

Université de Strasbourg

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Doctorat nouveau régime en cotutelle

Droit des Affaires

**LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE
COMMERCE INTERNATIONAL : FONDEMENTS ET REGLES
APPLICABLES DANS UNE PERSPECTIVE D'HARMONISATION**

par

Luiz Fernando KUYVEN

le 24 mars 2010

Directeur de recherche en France : **M. Michel STORCK**

Professeur à l'Université de Strasbourg

Directeur de recherche au Brésil : **Mme Véra Maria Jacob de FRADERA**

Professeur à l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Jury :

M. Claude Witz, Professeur à l'Université des Saarlandes - Allemagne

M. Mauricio Almeida Prado, Professeur à la Fondation Getúlio Vargas à São Paulo - Brésil

Mme Véra Maria Jacob de FRADERA, Professeur à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul - Brésil

M. Michel STORCK, Professeur à l'Université de Strasbourg

Je remercie Madame le Professeur Véra Maria Jacob de Fradera et Monsieur le Professeur Michel Storck pour la confiance qu'ils m'ont témoigné et la liberté qu'ils m'ont accordé dans mes recherches, pour la rigueur nécessaire qu'ils m'ont apportée, ainsi que pour leur disponibilité.

Je remercie encore toutes les personnes m'ayant accompagné et soutenu tout au long de ces années de recherche, que ce soit mes proches, mes amis, mes collègues doctorants, ainsi que l'ensemble du personnel enseignant des Facultés de droit de l'Université de Strasbourg et de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination :
jamais le poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »

Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu.*

ABREVIATIONS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aff.	affaire
AJCL	The american journal of comparative law
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
All ER	The All England Law Reports
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
Ap. civ.	Apelação civil
Arch. Phil. Droit	Archives de philosophie du droit
Art	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly
c.	contre
C. civ.	Code civil
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur.	Cahiers du droit européen
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. ch. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation
Cass. civ.	Arrêt rendu par une chambre civile de la Cour de Cassation.
Cass. com.	Arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation
Cass. crim.	Arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation
Cass. italienne	Cour de cassation italienne
Cass. req	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation
CCC	Contrats concurrence consommation
CCI	Chambre de commerce internationale
CDC	Code brésilien de protection du consommateur
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme

Cf.	Conférer, consulter
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CLR	The Commonwealth Law Reports
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
coll.	collection
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com. Com. élec.	Communication et Commerce électronique
CPC	Code de procédure civile français
CVIM	Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de marchandises de 1980
D.	Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
D. aff.	Recueil Dalloz, édition affaires (1995-1999)
D.-L.	décret-loi
DCFR	Draft common frame of reference
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Des.	Desembargador
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire, antérieur à 1941.
dir.	sous la direction
Doct.	Doctrine
DP	Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), disparu depuis 1941.
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dt. des soc.	Revue droit des sociétés
éd.	Edition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
esp.	espèce
et a.	et autre(s)
et s.	et suivantes
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWHC	England and Wales High Court
EWCA	England and Wales Court of Appeal
Fasc.	fascicule

Foro it.	Il repertorio del foro italiano
GAJDIP	Grands arrêts de la Jurisprudence française de droit international privé
GP	Gazette du Palais
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
HR	Hoge Raad
Ibid.	au même endroit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
id.	même chose
In	dans
INCOTERMS	International Commercial Terms
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
Ius commune	Ius commune / Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische
J.-Cl	JurisClasseur (civil, pénal...)
JCP E	La Semaine Juridique, édition Entreprise et Affaires
JCP et JCP G	La Semaine Juridique, édition générale
JCP N	La Semaine Juridique édition notariale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO CE	Journal officiel des Communautés européennes
JO UE	Journal officiel de l'Union européenne
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
JTDE	Journal des Tribunaux – Droit européen
jurispr.	jurisprudence
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KB	Law Reports / King's Bench Division
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
LQR	The Law Quarterly Review
Mercosul	Marché commun du sud
Min.	Ministre (juge du STJ ou de STF)

NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Code civil néerlandais)
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Not.	notamment
Obs.	Observations
Pan.	Panorama
PCCR	Projet de cadre commun de référence de la SLC
PDEC	Principes du droit européen de contrats
PE	Parlement européen
PU	Presses universitaires
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rapp.	Rapport ou rapporteur
RCA	Responsabilité civile et assurances
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
RDIC	Revue de droit international et de droit comparé
RDLA	Revue des droits de la concurrence ou Revue de droit de la concurrence
Rec. CJCE	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. cours La Haye	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rel.	Relator (rapporteur)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. dr. unif.	Revue de droit uniforme
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RF	Revista Forense
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil

RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RSJ/SJZ	Revue suisse de jurisprudence
RT	Revista dos Tribunais
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
Sect.	Section
SLC	Société de législation comparée
Somm.	sommaire
Spéc.	spécialement
suppl.	Supplément
t.	Tome
TF	Tribunal fédéral suisse
TGI	Tribunal de grande instance
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Tr. com. fr. Dip	Travaux du comité français de droit international privé
Unidroit	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
v.	Voir
Vol.	Volume
Yale L.J.	The Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht

SOMMAIRE

<u>INTRODUCTION.....</u>	<u>15</u>
---------------------------------	------------------

<u>LIVRE PREMIER – LES REGLES APPLICABLES A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL.....</u>	<u>29</u>
---	------------------

<u>PREMIERE PARTIE – LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL.....</u>	<u>31</u>
--	------------------

TITRE I - L’OBJET DE LA PERIODE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL ..	33
CHAPITRE 1 - DISTINCTION ENTRE PERIODE DE FORMATION ET PERIODE DE CONCLUSION DU CONTRAT	34
CHAPITRE 2 - LA FORMATION GRADUELLE DU CONTRAT.....	40
TITRE 2 - L’APPRECIATION DES DECLARATIONS D’INTENTION DANS LA PHASE PRECONTRACTUELLE.....	49
CHAPITRE 1 - L’INTENTION INSUFFISANTE.....	52
CHAPITRE 2 - L’INTENTION EQUIVOQUE DANS LES INSTRUMENTS PRECONTRACTUELS.....	62

<u>SECONDE PARTIE - LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL : APPROCHE DU JUGE FRANÇAIS.....</u>	<u>91</u>
---	------------------

TITRE I - LA DIVERGENCE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE.....	92
CHAPITRE 1 - LES THEORIES SUR LA QUALIFICATION DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE.....	93
CHAPITRE 2 - METHODES DE QUALIFICATION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE.....	120
TITRE II - METHODES DE DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	136
CHAPITRE 1 - LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES DELITS : LE REGLEMENT ROME II	141
CONCLUSION DU LIVRE PREMIER	193

<u>LIVRE SECOND: L’APPLICATION DE LA LOI COMPETENTE DANS UNE PERSPECTIVE D’HARMONISATION DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE.....</u>	<u>198</u>
--	-------------------

<u>PREMIERE PARTIE - LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI DESIGNEE COMME APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE</u>	<u>199</u>
---	-------------------

TITRE I - L’APPLICATION DE LA <i>LEX FORI</i>	201
CHAPITRE 1 - LA FAUTE PRECONTRACTUELLE EN DROIT FRANÇAIS	201
CHAPITRE 2 - LES AUTRES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	262
TITRE II - LA MISE EN ŒUVRE DE LA <i>LEX CAUSAE</i>	285
CHAPITRE 1 - L’APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE PAR LE JUGE FRANÇAIS	285

CHAPITRE 2 - ADMISSION DES LOIS DE POLICE.....	290
CHAPITRE 3 - EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL.....	293

**SECONDE PARTIE - PERSPECTIVES D'HARMONISATION DE LA RESPONSABILITE
PRECONTRACTUELLE..... 299**

TITRE I - LES CONVERGENCES DANS LES REGIMES NATIONAUX DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE.....	301
CHAPITRE 1 - LE RAPPROCHEMENT SPONTANE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX	301
CHAPITRE 2 - LES CONTRIBUTIONS DOCTRINALES A L'HARMONISATION CODIFIEE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	341
TITRE II - LE RENOUVEAU DES VALEURS PROTEGEES PAR LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE.....	364
CHAPITRE 1 - L'EVOLUTION DES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE.....	366
CHAPITRE 2 - LA CONFIANCE COMME FONDAMENT DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE HARMONISEE	382

CONCLUSION GENERALE 435

BIBLIOGRAPHIE 443

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS E REGRAS APLICÁVEIS, NUMA PERSPECTIVA DE HARMONIZAÇÃO.....	485
--	-----

INTRODUCTION

La croissante internationalisation des rapports d'affaires, par l'intégration économique et la circulation de personnes, biens et capitaux, constitue l'un des faits marquants de notre époque. Les conséquences de ce mouvement sont fortement ressenties dans la pratique des contrats internationaux et surtout dans leur négociation. La vie économique contemporaine et la complexité des biens objets d'échanges et les mécanismes de leur réalisation ne se satisfont plus de la conclusion brutale d'un accord.

Pour un certain nombre de contrats, les plus courants, le problème de leur négociation ne se pose pas. Soit qu'il s'agisse de contrats d'adhésion pour lesquels la partie n'a d'autre choix que d'adhérer ou non, soit que le faible enjeu économique décourage les parties de prendre le temps de négocier. En revanche, la plupart des contrats internationaux font, par principe, l'objet de pourparlers. Les enjeux financiers et la dimension internationale de certains contrats internationaux justifient l'importance grandissante accordée par la doctrine et la jurisprudence aux pourparlers internationaux. Il s'agit de contrats prévoyant des obligations contractuelles originales et spécifiques à la situation des parties. Aucun régime juridique existant ne leur convenant parfaitement, il faut en négocier la création. Il arrive que la complexité juridique de l'opération oblige les intéressés à prendre plus de temps pour la conclure, pour permettre aux parties d'envisager le contrat sous tous ses aspects, de prendre connaissance de toutes les données, aussi bien factuelles que juridiques, de discuter chaque clause et, partant de là, de se ménager une plus grande sécurité juridique.

Ce caractère peut également résulter de l'originalité du projet ou de la pluralité d'actes ou de parties. D'une part, plus un contrat projeté est original, plus il est nécessaire de le négocier soigneusement, comme c'est le cas d'un contrat international innommé. D'autre part, une même opération juridique peut combiner plusieurs contrats, nommés ou innommés. En droit des sociétés, l'exemple de la cession de contrôle est particulièrement évocateur de ce propos. En effet, des accords annexes viennent souvent se greffer à l'acte de transmission des titres, comme la reprise des créances, la reprise des cautionnements et des dettes, la conclusion de contrat de travail ou de mandats sociaux au profit des cédants. Cette pluralité de contrats rendra les négociations plus longues et complexes.

La conclusion de certains actes entraîne aussi de lourdes conséquences pécuniaires, tels les contrats portant sur un objet ou une somme de valeur assez expressive ; ou les contrats

liés à une activité industrielle de grande ampleur, comme les contrats de vente d'ensembles industriels, les contrats de transfert de technologie ou les contrats de prospection et d'extraction des richesses du sous-sol. Certaines de ces conséquences se feront d'ailleurs sentir dans le déroulement ultérieur de la relation contractuelle. Finalement, aux caractères complexe, onéreux et international des contrats, s'ajoutent deux autres phénomènes contemporains qui vont rendre les pourparlers encore plus importants : le déclin du formalisme et le développement des moyens de communication.

Nous traiterons ici uniquement la responsabilité dérivée de la violation des devoirs relatifs à la formation des contrats en raison de la loi, de la coutume ou des principes généraux de droit et de certains actes licites sans faute réalisés pendant la période de négociation des contrats. Nous excluons, naturellement, la responsabilité par violation des obligations engagées *ex voluntate* dans la période précontractuelle. Nous écartons aussi l'analyse des dommages vérifiés dans le processus de formations des obligations unilatérales, même si dans plusieurs systèmes juridiques il est concevable la responsabilité dans la formation de ces actes unilatéraux, parce que la négociation contractuelle suppose la participation de, au moins, deux parties.

Sont exclus de notre sujet, les questions concernant la responsabilité pour représentation sans pouvoir ; la responsabilité de tiers qui interviennent à n'importe quel titre dans les négociations ou qui ont une certaine influence sur la conclusion du contrat ; les pourparlers concernant les contrats de travaux, les contrats conclus par des consommateurs, les prospectus et les contrats d'assurance ; puisqu'ils sont tous soumis à une discipline particulière. De même, est écartée l'analyse de l'obligation légale de renseignements mise en place par la loi Doubin, du 31 décembre 1989, qui a pour but de lutter contre tout abus d'une position de force caractérisée dans les contrats d'adhésion,¹ « par une absence réelle de négociation qu'elle traduit, en conséquence, une plus grande exigence quant à la qualité du consentement ».²

Nous ne traiterons pas les questions précontractuelles relatives aux contrats qui sont source de relations de nature institutionnelle, aussi bien que les questions dérivées de la négociation ou de la formation des contrats entre États ou entre entités publiques et particuliers.

¹ Cette loi a un large domaine dépassant les franchises et concessions exclusives, englobant, par exemple, les contrats de location-gérance, les relations entre pétrolier et gérant mandataire, les contrats de sous-licence de marque et de savoir-faire. Sur cette loi voir, VIRASSAMY Georges, La moralisation des contrats par la loi Doubin, JCP E 1990, II, n° 15809 ; KENFACK Hugues, Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information, D. 2003, p. 2304 ; MAINGUY Daniel et RESPAUD Jean-Louis, Comment renforcer l'efficacité de la « loi Doubin » (art. L. 330-3 c. com.) ?, CCC, 2003, chron. n° 4, n° 10.

Et dans le même sens nous excluons les questions précontractuelles analysées et décidées par des arbitres internationaux ou par des juridictions dont la compétence a été établie par le droit international public.

Si la préoccupation avec les relations précontractuelles s'est accentuée ces derniers temps, elle n'est pas d'aujourd'hui, ces questions ayant déjà été soulevées par les romains. Dans un célèbre passage, Cicero³ raconte l'histoire de Canio, un Romain qui voulait acheter une maison à Syracuse pour y passer l'été. Le syracusain Pizio lui offre une maison de sa propriété au bord de la mer. Pour cela il lui invite à un dîner dans cette belle demeure. Pizio demande aux pêcheurs de la région de lui apporter beaucoup de poissons ce soir là, affirmant à Canio qu'il s'agissait d'un comportement normal des pêcheurs étant donné que les eaux de la région étaient très fertiles en poisson. Canio insiste dans son intention d'acheter la maison, mais Pizio simule une certaine résistance puis il accepte de la vendre à un prix très élevé. Depuis ce jour-là Canio attendait en vain l'arrivée des pêcheurs et de son poisson. Cicero se demande alors que faire devant une telle situation.

Tandis qu'en droit romain classique la seule sanction pour *dolus in contrahendo* était la responsabilité délictuelle, dans la période justinienne la responsabilité contractuelle en raison de conduite incorrecte dans la période précontractuelle était aussi admise. Certains auteurs, comme Heldrich⁴, soutiennent que les byzantins étaient déjà convaincus de la nécessité d'imposer la bonne foi pendant la négociation contractuelle, mais qu'ils étaient liés par le cadre de la typicité des actions, n'ayant pas autre moyen pour assurer la protection du lésé que l'action relative au contrat, même si celui-ci n'était pas encore conclu.

Certains auteurs du XVIII^{ème} siècle et du début du XIX^{ème}, notamment Pothier et Domat, ont fait référence à la possibilité de la responsabilité de celui qui cause l'invalidité du contrat, surtout si elle se base sur l'erreur ou le dol. Certaines codifications, notamment l'*Allgemeine Landrecht* prussien de 1794 et l'*Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* autrichien de 1811, prévoyaient également une responsabilité précontractuelle. Elle se révèle, dans le premier, par deux clauses générales qui engageaient l'observation des devoirs de diligence pendant la célébration du contrat et prévoyaient le devoir de réparation intégrale du dommage

² TIQUANT Olivier, Rétablir l'autorité de la loi... Doubin, D. 2002, p. 2597.

³ CICERO Marcus Tullius, De officiis, III, 14, cité par BENATTI Francesco, A responsabilidade pré-contratual, traduction de Vera Jardim e Miguel Caero, Coimbra 1970, pp. 9 et 10.

⁴ Cité par BENATTI Francesco, A responsabilidade pré-contratual, traduction de Vera Jardim e Miguel Caero, Coimbra 1970, pp. 11 et 12.

ainsi provoqué ; et dans le deuxième, par la prévision du devoir de réparer tout dommage commis pendant la célébration du contrat par tricherie, dol ou violence.

Malgré cela, il revient à Jhering le mérite d'avoir, dans son étude de 1861⁵, repris systématiquement le problème. Cette reprise a été reconnue par lui-même et par les civilistes en général comme l'analyse d'un nouveau problème et une sensationnelle « découverte juridique »⁶.

Les fondements soutenus par l'auteur⁷ sont bien connus, c'est la raison pour laquelle nous n'allons pas y consacrer une analyse plus approfondie. Ce qui nous intéresse est surtout l'influence de sa théorie sur le régime actuel du droit allemand. Selon Jhering la responsabilité de celui qui commet un dommage dans la phase précontractuelle résulte de sa *culpa in contrahendo*. Celle-ci résulte de l'inobservation de la diligence nécessaire pour celui qui négocie avec autrui en vue de la conclusion d'un contrat. C'est-à-dire que « celui qui célèbre un contrat passe du cercle des devoirs purement négatifs du trafic extracontractuel à celui des devoirs positifs de la sphère contractuelle, du domaine de la simple *culpa in faciundo* à celui de la *culpa in non faciundo*, de la *diligentia positiva* »⁸. D'ailleurs, « pas seulement les relations contractuelles déjà constituées, mais aussi celles en constitution se trouvent englobées par les règles relatives à la faute, sous peine de porter préjudice au trafic contractuel dans ce domaine si sensible, et tout contractant soit exposé au danger d'être victime de la négligence d'autrui »⁹. Jhering considérait, à partir de son étude de textes romains, notamment les cas d'invalidité prévus au *Digesto*, que la responsabilité précontractuelle supposait la conclusion du contrat.¹⁰ Dans cette supposition se trouve l'une des principales critiques adressées plus tard à sa théorie, puisque dans sa propre logique, selon laquelle la diligence exigible dans l'exécution des

⁵ VON JHERING Rudolf, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfection gelangten Verträgen*, *Iheringsjahrbücher* IV (1861), p. 1 et s., spéc. 43 ; traduction in O. de Meulenaere, *Oeuvres choisies*, Paris, 1893.

⁶ MEDICUS Dieter, *Culpa in contrahendo*, in *Rivista critica del diritto privato*, anno II, sept 1984, p. 573 ; LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil*, zehnte, neubearbeitete Auflage, München, 1970, p. 88.

⁷ VON JHERING Rudolf, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfection gelangten Verträgen*, *Iheringsjahrbücher* IV (1861), p. 1 et s. ; traduction in O. de Meulenaere, *Oeuvres choisies*, Paris, 1893.

