à-dire créer un préjudice à la victime. Théoriquement, la faute n'a pas besoin d'être intentionnelle ou lourde pour être sanctionnée. La plupart des systèmes de droit admettent que le manquement peut consister en une négligence ou une imprudence. Cependant, en France notamment, « courts seem [...] however to remain careful in admitting the existence of a precontractual wrong, in order not to hamper exceedingly the freedom of contract, especially in business relations »¹⁰³.

Pour déterminer s'il y a faute lors des pourparlers, il faudra comparer le comportement du « négociateur suspect à celui d'un homme normalement prudent placé dans les mêmes circonstances extérieures »¹⁰⁴. « L'homme normalement prudent », ainsi que loyal et de bonne foi, est le frère jumeau de la personne raisonnable. La doctrine reconnaît unanimement que le standard de comparaison est variable. En effet, le modèle dépend de la situation, particulièrement de la qualité des négociateurs. « Le professionnel est [...] tenu par des usages plus rigoureux qu'un simple particulier. Aussi semble-t-il légitime de se montrer plus sévère à son égard et d'admettre plus facilement le caractère fautif de la rupture des pourparlers de son chef »¹⁰⁵.

2. La nature de la responsabilité

« Le fait de l'un des partenaires empêchant la conclusion peut-il [...] recevoir sanction? Une réponse affirmative est, généralement, retenue, mais l'accord se rompt lorsqu'il s'agit de désigner la technique applicable »¹⁰⁶.

En effet, la responsabilité engendrée par des violations de l'obligation précontractuelle de bonne foi n'est pas qualifiée de la même façon par les différents systèmes juridiques.

Dans les pays de common law, le problème de la qualification juridique de l'obligation de bonne foi précontractuelle ne se pose pratiquement pas puisque d'abord, « le droit [...] est [...] réservé à propos de la phase précontractuelle, qui ne semble guère avoir suscité de jurisprudence, et que les auteurs de traités paraissent largement ignorer »¹⁰⁷ et ensuite parce que la notion de bonne foi, même contractuelle, n'est pas facilement reconnue.

Aux États-Unis, dans l'affaire *Reprosystem B.V. c. SCM Corp.*¹⁰⁸, le tribunal a reconnu l'existence d'une obligation de négociateur de bonne foi à cause de la « completion of a preliminary agreement that gives rise to contractual obliga-

103. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Rapport national français », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 8, p. 10.

104. J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 77, p. 52.

105. *Id.*, p. 54.

106. *Id.*, pp. 50-51.

107. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 66, p. 34.

108. *Reprosystem B.V. c. SCM Corp.* 522 F. Supp. 1257 (S.D.N.Y. 1981) dans R. B. LAKE, *loc. cit.*, note 47, p. 349.

tions ». La responsabilité engendrée serait donc contractuelle, ce que confirme l'analyse de monsieur Farnsworth. Celui-ci distingue quatre régimes auxquels sont soumises les parties durant les négociations et qui correspondent à différentes étapes chronologiques de la période précontractuelle, en allant de l'initiation des pourparlers au contrat final. L'auteur américain estime que « existing contract law is adequate to protect the parties under all four regimes »¹⁰⁹.

En Angleterre, le droit n'intervient qu'à partir du moment où un contrat, dans le sens le plus strict et le plus juridique du terme, existe. Avant cela, ce sont l'honneur et la loyauté qui sont les guides des négociateurs. Cependant, depuis quelques années, il semble y avoir une évolution, relativement à un aspect bien précis de la bonne foi, l'obligation de confidentialité : « The obligation may be imposed by an express or implied term in a contract but it may also exist independently of any contract on that basis of an independent equitable principle of confidence »¹¹⁰.

L'étude de messieurs Walter et Elrich¹¹¹ est particulièrement intéressante car elle porte à croire que les juristes britanniques deviennent un peu plus réalistes en reconnaissant que les contrats « do not really spring, full-blown, from collective brows of the parties or their attorneys »¹¹². En outre, la bonne foi sortirait-elle du seul cadre moral pour pénétrer le droit ?