⁸ *Ibid.* p. 41 et s.

⁹ *Ibid.* p. 42.

¹⁰ *Ibid.* p. 88.

contrats se prolongeait aux préliminaires, la conclusion du contrat ne devait avoir une relevance quelconque¹¹.

Le problème traité par Jhering peut aujourd'hui être considéré comme juste une partie de la réalité couverte par ce qu'on appelle la responsabilité précontractuelle : il s'agit de la responsabilité par conclusion d'un contrat invalide, par faute d'une des parties, plus exactement la tutelle de la confiance de l'autre partie dans la validité du contrat. Le problème de la responsabilité par rupture de pourparlers a été soulevé pour la première fois par G. Fagella, dans un texte publié en 1906¹², ces conclusions étant accueillie l'année suivante en France par R. Saleilles¹³. Selon Fagella l'entrée en pourparlers impliquait un accord précontractuel visant la continuation des pourparlers jusqu'à la célébration du contrat ou le moment où s'avère impossible le consensus. Cet accord se fondait sur la confiance dans la loyauté de la négociation.

Depuis cette première prise en compte de la responsabilité précontractuelle, son évolution a été assez diverse dans chaque système juridique. Si, dans certains systèmes juridiques, cette théorie n'a pas eu d'écho, comme en *common law*, d'autres l'ont appliquée même par la voie législative. Cependant, dans la majorité des systèmes juridiques nationaux, son application a été faite uniquement à partir d'une action jurisprudentielle. Actuellement, on peut vérifier un intérêt croissant dans la responsabilité précontractuelle dans tous les systèmes étudiés¹⁴.

Il faut cependant constater la pénurie de cadre législatif en droit commun. La plupart des droits nationaux étudiés ici n'ont pas développé de dispositions législatives spécifiques à la rupture des négociations, les développements étant essentiellement le fruit de la jurisprudence. Cette absence de textes légaux contraste singulièrement avec l'attention croissante que suscite la problématique précontractuelle.

¹¹ 18 Sur les critiques à cette théorie, KUONEN, Nicolas, *La culpa in contrahendo : un colosse aux pieds d'argile ? Une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1*, Revue d'histoire du droit, n° 3-4, 2005, pp. 267-278.

¹² FAGELLA Gabriele, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi Giuridici in Onore di Carlo Fadda*, vol. III, Napoli, 1906, p. 271 et s. ; du même auteur, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 2 éd., Éd. Società Cartiere Centrali, 1918.

¹³ SALEILLES Raymond, *De la responsabilité précontractuelle*, RTDCiv., 1907, p. 702 et s. ; v. aussi *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di Trattative contrattuali*, Archivio giuridico Filippo Serafini, Terza Serie, vol. XI, Roma, 1909, p. 128 ; *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, 2^e éd., Stab. Tip. Società Cartiere Centrali, Roma, 1918.

¹⁴ Pour une vision générale de l'évolution récente de la responsabilité précontractuelle: KUONEN, Nicolas, *La culpa in contrahendo : un colosse aux pieds d'argile ? Une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1*, Revue d'histoire du droit, n° 3-4, 2005, pp. 267-278 ; DEROUSSIN David, *Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nulités*, Rev. hist. Droit, n° 82, 2004, p. 189 et s.

En admettant qu'aujourd'hui soit unanimement acceptée la possibilité d'engager la responsabilité de celui qui commet une faute pendant la période précontractuelle, il reste difficile de poser clairement les contours exacts de cette responsabilité. Nous pouvons établir, dans un sens large, la phase précontractuelle comme celle qui précède la conclusion du contrat. Cependant, à l'intérieur de cette période nous pouvons distinguer la période de formation de celle de conclusion du contrat. Il est difficile d'établir des paramètres en ce qui concerne le commencement et la fin de la phase de formation et, par conséquent, des pourparlers. En règle générale, les pourparlers commencent par la réponse affirmative à l'invitation d'entrer en pourparlers et se terminent par l'émission de l'offre de contracter. Nous étudierons ici uniquement les questions relatives aux pourparlers, c'est-à-dire la période de négociation et formation du contrat, et non des questions relatives à l'offre de contracter et la conclusion du contrat.

Il est à ce propos nécessaire de distinguer les hypothèses dans où la période précontractuelle peut se confondre avec la période contractuelle, où les consentements définitifs se sont déjà réunis, notamment les hypothèses de documents à portée contractuelle discutée, échangés pendant les pourparlers. Si presque tous les systèmes d'obligations contemporains reconnaissent qu'un contrat est censé être formé lorsque le consentement des parties est acquis, ce principe apparemment simple n'est pourtant pas toujours facile à réaliser. Nous savons qu'au cours des pourparlers, les parties ne sont pas encore des cocontractants, elles ne sont pas non plus l'une vis-à-vis de l'autre, de simples tiers. En réalité, la période de gestation des volontés se caractérise par un déclin relatif de la liberté contractuelle proportionnelle à la progression de la négociation. Ainsi, plus on est proche de la conclusion du contrat, plus les liens entre les parties sont étroits.

Dans la pratique du commerce international, les pourparlers internationaux sont souvent longs et difficiles. Entre la première définition des objectifs communs et la signature des accords définitifs doit prendre place un lent et progressif processus de formation composé par des études préalables, obtention des concours nécessaires de la part de tiers sur le plan de financement et d'assurance, obtention des autorisations gouvernementales, propositions, contre-propositions, rapports techniques et consultations juridiques, en vue de s'entendre sur le meilleur cadre juridique de leurs rapports et de fixer avec précision leurs droits et obligations respectives. Cette succession d'actes et comportements rend, dans certains cas, problématique la détermination précise dans le temps du moment où se sont rencontrées les parties sur l'ensemble des points composant leur accord. Elle aiguise la difficulté, tant pour les juges que

les parties, de détacher, en absence d'une offre de contracter, la volonté des parties d'être engagées. À la conclusion immédiate du contrat, la pratique privilégie aujourd'hui une formation plus graduelle, faite d'étapes et d'avancées successives, que l'on appelle également *punctation* par référence à une théorie allemande.

Au cours de cette gestation prolongée de leurs conventions, les précontractants ressentent souvent le besoin de mettre au point une série de documents préparatoires, par exemple pour annoncer au départ les objectifs des pourparlers entrepris, pour faire en cours de route le bilan des résultats déjà acquis, pour préciser certains aspects de la procédure de négociation. La pratique a donc permis de dire que les pourparlers ont tendance à se contractualiser.

Des préoccupations contradictoires animent les parties dans ces accords préliminaires. La volonté de rester libre dans le cadre des négociations et de ne pas s'engager tant que les éléments essentiels ne sont pas fixés s'oppose au souci d'une sécurité dans la poursuite desdites négociations pour ne pas voir réduits à néant les efforts, y compris financiers, faits jusqu'alors. Un exemple de cette ambiguïté est la conclusion chaque jour plus fréquente d'engagements d'honneur. Ces engagements soulèvent les questions de savoir quand ils peuvent être considérés comme juridiquement obligatoires et si les parties ont la faculté d'extraire toute valeur juridique.

Pendant les pourparlers, le principe est l'absence de formalisme. Il n'existe pas de principe de formalisme qu'encadre les pourparlers, ni règle légale, ni principe coutumier, ni obligation ou devoir. Ainsi, le choix du vocabulaire pour la rédaction des documents échangés est primordial car les termes utilisés ne seront pas interprétés de façon identique d'un système juridique à l'autre. C'est cet état de fait qui procure une grande incertitude quant à la signification et à la portée des écrits échangés entre les parties. Cette incertitude est en fait nuisible pour les précontractants et il est indispensable pour eux que soit précisée la portée des différents documents échangés au cours des négociations, surtout dans les pourparlers internationaux, où d'un système juridique à l'autre, la force obligatoire de ces accords est assez variable.

Par prudence, la pratique commerciale recommande la conclusion d'accords préliminaires pour baliser les pourparlers et pour protéger les parties en cas de non-conclusion du contrat. Les précontractants doivent, autant que possible, se distinguer par la clarté des dispositions et de la volonté exprimée dans ces accords. Il est toujours préférable d'exprimer

aussi clairement que possible ce à quoi on s'engage, et ce à quoi on ne s'engage pas. Si l'on souhaite ne pas s'engager, tout en ressentant le besoin d'établir l'un ou l'autre document faisant le point des négociations, il est recommandable de le dire, soit en recourant à une formule telle que la clause anglaise *subject to contact*, sous réserve des doutes que l'on a émis quant à sa validité sous l'empire d'autres droits, soit en écartant toute exigence de dommages-intérêts en cas de rupture. Il sera prudent de faire signer à son partenaire, dès l'ouverture des pourparlers, un contrat préparatoire de précaution comportant certaines clauses indispensables, comme celles de confidentialité, de paiement des études que l'on serait amené à effectuer en vue du contrat, de médiation, confiant à un tiers le soin de trouver un accord sur un point des pourparlers dont les parties ne se sont pas rapprochées, d'exclusivité, ou encore de délais pour la conclusion du contrat.

Hormis ces clauses classiques régissant directement la responsabilité, un certain nombre de dispositions plus originales sont hautement recommandables pour sécuriser la formation du contrat international¹⁵. C'est le cas de la clause de divisibilité, importante pour se prémunir contre le risque que le juge, ou un arbitre, considère l'entier contrat ou le groupe des contrats comme un tout indivisible et, d'annuler l'ensemble. Une autre clause essentielle, dans le commerce international, est la clause d'immutabilité, par laquelle il est convenu que les obligations et droits des parties subsisteront, quoi qu'il arrive. Elle prémunit les contractants contre le risque qu'une attitude, un comportement, ou une correspondance, pendant la période de pourparlers, soient compris comme une modification du contrat, notamment comme une renonciation à un droit. Il lui faut prévoir fermement que toute modification au contrat doit résulter d'un avenant expressément rédigé à cet effet. Il convient aussi d'ajouter une clause obligeant les parties à minimiser leurs dommages. Cette clause rappelle le devoir du créancier de minimiser son dommage, en prenant toutes les mesures propres à cet effet. Elle est très utile face à la résistance de la jurisprudence française de reconnaître un tel devoir¹⁶.

Sont également importantes les clauses de complémentarité et d'intégralité. Par la clause de complémentarité, les parties conviennent que les contrats préliminaires et le comportement des parties pendant les pourparlers, font partie intégrante du contrat définitif. Le juge pourra ainsi interpréter le contrat selon les données de la phase de pourparlers. Le juge va

¹⁵ Sur le sujet, voir LE TOURNEAU Philippe, De l'art et de la manière de négocier et conclure des contrats internationaux, GP, 6 janv. 1996, p. 12 ; BORTOLOTTI Fabio, Come negoziare e redigere i contratti internazionali, I contratti, 2001, n° 6, p. 609.

¹⁶ Cass. civ. 2, 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, D. 2003, p. 2326, note CHAZAL Jean-Pascal. V. aussi ROBIN Guy, Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux, RDAI, 2005, p. 695.

rechercher la commune intention des parties au jour où il a été conclu, en se basant sur toutes les déclarations et documents échangés au cours des pourparlers.¹⁷ À l'inverse, la clause d'intégralité – en anglais *merger clause* – détermine que le contrat définitif renferme toutes les conditions que les parties ont adoptées, qu'il ne peut donc pas être contredit ni complété par des déclarations ou des documents antérieurs. Ceux-ci peuvent seulement servir à l'interprétation du contrat¹⁸. Il est recommandable aussi de prévoir dans ces clauses qu'en présence d'une divergence entre une disposition ou un comportement au cours des pourparlers et une disposition du contrat définitif, prévaudra celle du dernier. Ces deux clauses étant contradictoires, il est évident qu'une seule des deux peut être adoptée. Mais nous allons voir plus tard que la clause d'intégralité peut, dans certains cas, avoir une efficacité limitée.

Une autre source d'instabilité est le choix de la langue du contrat¹⁹. Il faut savoir que normalement la langue du for, celle du juge saisi, finit par prévaloir sur la langue du contrat, la preuve du droit étranger étant un bon exemple de ce problème. Une règle de prudence dans les contrats internationaux consiste dans l'unité entre le for, la loi applicable et la langue de rédaction du contrat. Il convient aussi d'inclure, à la suite du préambule, un lexique à usage interne, c'est-à-dire une série de définitions des termes les plus importants employés dans le corps du contrat, garantissant une interprétation univoque.

La connaissance de la culture et du droit du pays de l'autre précontractant est fondamentale pour la réussite des pourparlers internationaux²⁰. De ce fait, le négociateur pourra, avant d'entrer en pourparlers, identifier les risques spécifiques du contrat envisagé, comme les aléas financiers d'inexécution, de non-paiement ou de dépôt de bilan, les clauses de pénalités et de dommages et intérêts, notamment dans les systèmes de *common law*, les risques d'imprévision et d'instabilité juridique ou politiques, les risques fiscaux, les risques de contentieux liés à la loi applicable et à l'exécution ou reconnaissance d'une décision étrangère. La connaissance du droit étranger facilite aussi la négociation des clauses d'élection de for et de loi. Et évite en plus la nullité du contrat par contrariété à l'ordre public des pays en question.

¹⁷ MALEVILLE Marie-Hélène, *Pratique de l'interprétation des contrats*, PU Rouen, 1991, n° 404 ; RAWACH Eid, *La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat*, D. 2001, chron. 223.

¹⁸ CA Paris, 5^e ch. A, 15 juin 2005, RTDCiv. 2006, p. 111, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand ; dans le même sens: Cass. 3^e civ., 3 avr. 2002, n° 01-01.647.

¹⁹ Voir JAYME Erik (dir.), *Langue et droit*. XV Congrès international de droit comparé à Bristol en 1998, Bruylant, Bruxelles, 1999.

²⁰ Effets de la culture sur le style de négociation: FAURE Guy-Olivier, *Approcher la dimension interculturelle en négociation internationale*, *Revue française de gestion*, 2004, n° 6, p. 187.

Malgré tous ces moyens pour sécuriser les pourparlers, on constate, dans la pratique, que la grande majorité des précontractants ne prennent pas les mesures nécessaires pour éviter les risques inhérents aux contrats internationaux. Ces pourparlers sont encore peu contractualisés et marqués par une large informalité. D'où le besoin d'analyser les conséquences de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international, que ce soit dans la détermination de la loi applicable ou dans la grande divergence des dispositions et de fondements des lois désignées comme compétentes, même si aujourd'hui on constate l'avènement d'une culture commune dans la discipline de cette responsabilité. Ces difficultés ne font que révéler l'importance de la contribution du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, à la discipline de la responsabilité précontractuelle au niveau international. Malheureusement l'uniformité récemment établie en droit international privé n'est pas accompagnée par le droit matériel applicable à la matière.

Nous allons étudier ici uniquement la compétence de la loi applicable, sans revenir sur la compétence juridictionnelle, qui pose moins de problème aujourd'hui, aussi bien au niveau européen par l'application du règlement CE n°44/2001, qu'en droit commun français par l'application du code de procédure civile.

Nous allons suivre le développement normal d'un litige de droit international privé qui serait proposé à un juge français, supposant qu'il est compétent pour le connaître. Notre choix pour l'approche propre au juge français résulte de la constatation que le modèle de responsabilité précontractuel prôné par la doctrine et la jurisprudence françaises a triomphé dernièrement au niveau international, ayant reçu la reconnaissance de la part du législateur²¹ et du juge européen²². Cette tendance se vérifie aussi bien en droit international privé où la qualification délictuelle semble bien établie, que dans le droit matériel applicable, où nous trouvons une tendance à la protection de la bonne foi et de la confiance dans la phase précontractuelle par la plupart des systèmes juridiques étrangers. Mais le système français reçoit aussi l'influence d'autres systèmes, comme le droit allemand en matière de protection de la confiance légitime, ou l'anglais par rapport à l'admission de l'estoppel. À partir de ce modèle français, nous proposons une comparaison avec le point de vue des principaux

²¹ Art. 12 du règlement CE593/2008, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles - Rome II.

²² CJCE 17 sept 2002, C-334/00, Arrêt Tacconi, RCDIP 2003, p. 668, note RÉMY-CORLAY Pauline ; JCP G, 2003. I. 152, n° 8, obs. VINEY Geneviève ; Defrénois, 2003. 254, obs. LIBCHABER Rémy ; JDI, 2003, pp. 668-671, note HUET.

systèmes juridiques pour enrichir l'étude de la matière et pour proposer une souhaitable harmonisation.

La crainte d'un élargissement excessif de la responsabilité civile au détriment de certaines activités socialement utiles, causant préjudice à la collectivité, est à l'origine de certaines limitations de la responsabilité précontractuelle. Mais le besoin de sécurité peut justifier l'imputation de certains dommages indépendamment d'un jugement de valeur du comportement. Même les pourparlers sont placés sous le signe de la liberté contractuelle et celui de l'autonomie de la volonté, la liberté n'est toutefois pas absolue et se trouve restreinte soit par des obligations d'ordre général à l'instar du devoir de négocier de bonne foi, soit par des obligations conventionnelles. Dans les deux cas, la responsabilité dite précontractuelle de l'auteur de la faute est susceptible d'être engagée qu'il s'agisse d'une responsabilité délictuelle dans la première hypothèse, ou d'une responsabilité contractuelle, au sens strict, dans la seconde. Il se peut aussi que dans certaines hypothèses un dommage puisse constituer simultanément un délit et une violation d'une obligation contractuelle. Ici, nous nous intéressons uniquement à la responsabilité précontractuelle d'origine extracontractuelle, mais la solution au cumul de responsabilité dans les différents systèmes juridiques sera aussi analysée, puisque le droit étranger pourra avoir son mot à dire dans le règlement d'un litige. La façon dans laquelle les valeurs des responsabilités contractuelle et délictuelle se combinent, dans la détermination des faits générateurs de la responsabilité délictuelle, dépend largement des notions de justice et du type d'organisation économique et sociale en chaque ordre juridique.

Pour arriver à la détermination du régime de responsabilité civile plus approprié à la période précontractuelle, il faut préalablement déterminer sur quelle méthode de droit international privé va se réaliser la qualification. Hormis les traditionnelles qualifications *lege fori* et *lege causae*, des nouveaux éléments se sont intégrés au droit international privé et influencent le mécanisme de qualification. C'est le cas, notamment, de l'avènement de l'approche comparative de la qualification qu'a permis le droit international privé de gérer l'interopérabilité de systèmes, et le développement d'une qualification communautaire autonome. Une solution composée entre les différentes méthodes de qualification est envisageable pour la responsabilité précontractuelle dans le commerce international.

À propos de la détermination de la loi applicable, le législateur européen a élaboré le règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil (ci-après, Rome II), en date du 11 juillet 2007, qui dote les États membres de la Communauté d'un corps de règles uniformes

destinées à trancher les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles. Nous nous proposons alors, après avoir délimité les contours de la responsabilité précontractuelle, de clore le premier livre de cette thèse par l'analyser en profondeur du texte du règlement Rome II en ce qu'il concerne la discipline de la responsabilité précontractuelle.

Dans le deuxième livre, nous allons analyser les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle dans les principaux systèmes juridiques nationaux et instruments internationaux d'unification du droit privé, visant à proposer les bases d'une souhaitable harmonisation du droit matériel applicable à cette responsabilité. À ce propos, nous allons étudier d'abord les éléments constitutifs de la faute précontractuelle et la tendance actuelle à son objectivation. Mais aussi les spécificités du préjudice précontractuel et du lien de causalité unissant la faute au dommage survenu au cours des pourparlers internationaux. Nous allons démontrer donc que si les agents économiques sont libres de rompre les négociations avant la conclusion du contrat final, les circonstances de cette rupture peuvent engager leur responsabilité. Outre la rupture des négociations, de nombreux comportements peuvent révéler, au regard des circonstances de la cause, des manquements fautifs issus de la phase précontractuelle, sans que l'échec des négociations constitue en tant que tel l'élément constitutif d'un manquement répréhensible. Il faut, en particulier, analyser le devoir de renseignement comme manifestation du phénomène de moralisation du droit des contrats²³.

Suivant notre approche sous l'optique du juge français, nous devons analyser aussi les effets et les conséquences envisageables de l'application d'une loi étrangère en matière de responsabilité précontractuelle. Nous n'allons pas revenir sur toute la théorie et l'évolution de la jurisprudence française sur l'application de la loi étrangère. Mais seulement faire le point sur l'actuelle position jurisprudentielle, ce qui va nous permettre d'analyser la mise en œuvre des lois de police et de l'exception de l'ordre public international, surtout en ce qui concerne certaines méthodes de réparation inconnues du droit français. Dans le cadre de cette problématique, la *common law* est souvent mise en opposition avec la *civil law*. Cette représentation est cependant quelque peu simpliste et stéréotypée. Au-delà de l'affirmation des divergences traditionnelles et de la formulation de principes de base, il faut s'interroger sur la distance réelle qui sépare la *common law* de la *civil law*, notamment sur le plan conceptuel. Si les divergences existent, des évolutions peuvent être constatées.

²³ À ce sujet, voir MAZEAUD Denis, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges offerts à François Terré, Dalloz, 1999, p. 603 et s.

En droit contemporain, la période précontractuelle est devenue une phase tout à fait essentielle de la vie du contrat, notamment le contrat international qui présente des éléments d'extranéité et met en relation différents ordres juridiques nationaux. Dans la pratique des pourparlers internationaux, la méfiance des opérateurs se comprend aisément. L'extranéité des précontractants est renforcée par l'altérité de sa culture juridique. En effet, ce qui semble naturel à l'un peut s'avérer totalement insensé pour l'autre. Il est ainsi important de développer un régime des pourparlers internationaux qui transcende la diversité culturelle pour garantir une communauté de principes contractuels fiables, ce qui contribuera à atténuer la méfiance des parties. Il est ainsi essentiel de créer des instruments qui permettent aux parties de régler leurs différends sans encourir les risques inhérents à la discontinuité des ordres juridiques.

Nous allons démontrer que malgré quelques différences de moyens pour protéger les parties engagées en pourparlers, on constate une forte tendance à l'harmonisation des droits nationaux dans cette matière. On peut désormais annoncer la naissance d'une déontologie précontractuelle commune à tous les régimes juridiques étatiques, surmontant les difficultés de la diversité de cultures et de mécanismes propres à chacun d'eux. Les effets de la mondialisation se manifestent clairement durant la phase précontractuelle. La concurrence entre les différents systèmes juridiques, afin de présenter aux opérateurs du commerce international le régime juridique le plus adapté à leurs exigences, a engendré la convergence de ces systèmes et leur alignement sur le modèle le plus flexible et le plus sécurisant.

Pour finir, nous allons nous interroger sur la possibilité de mettre en exergue un fondement commun dans la discipline de la responsabilité précontractuelle au niveau international. Pour répondre à cette question, un premier réflexe peut être de se tourner vers les travaux doctrinaux, comme les principes ou les avant-projets de codification et de cadre commun de référence visant à l'unification du droit des contrats, notamment en Europe. À ce propos, nous constaterons à la fin de cette thèse que la protection de la confiance légitime, renforcée par d'autres principes, semble représenter le dénominateur commun qui pourra conduire à l'harmonisation de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international.

LIVRE PREMIER – LES REGLES
APPLICABLES A LA RESPONSABILITE
PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE
INTERNATIONAL

S'il est aujourd'hui unanimement acceptée la possibilité d'engager la responsabilité de celui qui commet une faute pendant la période précontractuelle, il reste très difficile de poser clairement les contours exacts de cette responsabilité. Il convient donc, en premier, de délimiter clairement les limites de la période précontractuelle (première partie), avant de déterminer la nature juridique et la loi applicable à la responsabilité précontractuelle dans chaque situation concrète (seconde partie).

PREMIERE PARTIE – LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

Tout d'abord, il faut établir, le plus précisément possible, le commencement et la fin de la période précontractuelle. Si presque tous les systèmes d'obligations contemporains reconnaissent qu'un contrat est censé être formé lorsque le consentement des parties est acquis, ce principe apparemment simple n'est pourtant pas toujours facile à réaliser. Ceci est encore plus vrai quand on parle de la formation de contrats internationaux. Ces derniers ne peuvent être conclus qu'à la suite de discussions prolongées²⁴, en raison de son internationalité qui met en jeu au moins deux systèmes juridiques et de l'ampleur et de la complexité des opérations qu'ils visent. D'où la difficulté de définir quand le contrat est conclu et donc quand la période précontractuelle est terminée.

La phase précontractuelle est, comme le mot l'indique, la période qui précède la conclusion du contrat, mais il est difficile d'établir des paramètres en ce qui concerne son commencement et sa fin. À ce propos, il est nécessaire de montrer la différence entre la formation et la conclusion du contrat, ainsi que la différence entre l'offre d'entrer en pourparlers et l'offre de contracter, celle-ci déjà faisant partie de la conclusion du contrat (Titre I). Il est aussi nécessaire de distinguer les hypothèses dans lesquelles la période précontractuelle peut se confondre avec la période contractuelle, où les consentements définitifs sont déjà réunis, notamment les hypothèses des documents à portée contractuelle discutée qui sont échangés pendant les pourparlers (Titre II). Ces tâches ne sont pas toujours aisées pour la jurisprudence et la doctrine, puisque la formation du contrat international devient de plus en plus complexe.

²⁴ FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux: Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2007, p. 5.

TITRE I - L'OBJET DE LA PERIODE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

Afin de délimiter le sujet de notre étude, il convient d'entrée de jeu de préciser que le problème de la responsabilité précontractuelle ne se pose que dans les contrats qui nécessitent une certaine élaboration. Il est en effet assez facile de remarquer que le contrat de vente tel que nous le passons tous les jours est en général à exécution spontanée, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une vente internationale, compte tenu des enjeux économiques et financiers en présence, et des diversités relatives aux systèmes juridiques liés à l'opération.

Les expressions utilisées pour indiquer la phase précontractuelle prêtent souvent à confusion en raison d'un usage peu rigoureux de la part de la doctrine et de la jurisprudence. Le terme pourparlers est utilisé tantôt comme synonyme de période précontractuelle comprenant l'avant et l'après-offre, jusqu'à la signature du contrat, tantôt, dans un sens strict, comme la période antérieure à l'offre.

Deux conceptions s'affrontent sur l'étendue de cette phase précédant la conclusion du contrat définitif.²⁵ Pour certains, « les pourparlers ne se terminent qu'au moment où le contrat est formé. Tant que les parties ou au moins l'une d'elles disposent encore d'une certaine liberté de manœuvre, les pourparlers ne sont pas clos »²⁶. Nous nous plaçons du côté de ceux qui distinguent les pourparlers de l'offre de contracter²⁷, car cette dernière correspond à une volonté déjà définitivement fixée, comme nous le démontrerons ensuite.

La période précontractuelle correspond à une modification progressive de la volonté de chacune des parties. Cette progression correspond respectivement à l'invitation à entrer en pourparlers et aux pourparlers proprement dits. L'invitation d'entrer en pourparlers est marquée, comme d'ailleurs tous les stades du contrat, par le principe de la liberté contractuelle. À travers l'invitation d'entrer en pourparlers, les parties apprennent à se connaître, et échangent des informations quant à l'opération projetée, informations qui leur permettront de contracter en pleine connaissance de cause, ou de ne pas le faire si une partie n'a pas pu se forger une opinion assez claire sur le futur contrat et surtout le bénéfice ou les avantages

²⁵ LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRJ, 1994, p. 849 et s.

²⁶ GOTHOT Pierre, Les pourparlers contractuels, in La renaissance du phénomène contractuel, Centre droit et vie des affaires de Liège, 1971, p. 21.

²⁷ COHÉRIER André, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, Thèse, Paris, 1939, p. 6 ; SERNA Jean-Christian, Le refus de contracter, thèse, Paris, 1967, p. 176.

escomptés. Les pourparlers proprement dits désignent l'ensemble des discussions qui vont conduire les parties vers la conclusion du contrat. Ils constituent une étape importante dans la validité juridique du futur contrat puisqu'ils ont vocation à remplir certains devoirs, comme celui de renseignement, qui concourent à former le consentement des parties.

Nous savons qu'au cours des pourparlers, les parties ne sont pas encore des cocontractants, elles ne sont pas non plus l'une vis-à-vis de l'autre, de simples tiers (Chapitre 1). Nous définirons leur statut juridique relativement à cette période, de même que les obligations respectives auxquelles elles sont astreintes. Mais pour cela il faut d'abord distinguer la période précontractuelle de la phase de conclusion du contrat, où une offre de contracter, contenant des éléments essentiels du contrat, a déjà été émise (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - DISTINCTION ENTRE PERIODE DE FORMATION ET PERIODE DE CONCLUSION DU CONTRAT

Le commerce international requiert, le plus souvent, une longue et complexe négociation des contrats. Cette négociation est placée par la doctrine tantôt dans la formation tantôt dans la conclusion, sans observer la grande différence entre ces deux notions. Elles correspondent à deux étapes différentes d'une même opération. La formation comprend toute la période où le contrat est en train de prendre forme. La conclusion, c'est l'accord final, le moment où les points de vue convergent et où le contrat voit le jour.

Le commencement de la phase précontractuelle serait alors le moment où les parties prennent contact l'une avec l'autre et sa fin, quand l'offre est émise ou quand les négociations sont rompues. Cependant, ce n'est pas toute prise de contact entre deux commerçants qui constitue le début des pourparlers. Pour établir le début de cette phase, il faut que leurs intentions aient comme finalité la négociation d'un contrat. Il se peut qu'un commerçant prenne contact avec un autre pour faire seulement une analyse du marché sans qu'aucune volonté de contracter ne soit sous-jacente à leur prise de contact. Ainsi, la première mesure à être prise par le juge est la constatation de l'existence réelle des pourparlers (Section 1).

Dans ce sens, la grande difficulté se trouve dans la recherche de la volonté parce que sa détermination est imprécise, subjective et difficile à cerner. Pour surmonter cet obstacle, il est nécessaire extraire des indices plus objectifs de la volonté de conclure un contrat, des signes

extérieurs de la volonté de se lier, afin de garantir une certaine sécurité juridique, principe majeur du commerce international. De cette façon, la prise en compte de l'extériorisation de la volonté doit avoir une place préférentielle dans l'analyse de la phase précontractuelle (Section 2).

SECTION 1 - LA CONSTATATION DE L'EXISTENCE DES POURPARLERS

La seule façon de déterminer le moment de la naissance des obligations précontractuelles est de chercher la création de la confiance légitime – fondement premier de la responsabilité précontractuelle – dans la poursuite des pourparlers. Pour déterminer le moment de naissance de la confiance légitime il faut analyser le comportement des parties dans le cadre socio-économique de chaque situation concrète. Il ne s'agit pas d'une analyse qui dépend des caractéristiques psychologiques des parties, mais des comportements objectifs dans un certain marché où la négociation est réalisée.

Pour qu'il y ait responsabilité précontractuelle, la première condition est l'existence des pourparlers. Il est possible de poser hypothétiquement quelques éléments de détermination de la confiance légitime dans l'existence des pourparlers, mais uniquement une analyse au cas par cas, pourra apporter une solution à chaque situation concrète.

En premier lieu, la nature professionnelle de chaque partie à l'opposé de la condition de « profane », peut contribuer à établir l'existence des pourparlers. La simple invitation à entrer en pourparlers d'un professionnel – il faut encore vérifier le domaine professionnel, la réputation du professionnel, la formulation concrète de l'invitation, la détermination des éléments contractuels – est susceptible de gérer dans l'autre partie, surtout si elle n'appartient pas au même domaine professionnel, une confiance dans la poursuite des pourparlers.

En deuxième lieu, la respectabilité et réputation de la personne qui prend l'initiative de la négociation. Cette réputation peut avoir pour origine des raisons objectives, sociales, des relations contractuelles antérieures entre les parties, voire des relations de famille ou d'amitié qui justifieraient la confiance dans la poursuite des pourparlers.

En troisième lieu, le type de contrat envisagé, la nature du contrat, son importance économique ou sociale, la fréquence ou la forme habituellement requise pour sa conclusion, doivent aussi être prises en compte. Certains contrats se passent de négociations assez

prolongées, étant célébrés rapidement, d'autres exigent une plus grande discussion. Pour les premiers la simple déclaration d'intention initiale peut réveiller la confiance dans l'autre partie, par contre pour la deuxième catégorie de contrats, il faut attendre davantage d'éléments et l'initiative de la négociation correspond à une phase encore trop embryonnaire qui peut être suivie de regrets ou de changements.

Enfin, la formulation concrète de la déclaration qui engage les négociations est un élément déterminant pour la confiance, ainsi que la présence antérieure de certains éléments du contrat. La forme de cette déclaration est également importante puisque si elle est adressée directement à un destinataire, ce dernier aura une position plus affermie qu'en cas de déclaration publique.

SECTION 2 - DISTINCTION ENTRE OFFRE DE CONTRACTER ET OFFRE D'ENTRER EN POURPARLERS

Les pourparlers débutent toujours par une invitation à entrer en négociation. Par la suite, ils se développent sous différents aspects plus ou moins structurés. La réalité d'échanges économiques et commerciaux internationaux oblige à procéder à des négociations parfois très longues avant d'arriver à la conclusion du contrat. Dans ces cas, ce n'est donc pas une offre proprement dite qui est établie au début ou même avant le déclenchement de la négociation, mais seulement une initiative communiquée au public pour que celui-ci prenne contact avec l'auteur de l'initiative, soit en proposant à ce dernier des offres, soit en menant des pourparlers avec lui, en vue de réaliser le projet que l'initiative évoque.

La distinction entre l'offre ferme de conclure un contrat – aussi appelée offre finale ou offre ultimatum – et l'offre d'entrer en pourparlers se fait en considération de la volonté de parties de s'engager, l'intention comme élément subjectif de la volonté déclarée.

En effet, l'offre de contracter bien qu'elle ne soit pas un engagement contractuel, constitue déjà le consentement d'une des parties au contrat. La définition réservée à l'offre de contracter est celle d'« une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat »²⁸. Cette sollicitation ne peut, précise M. Ghestin, conduire à la conclusion du contrat et éventuellement

²⁸ GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, 1993, p. 260.

engager la responsabilité de celui qui l'a émise « qu'à la condition d'être précise, adressée à son destinataire, ferme, et dépourvue d'équivoque, afin d'exprimer un véritable engagement »²⁹. Pour être qualifiée d'offre au sens juridique du terme, la proposition émise doit donc être ferme, complète et être portée à la connaissance de son destinataire³⁰. Elle peut en outre tout autant être adressée à une personne déterminée ou au public³¹. Contrairement à l'offre de conclure le contrat, qui peut être acceptée telle quelle, l'invitation aux pourparlers n'est pas susceptible d'une acceptation immédiate nouant le contrat. Naturellement, la réponse à cette invitation peut elle-même constituer une offre³².

L'offre de contracter emporte volonté de conclure le contrat dans le cas où elle serait acceptée³³. Toutes les autres déclarations au cours des négociations avant l'offre n'ont pas cette même force puisqu'elles ne contiennent pas les éléments essentiels qui composent l'offre. En effet, à partir de l'offre de contracter il n'y a plus de distinction possible entre la formation d'un contrat qui a comporté des pourparlers et celle d'un contrat qui n'en a pas comporté. Même si cette distinction décompose la formation du contrat en des phases rigides, elle paraît être celle qui correspond le mieux à la réalité³⁴, car pourparlers et offre correspondent à des « périodes juridiques » différentes. C'est donc cette conception stricte de la phase des pourparlers qui sera retenue ici.

À l'inverse, l'offre d'entrer en pourparlers, même si elle est acceptée ne suffit pas à former le contrat. Elle ne manifeste, de la part de celui qui l'émet, qu'une volonté de discuter. Sa volonté de conclure le contrat n'est pas encore présente. Elle ne le sera peut-être jamais. Comme Planiol le précisait en note d'un arrêt de la chambre des requêtes du 29 avril 1903 : « La véritable raison qui fait rejeter le pourvoi a été la nature des pourparlers engagés qui portaient seulement sur des propositions provisoires à examiner en vue d'un accord à intervenir plus tard, sans contenir aucune offre ferme capable de former un lien de droit dès qu'elle serait acceptée »³⁵. Une volonté clairement exprimée de s'obliger ferait donc défaut. Ainsi, on considère généralement que les réserves contenues dans une proposition de contracter, empêchent de voir dans cette dernière une offre de contrat. En effet, bien que la proposition soit précise, l'absence de fermeté de cette dernière, constituée par la réserve émise, ne vaut que

²⁹ Ibid. p. 261.

³⁰ Ibid. p. 260.

³¹ Ibid. p. 265.

³² WEILL André et TERRÉ François, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 1980.

³³ Cass. com., 6 mars 1990, D, 1990, IR p. 88 ; JCP 1990, IV, p. 176.

³⁴ LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRJ, 1994, p. 850.

comme invitation à entrer en pourparlers³⁶. Selon M. Rodière,³⁷ « l'offre d'entrer en pourparlers ne comporte ni précision, ni fermeté ; c'est un simple établissement de contacts entre deux ou plusieurs personnes en vue, sans doute, d'établir des relations contractuelles futures ». Les offres d'entrer en pourparlers correspondent quand même à des propositions. Seulement en raison de leurs éléments incomplets, elles ne sont pas susceptibles d'entraîner la conclusion du contrat en cas d'acceptation. Des négociations sont nécessaires pour les compléter. Ainsi des auteurs les désignent sous le vocable d'« offres d'entrer en pourparlers »³⁸.