Les auteurs se sont penchés sur une pratique commerciale actuelle, à savoir les démarches effectuées par un client qui a l'intention de contracter avec une institution bancaire en vue de lui confier des opérations financières ou d'y déposer des objets de valeur, par exemple. Avant de fixer son choix sur un établissement, le client a tendance à entrer en relation avec plusieurs banques. Cela l'oblige à révéler au personnel le but de sa démarche de même qu'un certain nombre d'informations, d'ordre financier et privé.

Dès que l'information est révélée, il semblerait que « the duty of confidentiality arises in equity quite apart from any implied term in the contract of banker and customer, which relationship has not at the time been entered into »¹¹³. En cas de révélation indiscreète de la part du personnel de la banque, il ne peut être question de bris de contrat puisqu'aucun contrat n'existe. Il n'y a aucune relation contractuelle sur laquelle fonder un devoir de confidentialité et la responsabilité ne peut être qu'extracontractuelle.

En 1974, la Law Commission of England avait fait remarquer dans un document de travail que « two parties in a contractual relationship may also be subject to a wider obligation of confidence, independent of a contract. Equally it is clear that such an obligation can arise between two parties who are not in a contractual relationship at all »¹¹⁴.

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

110. *Attorney General c. Guardian Newspapers Ltd and Ors* [No 2], [1988] 3 W.L.R. 776, p. 781 (Lord Keith of Kinkel) cité dans J. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 45, p. 409.

111. J. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 45.

112. KNAPP, « Enforcing the contract to bargain », (1969) 44 *N.Y.U. L. Rev.* 673, p. 727, cité dans R. B. LAKE, *loc. cit.*, note 47, p. 348.

113. J. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 45, p. 407.

114. LAW COMMISSION OF ENGLAND, Working paper no 58, « Breach of confidence » (1974), p. 13, cité dans J. WALTER et N. ERLICH, *loc. cit.*, note 45, p. 407.

Dans les pays civilistes, les avis sont partagés quant à la qualification de l'obligation précontractuelle de bonne foi.

En droit allemand,

le seul fait d'entrer en négociations engendre entre les futurs cocontractants un rapport de confiance analogue à celui qui naît du contrat et qui les oblige à la diligence incombant à des « débiteurs contractuels », même au cas où les négociations ne devraient pas aboutir à la conclusion d'un contrat.¹¹⁵

Une conduite blâmable, contraire à la bonne foi, empêchant la conclusion du contrat constitue une *culpa in contrahendo* qui engendre, dans ce système, une responsabilité contractuelle.

La base de l'obligation de négocier de bonne foi donne lieu à de nombreuses controverses dans la jurisprudence et la doctrine suisse. Certains y rattachent une responsabilité délictuelle, comme le faisait la Cour suprême pendant un moment mais, à l'heure actuelle, il semble que ce soit la qualification contractuelle qui ait la faveur des tribunaux et des auteurs¹¹⁶.

En Belgique également, les opinions ont varié au sujet de la qualification de la responsabilité précontractuelle. Après que la doctrine de la *culpa in contrahendo*, avec sa responsabilité contractuelle, ait été suivie, « il est unanimement admis aujourd'hui que la responsabilité précontractuelle se rattache à la responsabilité délictuelle »¹¹⁷. Ainsi, « [...] dans la phase précontractuelle, une des parties s'expose à la sanction de l'article 1382¹¹⁸, tantôt parce qu'elle a celé à l'autre des informations utiles, tantôt parce qu'elle a mis à profit la situation embarrassée ou l'inexpérience de son cocontractant »¹¹⁹.

Statuant sur une erreur de conduite commise avant l'offre de contracter, la Cour de cassation belge a estimé que celui qui « a manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales »¹²⁰ doit être sanctionné en vertu d'une faute civile même si elle n'est qu'une simple négligence¹²¹.

En droit civil italien ainsi qu'en droit français, un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi constitue un délit¹²². La qualification est la même en vertu du droit égyptien : une rupture fautive des pourparlers entraîne une responsabilité civile, basée sur les articles 163 et suivants du Code civil¹²³.

115. R. SERICK, « La responsabilité civile en droit allemand », (1955) *Rev. Int. Dr. Comp.* 560, p. 568.

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

117. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *loc. cit.*, note 1, p. 24.

118. Article 1382 Ccb : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

119. S. DAVID-CONSTANT, *loc. cit.*, note 35, p. 652.

120. Comm., 20 mars 1972, Bull. IV, n° 93, p. 90, cité dans J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 77, p. 51.