La phase des négociations présente une importance non négligeable, qui se traduit notamment à travers les formes que peuvent revêtir les pourparlers et dans les comportements qu'ils induisent chez les parties. Ces dernières, en effet, peuvent vouloir prendre des garanties supplémentaires sur la conclusion du contrat définitif et, par conséquent, elles auront tendance à adopter des formes de plus en plus structurées de pourparlers ainsi qu'à encadrer la négociation avec des obligations spécifiques.

Les pourparlers ne visent pas à la conclusion du contrat mais à l'appréciation de l'opportunité et de l'opération. Les parties dans une négociation ne veulent d'aucune façon s'engager à une obligation de conclure le contrat : le contrat est futur, éventuel et hypothétique. Les parties ne manifestent que leur disponibilité pour négocier³⁹. Cette première période concerne uniquement la recherche d'un accord de volonté sur les éléments essentiels du contrat. Lorsque cet accord de volontés est réalisé sur tous les points essentiels, il s'en présente une seconde, destinée à formuler l'offre d'une façon définitive.

Les pourparlers se terminent lorsque les discussions sur les aspects techniques et juridiques se terminent. C'est le moment de l'offre de contracter, c'est-à-dire quand l'une des parties présente une proposition définitive d'engagement, dont elle n'est pas disposée à changer le contenu. L'acceptation a pour effet de conclure le contrat, le refus met fin aux

³⁵ Cass. Req. 29 avril 1903, D. 1904, p. 136, note PLANIOL Marcel ; cf. également MESTRE Jacques, RTDCiv. 1987, p. 532.

³⁶ Cf. CA de Toulouse, 21 février 1984, RTDCiv. 1984, p. 706, obs. MESTRE Jacques ; CA de Lyon, 16 mai 1928, D.P., 1928, II, p. 197, note VOIRIN Pierre.

³⁷ RODIERE René (dir.), La formations du contrat, Coll. Harmonisation du droit des affaires des États du Marché commun, Paris, Pedone, 1976, p. 14.

³⁸ KAHN Philippe, La vente commerciale internationale, Paris, Sirey, 1961, p. 51 et s. ; DUBISSON Michel, La négociation des marchés internationaux, Paris, Édition du Moniteur, 1982, p. 83.

³⁹ Cass. italienne, 8 mai 1963, n°. 1142, For 1968, I, c. 2454. Dans le même sens, en France: CA Toulouse, 21 févr. 1984, RTDCiv. 1984, p. 706, obs. MESTRE Jacques, et Cass. com., 10 mars 1998, n° 95-21.126, Dr. et patr., 1998, n° 63, p. 88, obs. CHAUVEL Patrick.

pourparlers sans la conclusion du contrat. L'offre de contracter, selon Kahn⁴⁰, « est la synthèse élaborée de tout le travail préliminaire de discussion ». Il affirme encore qu'elle est « l'acte qui constate que si les parties veulent conclure un contrat entre elles, elles le feront selon les conditions accordées auparavant et qui sont présentes dans l'offre ultimatum, laquelle impose une réponse sans réticences ».

Ainsi, il convient de ne pas confondre l'offre d'entrer en pourparlers avec l'offre véritable de contracter. Si l'on se trouve en présence d'une offre, une simple acceptation de l'autre partie suffit à parfaire le contrat. À l'inverse, la simple offre d'entrer en pourparlers laisse une grande liberté d'action aux intéressés et doit aboutir en principe à la proposition d'une offre ferme de contracter. Si cette distinction apparaît en théorie aisée à formuler, en pratique la situation est souvent différente. L'offre sujette à confirmation malgré sa dénomination ne constitue en réalité qu'une simple invitation à entrer en pourparlers visant à générer chez le partenaire une offre véritable de contracter qui pourra être éventuellement acceptée⁴¹. Le problème de la qualification d'une proposition précontractuelle se posera souvent *a posteriori* lorsqu'une partie contestera l'existence d'une obligation et que l'autre en réclamera l'exécution.

Un autre critère tient à l'objet de ces offres. À partir de l'offre de contracter, les parties ont déjà une base plus sûre pour négocier le prix, les conditions de livraison et de transport, etc. Les éléments du futur contrat sont normalement définis au cours de cette phase de conclusion. Certes, quelques éléments du contrat peuvent déjà être discutés pendant les pourparlers, mais c'est à partir de l'offre, avec l'indication du prix et de la marchandise, que le destinataire peut avoir une idée plus précise du futur contrat et il a la possibilité de faire des contre-offres et des changements. Au sens large du terme, les parties sont encore dans la période précontractuelle, mais une étape vers la conclusion du contrat a été déjà dépassée.

L'offre de contracter doit contenir les éléments essentiels de la future convention qu'ils soient objectifs ou subjectifs⁴². La détermination de ces éléments essentiels est relativement aisée dans le domaine des contrats nommés, car la loi et la jurisprudence ont défini leur régime. Ainsi, dans le contrat de vente envisagé par l'article 1593 du Code civil on est, en principe en

⁴⁰ KAHN Philippe, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, p. 50.

⁴¹ Cass. com., 6 mars 1990, JCP 1990, 15803, note GROSS Bernard.

⁴² Cf. notamment Trib. civ. de la Seine, 22 août 1882, G.P., 1882, 11, p. 398 ; CA de Paris, 13 décembre 1984, inédit, obs. MESTRE Jacques, RTDCiv. 1986, p. 97 ; Cass. civ., 30 novembre 1971, Bull. civ., 1971, 1, n° 288 ; Cass. soc., 17 octobre 1973, D. 1973, somm. p. 142 ; TGI de Nice, 24 octobre 1970, JCP 1971, p. 16866, note

présence d'une offre de contracter dès lors que la chose et le prix sont établis⁴³. Rien n'interdit cependant à l'offrant de subordonner la formation du contrat à l'acceptation d'autres éléments qui apparaissent à ses yeux essentiels. En revanche, la recherche de ces éléments est plus délicate dans le domaine des contrats innommés. Pour Mme Schmidt-Szalewsky, il convient de rechercher « ... le but économique et juridique de l'opération qui est le moteur de l'acte. Seront alors essentiels, les éléments nécessaires à la réalisation de cet objectif »⁴⁴. Il convient pour la jurisprudence de se prononcer au cas par cas en tenant compte notamment de la volonté exprimée par l'offrant quant au sort de tel ou tel élément. Ainsi, en France, l'envoi de tarifs est considéré comme une offre⁴⁵. Une solution contraire peut, cependant, être adoptée, comme le fait le Code des obligations suisse⁴⁶. Il faut enfin signaler que dans certains systèmes juridiques, le choix du destinataire peut influencer sur la qualification de la proposition discutée. Ainsi, en droit allemand, par exemple, une proposition adressée à plusieurs personnes est présumée être une simple invitation à entrer en pourparlers⁴⁷. La plupart des autres systèmes admettent en revanche que l'on puisse adresser une offre indifféremment à une personne déterminée ou au public⁴⁸.

À l'heure actuelle, la complexité grandissante du commerce international et des pourparlers a créé une tendance qui paraît quelque peu rompre avec l'approche traditionnelle de la construction du contrat caractérisée par le binôme offre et acceptation, prévu dans la plupart de systèmes juridiques nationaux. Il est intéressant à constater d'emblée que certains droits ont admis que là ne réside pas le seul mode de formation des conventions.

CHAPITRE 2 - LA FORMATION GRADUELLE DU CONTRAT

Alors que normalement la période précontractuelle se termine par l'émission de l'offre de contracter, dans certaines hypothèses la conclusion du contrat ne se fait pas à partir de la rencontre d'une offre et d'une acceptation ; et la détermination de la fin de la période précontractuelle sera difficile à déterminer. Dans ces hypothèses, le juge va devoir rechercher

GHESTIN Jacques ; Cass. civ., 27 novembre 1984, Bull. civ., III, n° 200 ; CA de Versailles, 21 mai 1986, D. 1987, p. 266, note HUET Jérôme.

⁴³ Cass. civ., 14 janvier 1987, D. 1988, p. 80, note SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna.

⁴⁴ SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna, note sous Cass. civ., 2 mai 1978, D. 1979, p. 317.

⁴⁵ CA de Nîmes, 13 mai 1932, D.H., 1932, p. 404.

⁴⁶ Article 7, alinéa 2.

⁴⁷ RODIERE René, La formation du contrat, Éd Pedone, 1976, p. 114.

⁴⁸ LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRJ, 1994, p. 853.

dans le comportement et les déclarations des parties leur volonté d'être engagés. L'engagement contractuel étant établi, on pourra considérer que la phase précontractuelle est terminée.

Nous avons déjà mentionné que lors des pourparlers le contrat se forme progressivement, des discussions ont cours, des propositions sont émises, des concessions sont accordées parfois même au prix de la remise en cause d'une parole précédemment donnée, des compléments d'informations sont demandés, des dépenses engagées et, le cas échéant, des actes d'exécution posés. Cette succession d'actes et comportements peut rendre problématique la détermination précise du moment où se sont rencontrées les parties sur l'ensemble des points composant leur accord. Elle aiguise la difficulté, tant pour les juges que pour les parties, de découvrir, en absence d'une offre de contracter, la volonté des parties d'être engagées (Section 1). La théorie de la *punctation* va essayer de donner un fondement à cette formation par étapes successives du contrat (Section 2).

SECTION 1 - LE RENOUVEAU DE LA FORMATION DU CONTRAT

En vue de respecter la volonté des parties et d'assurer la sécurité juridique, nous devons admettre que l'existence du contrat et le passage de la phase précontractuelle à la phase contractuelle puissent être déduits du comportement des parties, sans nécessairement imposer le détour par les notions classiques, recherchant la réalité de la convention et les effets voulus par les parties. Cette lecture plus objective, et davantage fondée sur la confiance légitime, s'inscrit dans une tendance plus générale, prenant, en matière contractuelle, de plus en plus de distance par rapport aux données subjectives, par nature plus difficilement saisissables.

Comme l'a justement relevé M. Fontaine⁴⁹, l'inconvénient majeur de l'abandon de la conception traditionnelle serait de laisser sans critère la détermination du moment et du lieu de la formation de la convention, si les parties en pourparlers n'ont pas pris le soin de préciser le moment où des effets de droit pourront être attachés à la rencontre de leurs volontés.

L'abandon des notions d'offre et d'acceptation supposerait donc logiquement que le moment de la naissance de la convention se détache de leur rencontre et puisse être considéré comme acquis indépendamment de celle-ci. Cependant, s'il ne fait aucun doute que l'existence

⁴⁹ FONTAINE Marcel, Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?, in Mélanges offertes à Pierre Van Ommeslaghe, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 128.

du contrat peut être reçue indépendamment de la recherche préalable de la présence d'une offre et d'une acceptation, demeure la question de savoir à quel moment l'accord a pris vie.

L'avant-projet de réforme du droit des contrats rédigé par le ministère de la Justice, aussi appelé « projet de la chancellerie »⁵⁰, dans son article 19, alinéa 2⁵¹, met sur le même plan l'acceptation d'une offre et le comportement des parties admettant ainsi qu'un contrat puisse se former sans une offre acceptée et par le seul comportement des parties.

Allant encore plus loin dans l'évolution de la méthode de formation des contrats internationaux, il convient aussi de mentionner les derniers instruments internationaux qui visent à l'harmonisation du droit des contrats. Ces textes, en tant que manifestations de l'acquis communautaire en matière contractuelle, montrent bien la tendance à une nouvelle forme, plus flexible que la traditionnelle offre-acceptation, de formation des contrats.

En premier lieu, l'avant-projet de cadre commun de référence en droit des contrats (ci-après, DCFR)⁵², qui prévoit, dans l'article II - 4 :101, en matière de formation de contrats que « Le contrat est conclu, sans qu'aucune autre condition soit requise, dès lors que les parties : (a) entendaient faire naître une relation juridiquement obligatoire ou d'autres effets juridiques, (b) et sont parvenues à un accord suffisant ». Les deux articles suivants expliquent les notions « d'être lié » et « d'accord suffisant », respectivement : II. - 4 :102 : « L'intention d'une partie de faire naître une relation juridiquement obligatoire ou d'autres effets juridiques résulte de ses déclarations ou de son comportement, tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre » ; II. - 4 :103 « (1) Un accord est suffisant dès lors que : (a) les

⁵⁰ Consultable à ces deux adresses : http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf et http://www.lexinter.net/ACTUALITE/projet_de_reforme_du_droit_des_contrats.htm [consulté le 10 octobre 2009] ; v. aussi, DESHAYES Olivier, Analyse de l'avant-projet de réforme du droit des contrats : principes directeurs et formation des contrats, L'Essentiel Droit des contrats, 01 octobre 2008, n° 4, p. 2 ; LAGARDE Xavier, LPA, 12 février 2009, n° 31, p. 74 ; NIEMIEC Amélie, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription : une véritable codification de la rencontre de volontés, LPA, 23 janvier 2008 n° 17, p. 11 ; GHOZI Alain et LEQUETTE Yves, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008, p. 2609 ; AYNES Laurent, BÉNABENT Alain, MAZEAUD Denis, Projet de réforme du droit des contrats : éclosion ou enlisement ?, D. 2008, p. 1421 ; à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet, PERES Cécile, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, D. 2009, n°6, pp. 381 à 387.

⁵¹ « La formation du contrat requiert la rencontre de la volonté de chacune des parties de s'engager. Elle résulte soit de l'acceptation d'une offre, soit du comportement des parties exprimant avec certitude leur accord ». Sur le sujet, voir LPA, 12 février 2009, n° 31, p. 5, Observations de GHESTIN Jacques, qui regrette l'absence de prévision par rapport à la volonté tacite

⁵² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier. European Law Publishers, 2008, élaboré par le groupe « Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law » (Acquis Group), p. 115 et 116 ; traduction française de Jacques Ghestin, consultable sur http://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/IMG/pdf/Traduc-vBar-livre_I-II-III-08-2008.pdf ou <http://www.fondation-droitcontinental.org/Documents/Traduc-vBar-livre%20I-II-III-%2008-2008.doc> [consulté le 10 octobre 2009].

termes du contrat ont été suffisamment définis par les parties pour qu'il puisse produire ses effets, (b) ou les termes du contrat, ou les droits et obligations des parties qui en résultent, peuvent être d'une autre manière suffisamment déterminés pour que le contrat puisse produire ses effets ».

En deuxième lieu, les contributions de la Société de Législation Comparée et de l'association Henri Capitant au projet de cadre commun de référence (ci-après, PCCR)⁵³, dispose à l'article 2 :201(1) qu'un « contrat est conclu dès lors que: (a) les parties ont manifesté leur intention d'être engagées, (b) et sont parvenues à un accord sur les éléments essentiels du contrat ». Ensuite, l'article 2 :202 précise les notions « d'être lié » et « d'intention » : « (1) Une partie pour être considérée comme liée par un contrat, doit avoir manifesté son intention d'être engagée à l'égard de son cocontractant ; (b) L'intention d'une partie d'être engagée peut résulter de ses déclarations ou de son comportement, tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre » ;

L'article 2 :203 a le mérite et l'originalité de remplacer la notion d'accord suffisant par celle d'accord sur les éléments essentiels du contrat, afin de déterminer le contenu de cette notion floue « d'accord suffisant » et son mode de détermination : « (1) Le contrat est conclu dès lors que les parties sont parvenues à un accord sur ses éléments essentiels. Les parties disposent toutefois de la faculté de désigner comme tel un élément qui, à défaut, serait qualifié d'accessoire. (2) Les éléments essentiels du contrat sont réunis dès lors que le but spécialement poursuivi par chacune des parties se trouve déterminé et peut-être atteint par l'exécution du contrat ainsi envisagée, complété le cas échéant en application des présents principes. (3) Faute d'accord des parties sur un point accessoire ou déclaré comme tel, le contrat conclu peut être complété en application des présents principes et, le cas échéant, en recourant au juge ».

Enfin, le Code uniforme de commerce américain (ci-après, UCC) précise aussi, au §2-204, qu'« un contrat de vente de marchandise peut être conclu par tout moyen qui puisse démontrer un engagement, y compris le comportement des parties qui reconnaissent ce contrat

⁵³ Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008, édités par l'Association H. Capitant et la Société de législation compare, p. 221 à 224. Consiste en initiatives issues de groupes de recherche sur les « Principes communs du droit privé européen », qui se consacra au développement d'un programme de recherche consacré à l'analyse de l'acquis communautaire en droit des contrats. Voir aussi sur ce projet: SCHULZE Reiner, Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire, RDC, 2008, p. 922.

» et que « un accord suffisant pour constituer un contrat de vente peut être trouvé même si le moment de sa conclusion est indéterminé »⁵⁴.

Le mérite des instruments internationaux et de l'UCC est de ne contenir aucune référence aux notions mêmes d'offre et d'acceptation. Ils posent immédiatement une solution concrète ne s'embarassant guère des concepts juridiques. Seuls importent la réalité vécue par les opérateurs commerciaux et le fait que, objectivement, l'accord ne fasse pour eux aucun doute. Si tel est le cas, le contrat existe et les dispositions qu'il renferme doivent trouver application, conjointement avec celles que la loi ou l'équité imposent.

Moins francs dans leur formulation, les Principes Unidroit énoncent également que « le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord » (article 2.1). Alors que les Principes européens admettent que « quand bien même, le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre, et une acceptation, les règles de la présente section s'appliquent avec les adaptations appropriées » (article 2-211). Ces derniers semblent englober ainsi le processus précontractuel de formation du contrat, autorisant le juge à se dispenser du détour par les notions d'offre et d'acceptation lorsque la situation le requiert, et à appliquer par analogie les règles applicables en matière d'offre et d'acceptation⁵⁵.

Cette approche n'est pas totalement oubliée des droits nationaux. L'étude des droits allemand, suisse, et, à plus forte raison, belge et français, en témoigne. Ces droits autorisent les magistrats à une liberté d'appréciation qui leur permettra le cas échéant d'adopter une lecture plus adaptée aux circonstances de fait. La reconnaissance, par ces droits, des effets attachés à une acceptation tacite ou encore la prise en compte, dans le processus de formation, d'actes concluants ou du silence sont, sur ce point, exemplaires. De même, l'importance croissante reconnue aux comportements des parties et à la confiance légitime d'autrui atteste d'un souci plus grand d'adaptation des notions classiques afin de les dégager d'un contenu trop rigoureux⁵⁶.

Seule une appréciation objective et neutre permettra alors de pallier, dans une moindre mesure, les risques éventuels d'arbitraire. Seront sur ce point significatif l'ensemble des circonstances entourant la négociation et, en particulier, les documents échangés, les

⁵⁴ Notre traduction.

⁵⁵ DELFORGE Catherine, La formation des contrats sous un angle dynamique: réflexions comparatives, in FONTAINE Marcel (dir), Le processus de formation du contrat, LGDJ et Bruylant, 2002, p. 378.

comportements et déclarations posés, ainsi que l'éventuel accord sur les points essentiels du contrat projeté, pour caractériser le début du contrat et la fin des pourparlers. Cette question demeure avant tout une question de fait, et le juge est certainement le plus à même de prendre en compte la réalité des négociations.

Si la théorie classique est aujourd'hui insatisfaisante, cela ne signifie pas que l'on doit l'exclure. En dépit de son inadéquation à appréhender toutes les situations susceptibles de se présenter, l'application, par analogie, de la théorie classique, conjuguée aux adaptations issues de la pratique du commerce international, permettra d'obvier nombre de difficultés et de rencontrer plus adéquatement les écueils de la construction du contrat. Un exemple bien significatif de cette salutaire combinaison est présenté par la théorie de la *punctuation*, qui, à partir de la théorie classique et de la pratique contractuelle, a su expliquer la formation par étapes successives du contrat.

SECTION 2 - LA THEORIE DE LA « PUNCTATION »

Cette théorie cherche à conceptualiser la situation où la formation différée de l'accord résulte d'un choix propre aux parties. Le consentement n'est alors figé ni dans le temps ni quant à son objet. Il se construit, étape par étape, et ce afin de mieux correspondre non seulement aux désirs futurs des partenaires, mais également à leurs attentes actuelles⁵⁷. D'inspiration germanique, la théorie de la *punctuation* ou des *Traktaten*⁵⁸ réfute la conception classique qui conçoit la conclusion de l'accord comme un entre-deux, comme un moment précis entre le « rien » et le « tout », ce dernier correspondant au contrat. Au contraire, elle entend appréhender le contrat comme se formant par couches successives, au fur et à mesure de l'avancement des négociations⁵⁹. En ce sens, il serait parfaitement concevable que la convention soit valablement formée, et même partiellement exécutée, alors que des négociations doivent encore être poursuivies relativement à une composante du contrat envisagé. Ce faisant, cette théorie témoigne d'une volonté certaine d'ouverture sur la réalité telle qu'elle est vécue par les

⁵⁶ Ibid. p. 379.

⁵⁷ Ibid. p. 465 et s.

⁵⁸ ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du Code des Obligations, 2^e éd, Berne, Staempfli, 1997, p. 190.

⁵⁹ DELFORGE Catherine, La formation des contrats sous un angle dynamique: réflexions comparatives, in FONTAINE Marcel (dir), Le processus de formation du contrat, LGDJ et Éd. Bruylant 2002, p. 465 et s.

négociateurs, laquelle s'accommode souvent, davantage d'une élaboration progressive du socle contractuel⁶⁰.

Alfred Rieg⁶¹ est certainement celui qui, en France, a retracé de manière la plus substantielle cette théorie dans un important article de doctrine qu'il consacra dans les années 70. Ce dernier y décrit, que le concept de *punctuation*, qui n'a nul équivalent français, est susceptible de recouvrir deux réalités distinctes selon qu'il est appréhendé dans un sens large ou dans un sens plus restreint. Dans le premier sens, il renverrait uniquement aux situations, fréquentes dans la pratique, dans lesquelles le contrat se forge « par couches successives », où il se « construit point par point ». Mais, et l'auteur le concède, le plus souvent, la notion renvoie à une réalité moins large, désignant alors uniquement « l'écrit que les parties ont rédigé pour fixer les points des négociations sur lesquels elles sont, dès à présent, d'accord »⁶².

Selon A. Rieg, la *punctuation* devrait nécessairement être envisagée comme un contrat préparatoire ne pouvant se confondre avec l'accord projeté dont elle constitue naturellement qu'une étape⁶³. Au regard des catégories du droit français, la *punctuation* se présente ainsi comme un contrat innommé intervenu durant les négociations⁶⁴. Elle implique une obligation générale de reprendre de bonne foi les négociations sans pour autant porter atteinte au principe de leur libre rupture. En tant que contrat à part entière, sa violation entraîne alors nécessairement une responsabilité de nature contractuelle.

Il est certain que « le temps, souvent, contractualise les pourparlers »⁶⁵. Par prudence ou par méfiance, les négociateurs prennent ainsi souvent des engagements alors même que le contrat définitif ne peut être considéré comme conclu et ne le sera peut-être jamais. La *punctuation* est un exemple de cette réalité. Elle est une « forme contractuelle de pourparlers »⁶⁶. Vu l'enjeu des contrats conclus à l'issue de négociations progressives et la nécessité, en cas de litige, de définir le moment de formation de contrats de ce genre, il serait utile d'accorder plus

⁶⁰ Voir notamment : NAJJAR Ibrahim, L'accord de principe, D. 1991. Chronique, p. 57 ; MOUSSERON Jean Marc, La durée dans la formation des contrats, in Mélanges offerts à Jauffret, 1974, p. 509.

⁶¹ RIEG André, La Punctatio. Contribution à l'étude de la formation progressive du contrat, in Mélanges Jauffret, 1974, p. 593.

⁶² ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du Code des Obligations, 2^e éd, Berne, Staempfli, 1997, p. 190.

⁶³ RIEG André, La Punctatio. Contribution à l'étude de la formation progressive du contrat, in Mélanges Jauffret, 1974, p. 599.

⁶⁴ Ibid. p. 603.

⁶⁵ MOUSSERON Jean Marc, Rapport de Synthèse, RTDCom., 1998, p. 563.

⁶⁶ MOUSSERON Jean Marc, La durée dans la formation des contrats, in Mélanges Jauffret, 1974, p. 518.

d'attention à la théorie de la *punctuation*, bien que celle-ci soit ignorée par les systèmes juridiques nationaux et par la Convention de Vienne⁶⁷.

Conçue dans son sens large, comme la possibilité pour les parties de construire leur relation par couches successives, cette théorie ne fait que refléter une réalité qui ne peut aujourd'hui être niée. La complexité croissante des accords et la durée dans laquelle ceux-ci s'inscrivent attestent en effet de la fréquence avec laquelle le moment de la conclusion du contrat a été précédé d'actes de plus en plus précis dont le contrat définitif n'est que l'aboutissement.

En amont, quand les parties utilisent la voie électronique pour conclure leur contrat⁶⁸, si des incertitudes peuvent surgir sur le moment de conclusion, il faut mentionner qu'ils restent des contrats soumis à toutes les règles de droit déjà existantes. Ils ont la même valeur que les contrats écrits utilisés dans le commerce traditionnel. Mais en raison de leur mode de conclusion, il existe une incertitude quant à leur traitement juridique, par exemple au sujet du moment à partir duquel les parties sont définitivement engagées⁶⁹. Il ne s'agit finalement que de la conclusion d'un contrat entre absents, problème connu depuis longtemps. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après, LCEN), dont l'objet premier est de transposer la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, ne permet pas de déterminer directement le moment de conclusion du contrat électronique et l'on n'échappera pas aux traditionnelles théories de la formation du contrat entre absents⁷⁰. Pour éviter un trop grand nombre de litiges, le LCEN impose aux intéressés des obligations précontractuelles propres aux contrats en ligne⁷¹. Puisqu'il s'agit de contrats dont l'expression du consentement se fait par étapes successives, par la saisie de plusieurs données, une théorie proche de la *punctuation* serait plus adaptée.

Finalement, ce que la *punctuation* met en lumière est précisément le fait que le consentement lui-même est divisible et construit par étapes successives. Prise dans ce premier

⁶⁷ FONTAINE Marcel, Naissance, vie et survie du contrat: quelques réflexions libres, in Festschrift für Karl H. Neumayer Zum 65 Geburtstag, Baden-Baden: Nomos 1985, pp. 221 et 222.

⁶⁸ DANNEMAN Gerhard, Formation of contracts on the internet, in Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden, Oxford, OUP, 2002, p. 179 ; GUILLEMARD Sylvie, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, Thèse, Paris II, 2003.

⁶⁹ Sur ce sujet, voir DEMOULIN Marie, GOBERT Didier, MONTERO Etienne, Commerce électronique : de la théorie à la pratique, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques, Paris, Dalloz, 2004.

⁷⁰ JACQUET Jean-Michel, Le contrat international, 2^e éd., Dalloz, 1998, pp. 315 et s.

⁷¹ Celles-ci sont applicables dès lors que l'exploitant d'un site marchand ne se contente pas de faire connaître le catalogue de ses produits ou services, mais propose au public de passer commande par voie électronique. V. notamment l'obligation d'information sur les produits et services proposés, prévue à l'article 19.

sens, la *punctation* conceptualise uniquement une réalité qui est certaine et qui reste parfaitement transposable dans l'ensemble des droits analysés. La théorie de la *punctation* n'est pas totalement satisfaisante, pour autant, car elle relègue la période précontractuelle au second plan. Seul paraît importer le moment où il est possible de considérer que le contrat, même incomplet, est formé dans ses éléments essentiels. L'approche est cohérente dès lors qu'il s'agit de déterminer si un engagement juridiquement contraignant existe à la charge des parties, la formation du contrat traduisant le moment où naît la force obligatoire du contrat.

À force d'élargir la tendance actuelle consistant à accorder davantage de poids à l'objectivité des comportements adoptés, prenant une application de plus en plus large du principe de confiance, nous devons accepter d'accroître le rôle du juge dans la détermination des limites de la période précontractuelle.

Comme l'a bien démontré Mme. Laude⁷², le juge devient davantage «...le contrôleur de la phase précontractuelle qui peut donner sa propre interprétation de la situation et peut relire librement l'opération projetée. Le rôle du juge est ici actif et conduit même parfois [...] à modeler la volonté des négociateurs. Mais si une intervention judiciaire aussi large est envisageable, c'est parce que c'est à lui qui revient la fonction d'établir les éléments tenus pour essentiels, c'est-à-dire que c'est sur lui que pèse la tâche de préciser les éléments qui permettent de conclure à l'émergence d'un, contrat et inversement ceux qui à défaut d'accord ne permettent que de conclure à la phase de simples pourparlers ».

Autant dire que le juge va donc apprécier les comportements adoptés et les volontés exprimées ; il va les classer dans les concepts traditionnels afin de leur permettre d'accéder à la sphère contractuelle, et à leur intégration dans le champ des obligations légalement contraignantes. En outre, lorsque les éléments arrêtés entre les négociateurs ne suffisent pas à effectuer seuls ce passage, parce que demeurent en suspens certains éléments accessoires, il se voit doté du pouvoir de les combler, par référence au droit commun supplétif ou même à ce qui lui paraît juste au regard des circonstances qui lui sont soumises. Quoique le pouvoir reconnu aux juges soit assez vaste et concurrent à la volonté des parties, il ne peut s'exercer que dans le respect de ce que la réalité objective permet d'en dégager.

⁷² LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, p. 552.

TITRE 2 - L'APPRECIATION DES DECLARATIONS D'INTENTION DANS LA PHASE PRECONTRACTUELLE

Comme nous le verrons dans le prochain titre, la loi compétente pour déterminer si le contrat a déjà été conclu est la loi applicable au contrat envisagé. Étant donné que normalement la loi applicable sera la loi choisie par les parties, ce choix aura une influence déterminante sur la question de savoir si le contrat définitif est déjà conclu⁷³. Dans les systèmes « romano-germaniques » le point de vue consensuel prévaut, l'intention des parties d'être liées est la condition nécessaire mais aussi suffisante de l'existence d'une obligation contractuelle.

Deux théories se proposent à fixer les critères pour interpréter la volonté des parties de s'engager. La théorie de la volonté interne est le pendant à la théorie de l'autonomie de la volonté. La volonté du débiteur est ici considérée comme la source exclusive des obligations contractuelles. Elle se propose à rechercher la volonté réelle de l'agent, seules peuvent accéder au statut de débiteur les personnes qui ont réellement souhaité se trouver liées juridiquement. Dans cette perspective, le créancier est réduit au rôle de simple réceptacle de la volonté du débiteur. Or, il n'est donc guère difficile d'en contester les fondements par les excès de l'individualisme et d'une vision excessive du principe de liberté. En outre, l'expression de la volonté, ou de manière plus générale l'environnement global, sont les matériaux incontournables offerts à l'interprétation. L'existence de la volonté et la teneur juridique de l'engagement ne sont jamais dégagées qu'à partir de l'analyse de circonstances objectives. L'existence probable de la volonté interne ne se dégagera que de l'analyse des faits.

Par la théorie de la volonté déclarée, il est possible de déplacer le centre de gravité du contrat vers le créancier. Animé par la volonté de garantir la sécurité juridique ainsi qu'une vision équilibrée du contrat, il faut élever la déclaration de volonté - tacite ou expresse - au rang de condition d'efficacité juridique de l'engagement. Le contrat n'est plus pensé à l'aune des valeurs individualistes, mais il est un fait social qui n'existe qu'à travers l'extériorisation de la volonté et la protection de la confiance légitime créée par cette extériorisation.

En se focalisant directement sur le créancier, la notion de confiance légitime présente l'avantage d'englober l'ensemble des considérations qui seraient susceptibles d'affecter son état. À la différence de la théorie classique, elle tient pour insignifiante l'existence ou non d'une

⁷³ SCHMIDT Joanna, Les lettres d'intention, RDAI, n°3/4, 2002. 257.

volonté réelle de s'engager. Certes, l'engagement doit avoir été souscrit librement. Mais il est inutile d'aller soucier les consciences pour y déceler ou non l'hypothétique volonté de s'engager juridiquement. L'intensité juridique de l'engagement se mesure à l'aide de la confiance que le destinataire de l'engagement peut légitimement nourrir.

Si le droit français fait prévaloir les conceptions volontaristes, nous verrons plus tard que les initiatives tendant à l'harmonisation du droit européen des contrats optent, en revanche, pour une lecture plus objective et davantage fondée sur l'apparence et le concept de confiance légitime. Ainsi, les manifestations de volonté sont interprétées, généralement, à l'aune des déclarations externes de volonté, parce que celles-ci font naître, en principe, des confiances légitimes dans le chef de l'autre partie.

On a reproché à l'interprétation subjective du droit français, d'une part, de mettre gravement en péril la sécurité juridique, tant on connaît les difficultés à prouver les pensées d'une personne lorsque les apparences sont contre elles, et, d'autre part, de tromper la confiance légitime de celui qui s'était fié à la volonté exprimée.

À ce propos, le droit allemand a déjà montré que la volonté contractuelle peut être recherchée ailleurs que dans l'intention subjective des contractants, notamment dans leur déclaration de volonté⁷⁴. Dans cette conception plus objective, que l'on appelle la théorie de la déclaration de volonté, le contrat est donc analysé comme un fait social dont on doit être sûr⁷⁵.

En outre, les droits anglais et américain du contrat invitent à porter sur la volonté un autre regard, tourné vers la confiance légitime des précontractants⁷⁶. Il en ressort que les pourparlers engendrent aussi des attentes qu'il appartient à l'ordre juridique de protéger, peu important qu'elles aient été exprimées ou même envisagées par les précontractants lors des pourparlers⁷⁷. La confiance et les attentes participent du nécessaire renouvellement des

⁷⁴ RIEG André, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961 ; SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.

⁷⁵ SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté - Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 220: « Ce qu'il faut dire, c'est que la déclaration ne consiste pas seulement dans les termes qui l'expriment mais dans tout le milieu de circonstances ambiantes d'où elle est issue et auxquelles elle se rattache » ; BIENVENU J.-J., « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française »: *Rev. Droits*, n° 28, 1999, p. 14 : la théorie de la déclaration a pour objectif de « déplacer l'analyse du lien de droit autour de la perception, de la croyance, de l'interdépendance sociale ».

⁷⁶ La notion imprègne également le droit communautaire, voir AUBRY Hélène, *L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime*, RIDC, 2005, p. 628.

⁷⁷ REITER Barry et SWAN John, *Contracts and the protection of reasonable expectations*, in *Studies in contract law*, Butterworths, 1980, p. 1 et s.

réflexions sur la volonté contractuelle, trop souvent enfermées dans une opposition entre volonté interne et volonté déclarée⁷⁸. La *common law* diffère aussi des pays civilistes puisqu'elle requiert un élément d'échange économique, la *consideration*, qui clarifie et conforte la promesse.⁷⁹

Tant et si bien qu'en définitive, on est tenté de dire que ces constructions théoriques sont trop extrêmes pour être appliquées ainsi⁸⁰. Il a aussi été préconisé de ne pas rechercher la substance de l'acte juridique dans la seule intention ou la seule déclaration des parties⁸¹, mais de trouver, au contraire, des solutions intermédiaires entre les deux théories, afin de combiner harmonieusement l'exigence de sécurité juridique et le respect de la volonté individuelle.

Ainsi, celui qui par sa faute ou par sa négligence fait une déclaration précontractuelle qui ne correspond pas à sa volonté réelle peut être tenu, selon la jurisprudence, de réparer le dommage subi par celui qui a cru de bonne foi en la déclaration de volonté de son partenaire⁸². En conséquence, c'est par le truchement de la réparation du dommage causé au destinataire de la déclaration que le droit français entend, dans une certaine mesure, donner plus d'importance à la volonté déclarée, d'une part, et protéger la confiance légitime d'autrui, d'autre part.

Les Principes européens du droit des contrats de la commission Lando semblent avoir suivi la voie tracée par le droit allemand et de la *common law*, afin de préserver la sécurité juridique et les attentes légitimes du destinataire de la déclaration de volonté. Cette conception plus objective a d'ailleurs le mérite d'assurer la pérennité de la relation contractuelle, conformément au principe *favor contractus*. Aux termes de l'article 2 : 102 PDEC, « l'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre ». Autrement dit, les Principes européens font prévaloir la volonté déclarée, seulement si cette dernière a engendré dans le chef de l'autre partie, des attentes raisonnables qu'il ne faut pas décevoir. Le principe de confiance apparaît ainsi comme un compromis entre la théorie de la déclaration et la théorie de l'autonomie de la volonté, avec tout de même une prééminence de la première sur la seconde. Son but est d'éviter qu'un individu ne contredise la confiance légitime qu'il a

⁷⁸ LOKIEC Pascal, Le droit des contrats et la protection des attentes, D. 2007, p. 321.

⁷⁹ SCHMIDT Joanna, Les lettres d'intention, RDAI, n°3/4, 2002. 258.

⁸⁰ FRANCOIS Gwenhaël, Consentement et objectivation, l'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, PUAM, 2007, p. 39.

⁸¹ RIEG A., Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., p. 9 ; HAUSER J., Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. LGDJ, 1971, p. 186.

⁸² Par ex. : Cass. civ.1, 13 janvier 1987 : Bull. civ. I, n° 9.

suscitée chez un autre et conduit à s'intéresser prioritairement à l'apparence créée avant un éventuel recours à l'interprétation de la volonté réelle⁸³.

En raison de la complexité technique et juridique inhérente aux contrats internationaux, il est parfois difficile de savoir le moment où ces contrats ont été formés et le degré d'accord nécessaire pour leur conclusion. La formation du contrat n'est plus alors basée sur une « rencontre unique des volontés », mais bien plutôt sur une série d'accords partiels par lesquels les parties arrivent au consentement final. Ces accords se présentent sous diverses dénominations et son caractère contractuel est souvent discutable, soit parce que l'intention exprimée est insuffisante (Chapitre 1), soit parce que l'intention est équivoque (Chapitre 2) quant à la conclusion ou non du contrat définitif. Il convient alors de les interpréter pour déceler l'intention réelle qui est seule source d'obligations. Néanmoins, cette approche subjective est généralement corrigée par référence à la valeur sociale de la confiance et en tenant compte de l'apparence de l'intention telle que comprise par l'autre partie.