121. « La responsabilité délictuelle prévue aux articles [...] du Code civil peut être retenue en l'absence d'intention de nuire », Civ., 3 octobre 1972, Bull. III, n° 491, p. 359, cité dans J. SCHMIDT, *loc. cit.*, note 77, p. 53.

122. M. FONTAINE, *op. cit.*, note 66, p. 34, note 26.

123. Article 163 : « Every fault, which causes injury to another, imposes an obligation to make reparation upon the person by whom it is committed » cité dans Samir HAMZA, « Rapport national égyptien », *Formation des contrats et responsabilité précontractuelle*, Paris, CCI, 1990, n° 7, p. 5.

Les tribunaux français ont depuis longtemps énoncé le principe que tant qu'il n'y a pas de contrat, la seule responsabilité possible est délictuelle¹²⁴ telle que prévue par l'article 1382 du Code civil¹²⁵.

Les pays de droit civil n'excluent cependant pas la possibilité d'une qualification contractuelle de l'obligation de bonne foi lors de pourparlers. Si les partenaires ont entendu fixer certaines normes de comportement dans des documents contractuels, reconnus comme tels, préalables au contrat final, leur accord donne à la sanction de la rupture fautive des pourparlers un fondement contractuel. La victime devra alors démontrer qu'il y avait eu concours des volontés sur ce point et donc que l'exécution d'une obligation contractuelle n'a pas été respectée.

Cette obligation contractuelle peut, dans certains systèmes comme en France, au Québec, en Italie et en Belgique, co-exister avec une obligation de nature légale. Au contraire, en Égypte, dès qu'un contrat existe, si un acte peut donner lieu à une responsabilité délictuelle et contractuelle, c'est exclusivement sur la base du contrat que la victime doit réclamer réparation.

La Convention de Vienne¹²⁶, muette en ce qui concerne la phase des pourparlers, est évidemment silencieuse sur le problème de la qualification de la responsabilité précontractuelle. Monsieur Bonell¹²⁷, par un raisonnement compliqué appuyé sur des analogies et des suppositions, déduit d'une lecture entre les lignes du texte que la violation (non prévue) de l'obligation de bonne foi (non spécifiquement prévue) lors de la phase précontractuelle (non prévue) serait de nature contractuelle...

Les arbitres internationaux ont peu l'occasion de s'exprimer sur la violation de devoirs précontractuels. Dans l'affaire *Norsolor*, l'arbitre a donné une qualification contractuelle au devoir de négocier de bonne foi parce qu'il était clair que les partenaires avaient conclu le contrat principal, dont l'une des clauses prévoyait une renégociation du prix de vente pour une certaine période :

Pour les années 1974-75, le contrat du 27 mars 1973 ne constitue donc qu'un simple accord de principe, c'est-à-dire un engagement contractuel de [...] poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat [...]. Cet accord de principe fait simplement naître une obligation contractuelle de négocier, qui doit naturellement s'exécuter de bonne foi [...].¹²⁸

L'arbitre qui a rendu la sentence no 5953 semble envisager que l'obligation de bonne foi puisse être soit extracontractuelle soit contractuelle mais ne s'étend pas sur le problème de la qualification elle-même et ne précise pas sur quelle base la faute peut être sanctionnée :

En effet, si la bonne foi est toujours exigée dans les pourparlers et négociations précontractuelles à un contrat, (faute de quoi la *culpa in contrahendo* peut être sanctionnée) elle doit l'être d'autant plus lorsque ces négociations sont consécutives à un contrat et résultent donc d'un engagement qui vise spécifiquement la négociation.¹²⁹

124. Paris, 13 février 1883, *Gaz. Pal.* 1883, 414 cité dans J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *loc. cit.*, note 103.

125. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

126. *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *supra*, note 26.

127. J. BONELL, *loc. cit.*, note 61.

128. Sentence CCI n° 3131, *supra*, note 25, p. 529.

129. Sentence CCI n° 5953, *supra*, note 24, p. 1060-1061.

En résumé, si l'obligation précontractuelle de bonne foi est un principe moral universellement admis, il n'est pas « récupéré » systématiquement par le droit. La common law, en particulier en Angleterre, a du mal à envisager sa « juridicité »¹³⁰. En droit civil, où son caractère juridique est indéniable, elle est considérée, selon les systèmes et les circonstances, comme une obligation légale donnant lieu à une responsabilité de type délictuel ou comme une obligation conventionnelle dont la violation engendre une responsabilité contractuelle.