CHAPITRE 1 - L'INTENTION INSUFFISANTE

Dans certaines hypothèses, l'intention manifestée peut s'avérer incomplète ou insuffisante pour établir la fin de la période précontractuelle ou le commencement du contrat. C'est le cas notamment des difficultés rencontrées dans la détermination des éléments essentiels (Section 1), nécessaires à la conclusion du contrat définitif, et dans l'appréciation de certaines conditions comme la cause ou la *consideration* de la *common law* (Section 2).

SECTION 1- DISTINCTION ENTRE LA PHASE PRECONTRACTUELLE ET LE CONTRAT DEFINITIF

Le moment qui s'avère être judiciairement décisif quant au plan de l'avancement des pourparlers est celui où les parties s'accordent sur le principe du contrat⁸⁴. En effet, dès cet instant les pourparlers basculent vers le domaine contractuel et le juge semble alors disposer de la faculté de sanctionner par une réparation en nature la défaillance de l'une des parties.

⁸³ FRANCOIS Gwenhaël, Consentement et objectivation, l'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel, PUAM, 2007, p. 51.

⁸⁴ LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat : PUAM, 1992, n° 848.

Ainsi, il faut distinguer dans la pratique, d'une part, les situations où les parties s'accordent sur certains éléments du contrat et n'envisagent pas d'éléments supplémentaires et, d'autre part, des situations où les parties se réfèrent à des éléments additionnels. Si les éléments essentiels ont déjà fait l'objet d'un accord, le fait que les négociations se poursuivent n'empêche pas que le contrat définitif soit considéré comme conclu⁸⁵ ; encore faut-il réserver le cas où les parties auraient formellement exprimé une volonté contraire. Si pour la vente, l'on conçoit aisément que la chose et le prix soient des éléments essentiels⁸⁶, des hésitations peuvent apparaître pour d'autres contrats, et notamment pour les contrats innommés⁸⁷.

L'article 2 : 103 §1 (a) des Principes du droit européen des contrats de la commission Lando prévoit qu'un accord peut être considéré comme tel si ses termes « ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté ». Les points sur lesquels les Principes européens imposent une rencontre des volontés sont finalement peu nombreux, l'objectif étant de favoriser, autant que possible, la conclusion du contrat. D'emblée, on perçoit l'influence de la *common law* et la souplesse qui la caractérise. Les similitudes entre l'article 2 :103 des PDEC et l'article 2-204 alinéa 3 de l'Uniform Commercial Code sont réellement saisissantes. Selon cette dernière disposition, en effet, la seule absence de précision d'un élément caractéristique du contrat envisagé n'est pas de nature à entraver le processus de formation du contrat, à condition que l'exécution de celui-ci soit rendue possible et que les parties aient entendu être liées juridiquement, ces systèmes raisonnant sous l'angle d'une possible exécution de la convention dans sa pleine efficacité économique.

La définition de l'accord suffisant semble, de prime abord, bien différente de la solution retenue en droit français qui se réfère à la notion d'« éléments essentiels »⁸⁸. Cette distinction semble pourtant plus apparente que réelle, notamment parce que les éléments qui permettent l'exécution du contrat, au sens des Principes européens, sont certainement ceux que le droit français considère comme essentiels, c'est-à-dire ceux qui impriment au contrat « sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé »⁸⁹. La Cour de cassation a toujours souligné l'importance de l'élément temporel, soit à travers le point de

⁸⁵ Cass. Req. 1^{er} déc. 1885, S. 87.1.167 ; Cass. civ. 1, 26 nov. 1962, D. 1963, p. 61.

⁸⁶ Article 1583 du Code civil qui déclare la vente parfaite « dès qu'on est convenu de la chose et du prix ».

⁸⁷ Cf. SCHMIDT Joanna, *Négociation et conclusion de contrats*, 1982, n° 63 ; aussi GRILLET-PONTON Dominique, *Essai sur le contrat innommé*, thèse, Lyon, 1982.

⁸⁸ LAVABRE Christian, *Éléments essentiels et obligation fondamentale du contrat*, RJDA 1997, chron. p. 291 et s.

⁸⁹ POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, première partie, n° 6 ; ou encore, ceux « sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de contrat a été conclu », AUBERT J.-L., *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n° 52.

départ de la relation contractuelle⁹⁰, soit par sa durée⁹¹. Les parties s'accordent parfois sur certains éléments du contrat tout en convenant de régler les conditions restantes, soit au cours de négociations additionnelles, soit dans un document définitif.

Les Principes européens, par faveur pour le contrat, exigent seulement des parties qu'elles se soient accordées sur la prestation qui se présente comme le corollaire, la réciprocité de la prestation financière, c'est-à-dire la prestation caractéristique. L'article 55 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 a eu une grande influence sur les droits nationaux puisqu'il ne considère pas le prix comme un élément essentiel, mais uniquement l'objet du contrat. Pour les droits allemand, suisse et italien, il ne fallait pas définir le prix au moment du contrat mais il devait être déterminable au moment de la vente. Selon les articles 1591 et 1583 du Code civil français, l'accord sur la prestation financière était essentiel. Certaines décisions allaient même plus loin, puisqu'elles qualifiaient d'essentiels certains éléments circonstanciels. Mais cette position a été assouplie par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1 mars 1995. Pour le droit brésilien qui n'a pas ratifié cette Convention, le prix demeure un élément essentiel conformément à l'article 482 du Code civil, mais si le contrat de vente ne comporte pas de prix, on peut supposer que les parties se sont accordées au prix courant pratiqué dans les ventes habituelles du vendeur.

Qu'ils soient désignés sous le terme de « contrat préparatoire », de « contrat préliminaire », de « contrat partiel », de « protocole d'accord » ou de « contrat cadre », le point commun de ces mécanismes est d'être tout à la fois déjà des contrats sans constituer le contrat définitif envisagé. Ils sont donc obligatoires comme tous les contrats, mais ont un caractère provisoire car leur objet est de préparer le contrat définitif. La difficulté majeure est de distinguer ces contrats des contrats définitifs et donc de savoir quelles sont les obligations essentielles du contrat et les obligations considérées comme secondaires. Comme nous avons vu auparavant, si les premières sont parfaitement définies, on pourra considérer le contrat définitif comme formé, même si les secondes n'ont pas été envisagées.

Il revient donc aux parties d'être prudentes dans la rédaction de ces contrats préliminaires en faisant bien ressortir leur volonté de voir leur consentement au contrat définitif suspendu à la réalisation d'une condition jugée primordiale. Le juge a dans la matière un grand pouvoir d'appréciation de la volonté réelle des parties. Il existe, par exemple, les contrats

⁹⁰ Cf. Cass. civ. 3, 22 avr. 1980, Bull. civ. III, n° 92, p. 59 ; D. 1981, I R. 307, obs. GHESTIN Jacques ; et Cass. civ. 3, 2 mai 1978, D. 1979, p. 317, obs. SCHMIDT Joanna.

partiels assez répandus dans la pratique du commerce international. Ces contrats sont signés lorsque certains points d'un projet de contrat ont déjà fait l'objet d'un accord, les parties peuvent éprouver le besoin de les entériner par écrit afin d'éviter leur éventuelle remise en cause à l'occasion de la poursuite des négociations. Ces contrats ne règlent pas tous les points essentiels du contrat définitif mais uniquement une partie d'entre eux. L'accord partiel est considéré comme le contrat définitif dès lors qu'il porte sur tous les éléments essentiels de l'opération. À l'inverse, en l'absence d'un tel accord « minimal », aucun contrat ne prend naissance. Cette approche « tout ou rien » est en vigueur en France, en Allemagne⁹², au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique.

Les obligations précontractuelles et la prise en considération de la théorie de la *punctuation* évitent les inconvénients de la théorie du « tout ou rien » en vigueur, par exemple, en droit américain. Selon cette doctrine, ou bien un document est le contrat définitif exécutoire comme tel, ou bien il n'est qu'un accord précontractuel sans force obligatoire. Il n'existe pas de solution intermédiaire telle qu'une obligation précontractuelle de négocier de bonne foi les éléments manquants. Or, une telle obligation est particulièrement utile lorsque les parties envisagent des éléments supplémentaires. Cette approche du « tout ou rien » est illustrée par l'affaire *Pennzoil* jugé par la Cour d'appel du Texas qui constitue un excellent exemple des conséquences d'un document précontractuel ambigu⁹³. Un *memorandum of agreement* avait été rédigé entre *Pennzoil et Getty* envisageant l'acquisition par *Pennzoil* de parts du capital de *Getty*. Ce document décrivait une série d'opérations qui allaient permettre à *Pennzoil et Gordon P. Getty* de devenir les actionnaires majoritaires de *Getty Oil*. Néanmoins, les rédacteurs du *memorandum* n'ont pas inséré la clause *subject to contract*, et ne se sont pas référés à un document ou accord supplémentaire. Or, quelques jours plus tard, *Texaco*, le concurrent de *Pennzoil*, signa un contrat avec les actionnaires de *Getty Oil* pour prendre le contrôle de cette société. *Pennzoil* assigna alors *Getty* en exécution forcée du contrat, qui, selon lui, avait été conclu dans le *memorandum* et assigna *Texaco* en responsabilité délictuelle. La Cour a estimé que le *memorandum* contenait un accord des parties sur tous les éléments essentiels de l'opération projetée, et qu'il constituait donc le contrat définitif. Dès lors, *Texaco* a été jugé responsable pour avoir en connaissance de cause contribué à la violation de ce contrat et fut

⁹¹ Cf. Cass. civ., 31 oct. 1962, Bull. civ. I, n° 453, p. 388 ; Cass. com., 23 févr. 1967, Bull. civ. III, n° 88, p. 84.

⁹² BGH, 13 déc. 1983 : NJW 1984, vol. 37, p. 1655.

⁹³ Court of Appeals of Texas, *Texaco Inc. c. Pennzoil Co.*, 12 février 1987, 729 S.W., 2nd 768 [122] ; voir LAKE Ralph et DRAETTA Ugo, *Lettres d'intention et responsabilité précontractuelle*, RDAI, 1993, p. 835-863.

condamné à 10 milliards de dollars des dommages-intérêts. En appel, cette somme fut réduite à 1 milliard de dollars.

Certains documents précontractuels expriment l'accord des parties sur tous les éléments essentiels du contrat tout en se référant à une formalité supplémentaire telle qu'un document définitif ou un acte notarié. De telles situations conduisent à préciser le rôle de la formalité envisagée. En principe, si elle est un élément de formation du contrat, alors celui-ci n'existe pas tant que la formalité n'a pas été remplie. Si, au contraire, la formalité joue un autre rôle, par exemple, de preuve, de publicité ou d'exigence fiscale, alors le contrat existe dès l'accord sur les éléments essentiels, sans attendre la réalisation de la formalité.

En France, la référence à un document ou à une formalité à venir ne disqualifie pas le contrat formé par l'accord sur ses éléments essentiels, à exemple de l'article 1589 du Code civil sur la vente. La partie qui prétend que le document supplémentaire était une condition de formation du contrat, doit le prouver sur la base d'une intention clairement exprimée en ce sens. En l'absence d'une telle preuve, les tribunaux ordonnent l'exécution du contrat définitif formé par l'accord minimal sur la chose et le prix⁹⁴.

D'autres systèmes continentaux traitent différemment cette question⁹⁵. Les législateurs allemands⁹⁶ ; suisse⁹⁷ ; autrichiens⁹⁸ et italiens⁹⁹ décident que le document envisagé par les parties est en principe un élément de la formation du contrat, sauf preuve contraire.

Particulièrement en Allemagne, la lettre de confirmation commerciale – *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben* – est l'instrument par lequel « une partie confirme par écrit la conclusion et le contenu d'un contrat qui a été négocié verbalement »¹⁰⁰. La jurisprudence considère que si le destinataire de la lettre ne la conteste pas immédiatement, son silence l'engage dans les liens contractuels¹⁰¹. Cette clause sert ainsi à dirimer toutes les controverses sur la conclusion ou non du contrat définitif.

⁹⁴ Par exemple, Cass. civ. 3, 7 avril 1993, JCP 1993, I, 1507.

⁹⁵ SCHMIDT Joanna, Les lettres d'intention, RDAI, n°3/4, 2002. 270.

⁹⁶ BGB, article 154 §2.

⁹⁷ Code des obligations, article 16.

⁹⁸ ABGB, article 884.

⁹⁹ Code civil, article 1352.

¹⁰⁰ PÉDAMON Michel, Le contrat en droit allemand, 2^e éd., 2004, LGDJ, p. 37.

¹⁰¹ BGH, 8 février 2001, NJW-RR, 2001, 680. BEN ABDERRAHMANE Dahmane, Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes, Paris, LGDJ, 1985, n° 90, note 86.

En droit américain, le simple fait que les parties envisagent une formalité supplémentaire n'exclut pas la formation du contrat définitif, dès lors qu'il y a accord sur les éléments essentiels¹⁰². Si les parties veulent soumettre l'efficacité de leur accord à un document futur, leur intention sera respectée dès lors qu'elle sera clairement exprimée¹⁰³. En droit anglais, il suffit de préciser que le document précontractuel est *subject to contract* pour exclure son caractère obligatoire dans l'attente du document définitif¹⁰⁴.

Ainsi, dans tous les systèmes étudiés, si les pourparlers comportent un accord ou un contrat préliminaire sur les éléments essentiels du contrat, le juge peut considérer le contrat définitif conclu. À l'inverse, il est possible d'empêcher cette conséquence, en précisant clairement que le document ne constitue pas, ou pas encore, un engagement contractuel. Il suffit de mentionner que l'accord est *subject to contract* ou autres formules analogues. Dès lors, les rédacteurs des documents précontractuels doivent éviter l'ambiguïté et privilégier la clarté et la précision des termes. Le moyen d'éviter les conflits consiste à dire ce à quoi on s'engage, mais aussi ce à quoi on ne veut pas s'engager.

SECTION 2 - LE DECLIN DES EXIGENCES DE *CONSIDERATION* ET DE CAUSE

En Angleterre et aux États-Unis, on ne considère une promesse de prestation ou de paiement comme sérieuse que lorsqu'elle comporte un sacrifice¹⁰⁵, une contrepartie de la part du bénéficiaire de la promesse ; c'est ce qu'on appelle la *consideration*. Puisqu'une promesse faite sans un tel sacrifice est juridiquement dépourvue d'effet, l'existence de la *consideration* en droit anglo-américain est une condition de la validité de tous les contrats. En conséquence, la promesse donnée sans contrepartie n'est pas valable et le promettant n'est pas engagé, sauf si la promesse a été faite sous une forme solennelle¹⁰⁶. Précisons que même la modification ultérieure du contrat était soumise, encore récemment, à l'exigence d'une *consideration*¹⁰⁷.

¹⁰² Restatement Second of Contracts (1981), §27.

¹⁰³ KNAPP Charles, Enforcing the Contract to Bargain, *New York University Law Review*, 1969, n° 44, p. 673.

¹⁰⁴ John Howard & Co. Ltd vs. J.P. Knight, Ltd, (1969), 11 *Lloyd's Rep.* 364.

¹⁰⁵ Exchequer Chamber en 1875 dans l'affaire *Currie c. Misa*, (1885) L.R., p. 162: « Une consideration valable, dans le sens de la loi, doit octroyer un droit, un intérêt, un profit ou un bénéfice à l'autre partie » (Notre traduction).

¹⁰⁶ ZWEIGERT Konrad, Du sérieux de la promesse, *RIDC*, 1964, p. 34.

¹⁰⁷ *Foakes c. Beer* [1884], 9 App. Cas 605.

La *consideration* permet l'identification des transactions susceptibles d'avoir une importance juridique, en raison de la présomption d'utilité sociale. Les promesses gratuites, comme les donations ou les modifications contractuelles sans contrepartie, ne possèdent pas cette utilité sociale, et il n'est pas possible de les faire valoir devant un juge, d'où l'adjectif *unenforceable*¹⁰⁸, sauf si elles sont consignées dans un acte formel – *deed*.

La simple promesse d'une contrepartie par le promettant constitue une *consideration*¹⁰⁹. On parle dans ce cas d'*executory consideration*¹¹⁰. La *consideration* peut aussi se manifester par la réalisation future d'un acte par le promettant, c'est l'*executed consideration*¹¹¹. Selon une autre facette de la théorie de la *consideration*, la contrepartie du bénéficiaire ne peut être admise comme une *consideration* suffisante quand elle est antérieure à la promesse : une *past consideration* n'est pas une *good consideration*¹¹².

Il convient de remarquer que la *common law* substitue au principe consensualiste la nécessité de la présence d'une contrepartie dans la formation du contrat. La *consideration* constitue ainsi la cause¹¹³ efficace des obligations contractuelles. En revanche, la « cause » dans les systèmes de *civil law* n'exclue pas la validité des contrats unilatéraux, gratuits ou même absent de contenu économique, contrairement à ce qui résulte de la *consideration*. La cause constitue ainsi une condition moins restrictive que la *consideration*¹¹⁴. La théorie de la cause a pour but de trouver un critère qui serve à départir les actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas. Mais elle est déjà sensiblement plus libérale et flexible que la théorie de la *consideration*,

¹⁰⁸ En droit anglais, voir CHESHIRE Geoffrey, FIFFOT Cecil et FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 11^e éd., London, Butterworths, 1991, p. 28 et 71 ; TREITEL Guenter, *The law of the contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 63 ; ATIYAH Patrick, *An Introduction to the Law of Contract*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2004, p. 118 ; BEATSON Jack, *Anson's Law of Contract*, 28^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 88 et 90 ; en droit américain: VON MEHREN Arthur, *Law in the United States: A General and Comparative View*, Kluwer, 1988, p. 99. Dans une perspective comparée voir TALLON Denis et HARRIS Donald, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 81.

¹⁰⁹ TREITEL Guenter, *The law of the contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 66.

¹¹⁰ WINFELD Percy, *Pollock's principles of contract*, 13^e éd., London, Stevens&Sons, 1950, p. 133 ; CHESHIRE Geoffrey, FIFFOT Cecil et FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 11^e éd., London, Butterworths, 1991, p. 74, ATIYAH Patrick, *An Introduction to the Law of Contract*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2004, p. 122 ; BEATSON Jack, *Anson's Law of Contract*, 28^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 92.

¹¹¹ CHESHIRE Geoffrey, FIFFOT Cecil et FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 11^e éd., London, Butterworths, 1991, p. 80, qui citent comme exemple l'offre publique de récompense à ceux qui pratiquent certain acte. Elle s'appelle « *executed* » parce que la promesse n'engage le promettant qu'après l'exécution par le bénéficiaire de l'acte qui fait l'objet de la *consideration*, contrairement à l'*executory consideration*.

¹¹² Affaire *Web c. McGowin*, Court of Appel of Alabama, 27 Ala. App. 82, 168 So. 196 (1935).

¹¹³ DAVID René, *Cause et consideration*, in *Mélanges J. Maury*, vol. II, Paris, Dalloz, 1960, p. 111 et s.

¹¹⁴ Ibid. p. 111 ; P. CATALA, *Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats*, Répertoire du Notariat Defrénois, 15 décembre 2008 n° 21, p. 2365.

lorsqu'elle énonce qu'une promesse sérieuse doit poursuivre un but social et économique raisonnable reconnu par les conceptions sociales en vigueur.

L'avant-projet de réforme du Code civil de la Chancellerie exige que chaque partie « ait un intérêt au contrat qui justifie son engagement » (article 85). Selon M. Fenouillet¹¹⁵, il s'inspire ainsi de la suggestion doctrinale de Carbonnier¹¹⁶, reprise et magistralement développée par Mme Rochfeld¹¹⁷. Certes, la notion d'« intérêt » est plus compréhensible pour le commun des mortels, et moins franco-française que la cause. Mais l'avant-projet ne définit pas l'intérêt. Et il emploie le terme dans des situations fort diverses qui n'éclairent pas le sens qui doit lui être ici donné. Cette crainte, déjà exprimée à propos de l'avant-projet Catala¹¹⁸, conduit à douter de la pertinence de l'innovation. L'avant-projet décline ensuite la condition d'existence de « l'intérêt », dans deux textes. L'article 86 prévoit la nullité des contrats à titre onéreux « lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». L'article 87, en outre, affirme que « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite ». L'« avant-projet Terré »¹¹⁹, qui mérite toute notre attention, prend le parti de la suppression de la cause sans la remplacer par la notion d'intérêt.

En droit allemand et en droit suisse, la distinction entre les promesses sérieuses et celles qui n'engagent pas, ne se fait pas par la théorie de la cause mais par une toute autre méthode, celle de l'interprétation des actes. Sans être liés à des indices déterminés, comme c'était le cas pour les doctrines de la *consideration* et de la cause, ils recherchent si une promesse a été faite avec l'intention d'obliger ou si elle n'est qu'une « complaisance » étrangère à la vie juridique, autrement dit un simple « propos de salon ». Ce procédé, permettant de se libérer de tous indices stricts du sérieux de la promesse est, certainement, entre les mains d'un juge de carrière, la méthode préférable à toute autre pour dominer le problème.

À l'instar du déclin de la théorie de la cause, la *consideration* de la *common law* au caractère excessivement stricte, a progressivement été assouplie par la jurisprudence anglaise.

¹¹⁵ RDC, 01 janvier 2009 n° 1, p. 279, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat.

¹¹⁶ CARBONNIER Jean, Les obligations, PUF, 22^e éd., 2000, n^{os} 58, 62 et 64.

¹¹⁷ ROCHFELD Judith, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

¹¹⁸ Référence à l'intérêt dans l'article 1135-2.

¹¹⁹ Ce texte, qui est déjà convenu appeler le « Projet Terré », est le produit d'un groupe de travail organisé par le Professeur François Terré, en tant que Président de l'Académie des Sciences morales et politiques, et sous les auspices du Garde des Sceaux de l'époque, M. Pascal Clément. S'il n'y a donc pas là de « projet », au sens technique du mot, il y a néanmoins une importante contribution au débat. Sur cette proposition : v. F. Terré (sous

Lord Wright, l'un des critiques anglais les plus réputés de la théorie de la *consideration*, a écrit : « Je ne peux pas résister à la conclusion que la *consideration* n'est rien d'autre qu'une incombrance. Une théorie scientifique et logique du contrat devrait, à mon avis, adopter comme test d'intention de contracter, la recherche de l'intention délibérée et sérieuse, libre d'illégalité, immoralité, erreur ou dol, de s'engager contractuellement. Cette constatation sera toujours une question de fait »¹²⁰. Ceci est en fait la conception du droit écossais dans lequel la théorie de la *consideration* est inconnue¹²¹. La *consideration* semble aujourd'hui délaissée par la jurisprudence¹²² qui trouve d'autres moyens pour contourner cette condition.

Les juges anglais ont élaboré un autre mécanisme visant à s'appliquer aux déclarations portant sur une intention ou l'appréciation d'une question de droit. Il s'agit du *promissory estoppel*. Ce mécanisme a pour vocation de corriger des situations dans lesquelles, pour des raisons techniques, le plus souvent le défaut de *consideration*, il est impossible de considérer qu'un contrat a été valablement formé, mais qu'il serait toutefois inéquitable de laisser une partie revenir sur sa parole¹²³. Nous analyserons en détail la théorie de l'*estoppel* à la fin de ce travail, au moment de la recherche d'un fondement uniforme pour la responsabilité précontractuelle dans le commerce international.

M. Atiyah a dénoncé l'absurdité de l'analyse conceptuelle qui repose sur une distinction tranchée entre la promesse donnée en échange d'une *consideration* et celle exécutoire sur le fondement de l'*estoppel*¹²⁴. Il suggère d'écarter les constructions artificielles visant à satisfaire à l'exigence d'une *consideration* et de prendre en compte toute forme de *detrimental reliance*, indépendamment de son fondement, puisque la *reliance* permet de suppléer la *consideration* et de rendre une promesse obligatoire même si elle a été consentie

dir. de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008 ; aussi MAZEAUD Denis, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009, p. 1364.

¹²⁰ Harvard Law Review 49 (1935-1936)1225, 1251. (Notre traduction).

¹²¹ Cf. Lord NORMAND, Consideration in Law of Scotland, in Law Quarterly Review 55 (1939), 358.

¹²² William c. Roffey Bros [1991], 1 QB 1 [CA] ; aussi sur ce point: KÖTZ Hein et FLESSNER Alex, European Contract Law, volume one: Formation, Validity and Content of Contracts ; Contract and Third Parties, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 70.

¹²³ PINSOLLE Philippe, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, JDI, 1998-4, p. 911 et s.

¹²⁴ ATIYAH Patrick, Consideration in Contracts: a Fundamental Restatement [1971], revu et corrigé à la suite des critiques du professeur Guenter TREITEL, in Consideration : A Critical Analysis of Professor's Atiyah Fundamental Restatement, 50, Australian LJ 439 [1976], devenu le chapitre 8 de Essays on Contract, Clarendon Press, Oxford, p. 185 et s.

sans contrepartie apparente¹²⁵. Cette analyse a fait l'objet de vives critiques. Il a notamment été objecté que l'on ne peut, sans obscurcir encore plus l'analyse, traiter la *reliance* comme une *consideration* dans les cas où il n'y a pas d'échange et qu'il vaudrait mieux considérer la rupture d'une promesse susceptible d'entraîner une *reliance* comme une forme de négligence donnant lieu à réparation en droit de la responsabilité délictuelle¹²⁶.

En droit américain, le *Second Restatement*¹²⁷ du droit des contrats pose l'exigence générale d'un *bargain* à la section 17. Puis les sections 82-94 traitent des contrats sans *consideration*, et la note introductive précise que les raisons de rendre ces contrats obligatoires sont la *reliance* et l'enrichissement injuste. Plus spécifiquement, la section 90 est relative à « la promesse entraînant raisonnablement une action ou une abstention ». Aux termes de cette section, « si le promettant doit raisonnablement envisager que sa promesse engendrera ou induira, chez le bénéficiaire de la promesse ou chez un tiers, une action ou une abstention d'agir de caractère clair et substantiel et que de fait, elle entraîne une telle action ou abstention, le promettant se trouve obligé par sa promesse si l'injustice ne peut pas être évitée autrement. Le remède accordé peut être limité dans la mesure où la justice l'exige ».

Ainsi, une promesse même dépourvue de forme et faite à titre gratuit engage si elle a suscité, chez le bénéficiaire confiant, une modification considérable et définitive de sa situation et si la réaction du bénéficiaire était prévisible de la part du promettant. C'est là un amendement raisonnable à la théorie de la *consideration* vers une protection de la confiance dans les dispositions prises. Certes, la doctrine du *promissory estoppel* n'a pas été expressément reconnue ni par le législateur du *Restatement Second of Contracts* ni par celui de l'*Uniform Commercial Code* (UCC) qui sert de loi-modèle aux États-Unis. Mais cette promesse tire sa force obligatoire de la confiance raisonnable qu'elle a suscitée, constituant le seul moyen d'éviter l'injustice. On retrouve ainsi la figure anglaise du *promissory estoppel* comme moyen de protection de la confiance légitime.

¹²⁵ Rappr. MUIR-WATT Horatia, *Reliance et définition du contrat*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1998, p. 57 et 64 ; *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, TALLON Denis et HARRIS Donald (dir.), LGDJ, 1987, p. 57 et s., spéc. p. 60.

¹²⁶ Voir BEALE Hugh, BISHOP William et FURMSTON Michael, *Contract Cases and Materials*, Butterworths, London, Dublin, Edimburgh, 2001, p. 173 et s.

¹²⁷ *Restatement Second of contracts* (1981). LEVY David, *Contract Formation Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, UCC, Restatement, and CISG, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 1998, vol. 30, p. 271.

CHAPITRE 2 - L'INTENTION EQUIVOQUE DANS LES INSTRUMENTS PRECONTRACTUELS

Dans d'autres hypothèses, ce n'est pas l'insuffisance de l'intention déclarée qui rend difficile la distinction entre les périodes précontractuelle et contractuelle, mais l'ambiguïté de sa déclaration. C'est le cas des engagements d'honneur (Section 1) et d'autres accords préliminaires (Section 2), utilisés fréquemment dans la pratique du commerce international, dont leur force obligatoire va dépendre des réelles intentions des parties, manifestées par leur accord et leur comportement.

SECTION 1 - ENGAGEMENTS D'HONNEUR

Les engagements d'honneur ou *gentlemen's agreements*¹²⁸ répondent à un besoin des opérateurs du commerce international de pouvoir conclure un accord, sans qu'ils soient pour autant considérés liés par un contrat. Les négociateurs désirent ne pas s'obliger juridiquement mais être tenus seulement par un engagement moral placé « sur le terrain de la loyauté et en dehors des sanctions juridictionnelles étatiques ou arbitrales »¹²⁹. Il s'agit donc d'une simple déclaration d'intention, et l'inconvénient de cette pratique est que cette déclaration est souvent équivoque.

Les parties mentionnent généralement que le document établi n'a pas de valeur contractuelle, visant ainsi à écarter toute obligation juridique. Paradoxalement, pourtant, ajouter à un engagement un caractère « d'honneur », loin de confier à cet engagement une force juridique plus importante, serait plutôt de nature à le disqualifier juridiquement.¹³⁰ Le fait d'être fait sur l'honneur démontre que cet accord repose tout entier sur la confiance¹³¹.

¹²⁸ Sur cet engagement, OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, chron. p. 107 ; AMMAR Daniel, Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur, thèse, Paris I, 1990 ; LABARTHE Françoise, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, Coll. Bib. Droit privé, n° 267, p. 168, LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n° 662, p. 400.

¹²⁹ GÉNINET Mirène, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, thèse, Paris II, 1985, n° 267.

¹³⁰ OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, chron. 107 ; et Droit et modernité, PUF, 1998, p. 277 ; v. aussi D. AMMAR, Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur, thèse, Paris I, 1990.

¹³¹ MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, L'avant-contrat, 2001, Francis Lefebvre, n° 398, p. 227.

On retrouve largement ce type d'accord dans la négociation de contrats internationaux¹³². Les acteurs du commerce international sont séduits par la grande flexibilité de ces accords, pouvant revêtir des formes très diverses et être adaptés à tout moment, mais aussi par l'opportunité d'échapper aux inconvénients du règlement de ces différends par les juges. Il arrive aussi que les parties engagées dans des pourparlers internationaux souhaitent rester « en dehors du droit »¹³³, pour sauvegarder un secret d'affaire ou une illégalité qu'impose le contrat. Les expressions anglo-saxonnes utilisées pour faire référence à ces types d'accords traduisent clairement leur portée non-contractuelle: *binding in honour only*, *honour clause*, *subject to contract* ou encore *no contractual agreement*¹³⁴. Au contraire de ce qu'on puisse penser, le terme *gentlemen's agreement* est rarement utilisé dans la pratique.

Cependant, les effets recherchés par les négociateurs internationaux ne se réalisent pas toujours. Dans la pratique des affaires « ces documents n'expriment généralement qu'une simple intention et ont un aspect psychologique pour les dirigeants d'entreprise, qui sont souvent soucieux de signer rapidement un document fixant l'intention, en laissant le soin au juriste de rédiger ultérieurement un document plus détaillé »¹³⁵. Toute la difficulté est de savoir si l'engagement d'honneur peut-être considéré comme juridiquement obligatoire (§1) et si les parties peuvent lui extraire de l'emprise du droit étatique (§2).

§1 - L'autorité des engagements d'honneur

Évidemment, la question de l'autorité des engagements d'honneur ne se pose pas dans les cas où les parties respectent l'éviction de toute force obligatoire prônée par ces accords. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'une des parties, souffrant alors du non-respect de la promesse émise, conteste l'effet non obligatoire attaché à l'engagement d'honneur, que ce dernier peut être examiné par un juge. Est juridiquement lié aussi celui qui ne met pas en cause

¹³² MERCADAL Barthélémy et JANIN Philippe, Les contrats de coopération interentreprises, Francis Lefebvre, 1974, n° 43 ; et MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, L'avant-contrat, 2001, Francis Lefebvre, n° 389, p. 229.

¹³³ AUBERT Jean-Luc, Le contrat, Dalloz, 1996, coll. Connaissance du droit, p. 50.

¹³⁴ OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, chron. 107, et Droit et modernité, PUF, 1998, p. 279.

¹³⁵ LONCLE Jean-Marc et TROCHU Jean-Yves, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI 1997, p. 3, spéc. p. 6.

son engagement au moment même où il aurait pu se prévaloir de son non-engagement juridique¹³⁶.

Il existe des exemples rares et anciens de reconnaissance d'un non-droit du contrat¹³⁷. Cependant, les tribunaux ont une tendance générale à reconnaître que les engagements sur l'honneur, qu'ils assimilent à de véritables actes juridiques, lient leurs auteurs¹³⁸. Est ainsi considéré comme juridiquement obligatoire l'engagement sur l'honneur à l'occasion de la cession des actions d'une société, de ne pas s'immiscer dans tous les conflits survenus ou qui pourraient survenir¹³⁹. De même, est juridiquement contraignant l'engagement pris sur l'honneur par les cessionnaires des actions d'une société d'assurer la pérennité de cette dernière¹⁴⁰. C'est le cas également de l'engagement formel de quitter un immeuble, qui n'a pas été respecté suite à l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 1956 interdisant toute expulsion¹⁴¹. La jurisprudence a tendance aussi à réintégrer dans la sphère du droit des engagements sur l'honneur des débiteurs de payer leurs créanciers « en cas de retour à meilleure fortune ». Par exemple, un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 décembre 1968, a décidé que des époux qui s'étaient engagés sur l'honneur à rembourser dans la mesure de leurs possibilités leur solde bancaire débiteur, avaient souscrit une obligation¹⁴². Il est aussi considéré comme juridiquement obligatoire l'engagement « sur l'honneur » du failli de payer ses créanciers « en cas de retour à meilleure fortune »¹⁴³. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹⁴⁴ a jugé que la clause par laquelle un débiteur, à qui un créancier a fait remise de sa créance, «

¹³⁶ CA Amiens, 13 janvier 1953, D.1953, som.51.

¹³⁷ Cass. com., 8 déc. 1987, n° 86-13.843, RTDCiv. 1988, p. 522, obs. MESTRE Jacques ; J. CARBONNIER, Droit civil, t. IV, Les obligations, PUF, 22^e éd., 2000, n° 8 ; HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001, n° 607 ; CA Orléans, 23 avr. 1842, S. 1843, 2, p. 383 ; CA Bordeaux, 31 mai 1848, DP 1848, 2, p. 180.

¹³⁸ En ce sens, MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, L'avant-contrat, 2001, Francis Lefebvre, n° 392, p. 231 ; OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, p. 112 ; LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n°s 675 et s. ; BEIGNER Bernard, L'honneur et le droit, LGDJ, Coll. Thèses, 1995, p. 527 ; HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001, n°s 604 et s. ; et en dernier lieu, LAMOUREUX Marie, Les déclarations d'intention en droit privé, RLDC, 2008/4, n° 42 et s.

¹³⁹ Cass. com., 6 mai 2003, n° 99-17.706.

¹⁴⁰ Cass. com., 10 janv. 1972, n° 70-11.160, n° 70-11.161, n° 70-11.143, JCP G 1972, II, n° 17134, note GUYON Yves.

¹⁴¹ Trib. Paix, 14 juin 1957 ; RTDCiv. 1958, p. 70, obs. MAZEAUD Henri et Léon, RTDCiv. 1958, p. 105, obs. CARBONNIER Jean ; cité par MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, L'avant-contrat, 2001, Francis Lefebvre, n° 392, p. 232.

¹⁴² Cass. com., 23 déc. 1968, n° 67-13.046, Bull. civ. IV, n° 374

¹⁴³ Cass. civ., 29 avr. 1873, DP 1873, 1, 207 ; Cass. com., 18 oct. 1961, JCP G, 1962, II, 12438, note GAVALDA Christian.

¹⁴⁴ CA d'Aix-en-Provence, 11 juin 1872, DP 1873, 2, p. 177.

déclare sur sa conscience qu'il le désintéressera si la fortune vient à lui sourire », est juridiquement obligatoire.

Bien que ces accords soient le plus souvent considérés comme juridiquement obligatoires et puissent ainsi engager la responsabilité des parties, leur efficacité est subordonnée à leur degré suffisant de précision et de fermeté. C'est à partir de la recherche des intentions des parties, à travers le texte de l'accord et leur comportement, que les juges déterminent le caractère civilement, voire contractuellement obligatoire de l'engagement d'honneur¹⁴⁵. Le juge va déduire alors la volonté des parties d'être contractuellement engagés, à défaut, l'engagement d'honneur va demeurer un simple accord de principe ou lettre d'intention sans portée contractuelle.

Quoiqu'il n'y ait pas à proprement parler de contrat, cela ne signifie pas pour autant qu'un *gentlemen's agreement* soit dépourvu de toute signification juridique et que les parties se situent dans un vide juridique non contrôlable. Les parties ne se trouvent nullement en dehors de l'ordre juridique. Leur accord constitue un fait avec lequel le juge doit composer. Si l'acte juridique ne peut pas être qualifié de contrat, cela n'empêche pas d'attribuer une dimension juridique propre à la situation réelle.