CONCLUSION

Le droit, à l'instar de la morale, attend de nous le respect d'une certaine conduite, celle d'une personne raisonnable, d'un « bon père de famille ».

Bien qu'il soit impossible de décrire cet être à la fois idéal et ordinaire, les lois et les tribunaux nous indiquent qu'il est normalement diligent et qu'il est de bonne foi. Il faut bien avouer que ces qualificatifs vagues ne rendent pas beaucoup plus clair le portrait flou de ce quidam impalpable... Le contenu de ces notions générales change avec les conceptions morales de chacun. Si cette géométrie variable donne libre cours à la subjectivité de l'observateur, elle est peut-être cependant nécessaire en ce qu'elle contribue à une certaine souplesse du droit lorsqu'il aborde des sujets qui ne lui sont pas exclusifs. Morale et droit sont intimement liés. Celui-ci doit se modeler à celle-là mais il semble inconcevable et inadmissible qu'il se substitue à elle.

Même si les droits nationaux et les conventions internationales ne font pratiquement jamais référence à la bonne foi précontractuelle, tous connaissent pourtant ce principe moral qu'ils exigent notamment dans l'exécution des conventions. Bien qu'il n'y ait pas de définition juridique de la bonne foi, nous avons pu déduire, d'après les textes législatifs qui emploient l'expression que, tout comme dans le domaine moral, elle a deux significations. Elle peut décrire l'état psychologique du sujet en référant à la croyance et elle peut également concerner son attitude.

La bonne foi du sujet de droit correspond, dans les grandes lignes, à un comportement « normal ». Comme les auteurs s'entendent pour dire que l'exigence de bonne foi prévue dans les codes et lois peut être transposée au stade précontractuel, cela signifie que le négociateur de bonne foi doit avoir un comportement « normal ». Évidemment, la normalité s'évalue en fonction des circonstances. Pour pouvoir déterminer ce qu'est une attitude loyale dans le contexte précontractuel, il faut garder à l'esprit le but de la négociation. L'esprit de coopération, de collaboration dont doivent faire preuve les parties implique qu'elles doivent tout mettre en œuvre pour aboutir à la conclusion du contrat. Un manquement à cette obligation entraînera une rupture des négociations ou éventuellement la conclusion d'un contrat moins avantageux ou dont la formation a été viciée.

L'intensité de l'effort attendu des négociateurs dépend du contenu de l'obligation. Si l'on considère la bonne foi sous son aspect le plus général, l'obligation en est une de moyens qui requiert de la diligence de la part du débiteur.

Il est cependant difficile d'envisager la phase précontractuelle sous un jour monolithique. Si, au stade des balbutiements, les souhaits des négociateurs

130. *Id.*, p. 1061.

sont assez imprécis, plus le temps avance, plus leurs objectifs sont perçus nettement. Ils en viennent à les délimiter et les individualiser. Les parties s'accordent de plus en plus tant sur les buts envisagés que sur les moyens pour y parvenir. On constate alors une « atomisation » de l'obligation de bonne foi sous forme d'avatars du principe général aménagé selon leurs besoins propres. Dans ces cas-là, il ne s'agit plus d'exiger la diligence du partenaire mais bien d'obtenir un résultat. Le débiteur, sous peine de sanctions, doit réussir à ne pas mener de négociations parallèles, à respecter certains délais ou à ne pas divulguer d'informations confidentielles, pour ne donner que quelques exemples.

En examinant les deux systèmes juridiques occidentaux, nous en déduisons qu'ils n'envisagent pas la bonne foi précontractuelle de la même façon. Selon le droit civil, les partenaires doivent avoir un comportement loyal, faire preuve de bonne foi durant la phase préalable au contrat que ce soit en raison du fait juridique que constituent les négociations ou en vertu des actes que les parties concluent au cours des pourparlers. Aux yeux de la common law, c'est la morale qui veille principalement sur la conduite des négociateurs, à quelques exceptions près.