§2 - L'autonomie des parties pour exclure une obligation juridique

Les engagements d'honneur soulèvent encore une autre interrogation qui est celle de savoir si les parties ont la possibilité de se soustraire elles-mêmes à la contrainte juridique étatique lors de leur engagement. Autrement dit, on peut s'interroger s'il convient de suivre les intentions des parties qui entendent être liées sans pour autant créer d'obligation juridique. Le Professeur Aubert résume ces ambiguïtés: « L'engagement d'honneur ne peut prétendre rivaliser avec l'engagement juridique: chacun est libre de s'engager ou de ne pas s'engager ; nul ne peut s'engager et prétendre se soustraire à la contrainte du droit, prétention dont il est, d'ailleurs, permis de penser qu'elle est empreinte d'une irréductible contradiction. Le droit, pourrait-on dire, est jaloux de ses prérogatives et saisit l'engagement exprimé dès lors qu'il présente les caractéristiques objectives de la volonté juridique: qu'il existe une intention

¹⁴⁵ LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n° 689.

caractérisée, qu'elle s'applique à un aménagement patrimonial défini de façon suffisamment précise »¹⁴⁶.

Il nous semble que la seule façon pour les parties de pouvoir soustraire leur accord aux règles du droit étatique est d'affirmer clairement dans l'accord leur volonté d'écarter toute obligation juridique¹⁴⁷. La volonté des parties est l'élément fondamental de l'autonomie de l'engagement d'honneur. Pour cela, il est recommandé aux parties « de prévoir une clause précisant nettement que l'accord se limite à des déclarations d'intention dont l'exécution ne peut être demandée devant les tribunaux. À défaut d'une telle clause, l'absence d'engagement juridique pourra être établie par une interprétation de la volonté des parties, mais elle sera difficile à prouver car, lorsque un accord se présentera comme un contrat, les juges seront enclins à lui faire produire des effets de droit »¹⁴⁸.

Cette ambiguïté est illustrée par la difficulté de déterminer la portée d'une lettre d'intention, qui est susceptible de recevoir des qualifications fort différentes, allant du simple engagement d'honneur à un véritable cautionnement, en passant par la reconnaissance d'une obligation de faire. Tout dépend en effet de la teneur exacte de l'engagement des parties, plus ses termes sont précis et fermes, plus le juge a tendance à déceler dans la lettre d'intention un engagement juridique.

Cependant, l'analyse de la jurisprudence rendue en matière d'engagement d'honneur rend vaine toute justification fondée sur l'intention des parties¹⁴⁹. En effet, souvent la volonté des parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire et donc de sanction judiciaire est clairement exprimée, mais les juges négligent cette intention. Ils s'opposent ainsi à consacrer l'engagement d'honneur alors même que les auteurs avaient très nettement fait de leur accord, un accord non juridique.

L'arrêt rendu le 23 janvier 2007 par la Cour de cassation l'atteste. Alors même que les sociétés contrefactrices avaient expressément souscrit l'engagement « de ne pas copier les produits commercialisés par Créations Nelson » et précisé que cet engagement constituait « un engagement exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré

¹⁴⁶ AUBERT Jean-Luc, *Le contrat. Droit des obligations*, 2^e éd. Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2000, p. 51.

¹⁴⁷ MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, *L'avant-contrat*, 2001, Francis Lefebvre, n° 398, p. 235.

¹⁴⁸ MERCADAL Barthélémy, *Contrats et droits de l'entreprise*, Mémento Lefebvre, 1997, n° 1574.

¹⁴⁹ V. en ce sens, HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, n° 624.

comme une inexécution des termes de l'accord », les juges y voient une véritable obligation civile.¹⁵⁰ C'est, au final, la réalité objective créée par l'accord qui est primordiale aux yeux des juges¹⁵¹.

B. Oppetit¹⁵² a remarqué qu'en droit civil, « il semblerait, à travers les intéressantes décisions intervenues en la matière, que le juge [français] ne se considère pas comme automatiquement lié par l'intention proclamée par les parties de priver leur accord de toute valeur obligatoire et donc de sanction judiciaire ; et, de fait, les espèces témoignent d'une totale liberté du juge dans l'appréciation de la portée des engagements pris sur l'honneur ». L'auteur relève que « certaines décisions refusent tout effet à l'engagement d'honneur » sans « se fonder sur la seule intention des parties ». « En revanche, les tribunaux n'ont pas hésité à qualifier d'obligation de droit strict des engagements pris sur l'honneur et à récuser l'intention parfois expresse des parties de situer leur accord en dehors du droit ». Dans ce sens, certains accords, sans présenter le caractère de véritables actes juridiques, ne seraient pas pour autant dépourvus de portée juridique et produiraient des effets juridiques indépendants de la volonté des parties¹⁵³.

Quant à l'argument selon lequel l'engagement d'honneur engendrerait une obligation civile dès lors qu'il a pour cause¹⁵⁴ des avantages reçus en échange, il n'est pas dirimant dans une société rationnelle où tout engagement comporte *a priori* une cause, même les actes gratuits comportent une intention libérale. On pourrait, au demeurant, considérer que si l'intention libérale peut constituer la cause d'un acte gratuit, alors l'honneur peut constituer celle de l'engagement d'honneur. Enfin, la référence à la cause n'explique pas pourquoi un engagement d'honneur peut produire des obligations alors que l'engagé n'était pas débiteur du destinataire de l'engagement. En somme, c'était réfléchir dans un référentiel contractuel qui n'est pas celui de l'engagement d'honneur, d'essence unilatérale.

¹⁵⁰ Cass. com., 23 janvier 2007, n° 05-13.189, D. 2007, p. 442.

¹⁵¹ V. en ce sens, LAMOUREUX Marie, Les déclarations d'intention en droit privé, RLDC, 2008/4, n° 47 ; v. aussi, AUBERT Jean-Luc, Le contrat. Droit des obligations, 2^e éd. Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2000, p. 51, qui écrit que le droit saisit « l'engagement exprimé dès lors qu'il présente les caractéristiques objectives de la volonté juridique ».

¹⁵² OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, chronique XVI, p. 112.

¹⁵³ V. en ce sens, AUBERT Jean-Luc, Le contrat, Dalloz, 2^e éd., 2000, p. 54.

¹⁵⁴ Cette explication a été avancée par ROUHETTE Georges, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris I, 1965, n°179, cité par MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, L'avant-contrat, 2001, Francis Lefebvre, n° 393.

À notre avis, la distinction entre l'engagement d'honneur juridiquement obligatoire et le simple engagement sans effets juridiques réside dans la confiance légitime créée chez le destinataire de l'engagement, à travers le respect du devoir de cohérence. En outre, l'émergence en droit français de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui peut également conférer une assise à cette position visant à réintroduire dans la sphère contractuelle les *gentlemen's agreements*. Nous ne pouvons que constater que l'acte de s'engager pour ne pas être tenu par cet engagement porte atteinte à la cohérence des comportements. C'est le cas notamment des différents engagements d'honneur survenus pendant les pourparlers, et ensuite niés en cas de rupture de pourparlers, pour ainsi se désengager de certaines obligations. Comme le relève un auteur, « le principe de cohérence s'impose alors à l'esprit afin de réparer ce préjudice, en permettant de conférer force obligatoire à l'engagement d'honneur et d'assurer l'exécution de la promesse que le « débiteur » a fait miroiter par une description suffisamment précise »¹⁵⁵.

Malgré la relative impuissance des parties à extraire l'effet juridique de ces accords, il convient de renouveler le débat sur l'autonomie de volonté des parties à la lumière de la responsabilité précontractuelle. Si elles ont employé les mots « intention », « engagement sur l'honneur », ou encore, « engagement exclusivement moral », c'est bien parce qu'elles ont voulu extraire de cet accord toute valeur obligatoire. Dans ce sens, les commentaires de l'article 2.13 des Principes Unidroit précisent en effet que si les cocontractants, ou l'un d'entre eux, énoncent clairement qu'ils n'ont pas l'intention d'être liés avant la rédaction du document formel, il n'y aura pas de contrat avant ce moment, même si les deux parties ont trouvé un accord sur tous les aspects pertinents de leur transaction.

De plus, on a pu remarquer qu'il y avait une sorte de paradoxe à s'engager sans s'engager. Mais cette contradiction ne vaut que si l'on estime que s'engager signifie nécessairement s'engager juridiquement. Or, c'est peut-être oublier un peu vite que promettre sur l'honneur, ce n'est pas s'engager sans s'engager, mais seulement se situer hors de la sphère du droit étatique¹⁵⁶. Comme nous l'avons précédemment souligné, les auteurs de ces promesses entendent bien néanmoins être liés. Dans le même ordre d'idées, il est possible de se demander si l'absence de cohérence du comportement qui est reprochée ne devrait pas plutôt être invoquée à l'encontre de celui qui, malgré les termes clairs de l'accord, saisit par la suite le juge

¹⁵⁵ HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001, n°641.

¹⁵⁶ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd. 2005, spéc. n° 56.

et trompe ainsi les attentes de son partenaire, lequel a pu légitimement penser que leur accord demeurerait hors de la sanction étatique.¹⁵⁷

On ne peut raisonnablement défendre que le principe de l'engagement d'honneur soit monopolisé par le droit. Le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties de moduler la force contraignante de leur accord. Ainsi peuvent-elles stipuler que le « contrat » ne peut donner lieu à aucune action en justice ou bien s'opposer non pas à l'obtention d'un jugement, mais uniquement à son exécution. De même peuvent-elles limiter ce droit d'exécution¹⁵⁸.

Puisque cette intention ne se présume pas, la volonté des parties doit être exprimée sans équivoque. Afin d'éviter tout malentendu à ce sujet, il est préférable de faire une déclaration formelle dans ce sens. Pour définir de façon plus objective le critère utilisé pour la reconnaissance par le droit d'une promesse ou d'un engagement, il est possible de dégager quelques critères. En général, on attache beaucoup d'importance à l'intérêt économique de l'obligation et à la valeur matérielle de la prestation ou de la promesse. On peut également imaginer que le bénéficiaire d'un engagement d'honneur sera d'autant plus enclin à croire en la juridicité de celui-ci, qu'il détenait alors une créance à l'égard du promettant. Au contraire, le manque de précision de la promesse, l'emploi d'une formulation vague, l'absence d'écrit, alors que l'établissement d'un document est d'usage, ou encore le fait que certains accords ou promesses ne soient pas repris dans l'écrit, offrent un indice de la volonté des parties de conserver leur engagement d'honneur en dehors du droit.

La désignation par les parties de leur accord comme étant un *gentlemen's agreement* devrait donc amener le juge à une grande réserve avant de conclure à l'existence d'obligations contractuelles. Il en va de même avec l'utilisation de la formule « sur l'honneur » et d'autres mots de ce genre. En tout état de cause, et en l'état actuel de la jurisprudence, la voie ne semble pas ouverte à une reconnaissance de l'engagement d'honneur, comme le démontre l'arrêt cité de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 23 janvier 2007.

SECTION 2 - ACCORDS PRELIMINAIRES

¹⁵⁷ V. en ce sens, M. LAMOUREUX, Les déclarations d'intention en droit privé, RLDC, 2008/4, n° 50.

¹⁵⁸ Par exemple, par une clause interdisant de saisir certains biens du débiteur ou pendant un certain temps.

Dans les pourparlers internationaux, entre la première définition des objectifs communs et la signature des accords définitifs, a lieu un lent processus d'élaboration : études préalables, obtention du concours nécessaire de la part de tiers, par exemple en matière de financement, de l'assurance, de l'approvisionnement en amont et des débouchés en aval, d'obtention des autorisations gouvernementales éventuellement requises, de mise au point progressive des différents aspects de l'accord entre les parties : spécifications, délais d'exécution et de livraison, établissement du prix, clauses de révision ou d'imprévision, garanties de bon fonctionnement, arbitrage des différends, etc. Une telle négociation, et les multiples démarches qui l'accompagnent, peuvent prendre des années. Il n'est pas rare que les discussions se prolongent au-delà du début de l'exécution du contrat, l'urgence du projet incitant les parties à entamer sa réalisation avant la mise au point finale des textes contractuels.

Pendant ce processus prolongé de formation de leurs conventions, les négociateurs ressentent souvent le besoin de mettre au point une série de documents préparatoires visant, par exemple, à énoncer les objectifs des pourparlers entrepris, à faire en cours de route le bilan des résultats déjà acquis, à préciser certains aspects de la procédure de négociation, à consacrer l'accord sur l'essentiel une fois qu'il est obtenu, certains détails restant à régler, à faire savoir à des tiers dont le concours est sollicité quels sont l'objet et les perspectives de la négociation en cours.

La pratique a donc permis de dire que les pourparlers ont tendance à se contractualiser. Cette contractualisation se base juridiquement sur l'exercice par les négociateurs de la liberté contractuelle. Certes, le principe de la liberté contractuelle implique également pour les parties la faculté de négocier sans engagement, ou même de rompre des pourparlers très avancés. Le fait qu'ils contractualisent la négociation ne signifie pas une limitation de la liberté contractuelle. Il s'agit au contraire de l'application et de la manifestation de cette liberté pour doter les pourparlers de l'élément de sécurité et augmenter les chances de réussir la négociation.

Dans la phase dite « d'invitation à entrer en pourparlers », le choix du vocabulaire pour la rédaction des documents échangés est primordial car les termes utilisés ne seront pas interprétés de façon identique d'un système juridique à l'autre. Pendant les pourparlers, le principe est l'absence de procédure. Il n'existe pas de principe de formalisme encadrant les pourparlers, ni règle légale, ni principe coutumier, ni obligation ou devoir. Il est donc

nécessaire que les parties précisent au mieux leurs véritables intentions quant à leur consentement au contrat. L'utilisation de certains termes peut priver d'effet la volonté réelle de l'auteur du document et celui-ci ne doit jamais se fier à l'intitulé qu'il lui donne. Le juge appréciera toujours la valeur d'un écrit en fonction de son contenu et non de son titre. Cet état de fait procure une grande incertitude quant à la signification et à la portée des écrits échangés entre les parties. Cette incertitude est en fait assez préjudiciable aux précontractants et il est indispensable pour eux que soit précisée la portée des différents documents échangés au cours des négociations.

Deux théories s'opposent quant à la détermination du caractère contractuel des accords survenus dans la période de négociations. D'une part la théorie abstraite soutient l'engagement malgré l'incertitude de la volonté. Dans cette théorie, plutôt dominante, l'acte juridique est une donnée objective qui transcende la volonté individuelle. L'acte juridique a une signification sociale qui s'attache plus à la volonté déclarée qu'à la volonté interne. Une fois réunis les ingrédients du consentement, de la capacité, de la cause et de l'objet, l'engagement existira, même si l'une des deux parties ne veuille pas vraiment s'engager. Il en est de même si cette volonté est douteuse. À l'appui de cette théorie, l'article 1157 du Code civil: « quand une clause est susceptible de deux sens on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet plus que selon celui où elle ne peut en produire aucun ». L'affirmation de l'existence de l'engagement de nature à donner un effet à une clause ambiguë serait toujours préférable à la négation de l'engagement qui risquerait d'aboutir à la perte de la clause.

D'autre part, la théorie réaliste préfère la négation de l'engagement en cas de doute – *in dubio pro libertate*. L'engagement étant une restriction à la liberté, il ne peut être dégagé de documents ambigus ou des situations incertaines. Il n'existe pas d'engagement sans volonté réelle et certaine. Il est préférable de nier l'existence d'une obligation que l'on a voulu contracter plutôt qu'affirmer l'existence d'une obligation que l'on n'a pas voulu prendre. Selon la théorie réaliste, les accords dépourvus de force obligatoire ne sont pas pour autant dépourvus d'effets. Ils ont pour utilité de faire le point et de fixer les idées. Les parties peuvent être d'accord sur les conditions du contrat sans donner encore leur consentement au contrat lui-même.

Dans ce sens, il faut se méfier de la portée juridique de documents intitulés protocoles d'accords, engagements d'honneur ou lettres d'intention. Ils sont souvent utilisés dans le monde

des affaires, mais leur dénomination ne correspond pas à un régime juridique spécifique. Chacune de ces appellations peut tout autant désigner un simple document de travail comme un véritable accord des parties sur des points déterminés. De la qualification donnée à l'écrit dépendra le régime juridique qui régira les rapports des parties : engagement contractuel ou non, obligation de moyens ou de résultat, et notamment la loi applicable. Il faut savoir que dans la plupart des pays, le juge ne s'estime pas lié par la qualification que les parties donnent à leurs documents et n'hésite pas à requalifier ces derniers en fonction de leur contenu.

Au cours des pourparlers, il existe différents stades qui vont des simples pourparlers à ce qui est appelé « avant-contrats ». Il ne peut toutefois exister que deux régimes applicables à ces formules : soit il y a engagement, et cet engagement est de nature contractuelle, soit il n'y a pas d'engagement et les litiges susceptibles de surgir à ce dernier stade se régleront donc sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Il est assez difficile de présenter ces figures de façon ordonnée, ne serait-ce que parce qu'il est difficile de tenter de dresser un inventaire qui se voudrait exhaustif de ces formules contractuelles. Ce sont essentiellement les formules plus répandues que nous examinerons.

Il convient d'établir une gradation entre ces différents accords préparatoires. Certains envisagent uniquement la négociation du contrat définitif, d'autres organisent la conclusion du contrat (§2). Ces derniers contiennent d'ores et déjà les éléments essentiels du futur contrat. Une dernière déclaration d'intention suffit à les parfaire, ils constituent un avant-contrat au sens strict (§1). Il n'y a plus lieu alors à négociation et par conséquent, seuls seront envisagés les accords préparatoires qui envisagent la négociation du contrat définitif et les instruments précontractuels à caractère contractuel variable (§3).

§1 - Formules précontractuelles organisant la conclusion du contrat¹⁵⁹

Pendant les pourparlers, les partenaires parviennent fréquemment à certains accords auxquels le droit donne la qualité de contrats. L'exercice paraît de prime abord assez aisé si l'on admet que ces formules contractuelles sont, bien souvent, et même si elles se situent avant le contrat, des contrats. C'est sans doute la raison pour laquelle le Code civil se désintéresse des

¹⁵⁹ MOUSSERON Jean Marc, Technique contractuelle, 3^e éd, Francis Lefebvre, 2005, n° 206 et s. ; LONCLE Jean-Marc et TROCHU Jean-Yves, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI 1997, p.3.

contrats de négociation¹⁶⁰. Ces formules ne sont pas distinguées, s'agissant des conditions de forme comme de fond, des formules contractuelles proprement dites. Elles comprennent, comme tout contrat, un objet, une cause, des parties et sont le résultat d'un consentement. C'est la raison pour laquelle la dénomination commune généralement utilisée d'« avant-contrat » est erronée et trompeuse, en ce qu'elle raccourcit la portée pleinement contractuelle de ces contrats.

Qu'ils soient désignés sous le terme général de « contrat préparatoire ou préliminaire », ou encore de « contrat partiel », de « protocole d'accord », de « contrat cadre », ou par des expressions anglaises de *agreement with open terms* ou *memorandum of agreement*, le point commun de ces mécanismes est d'être des contrats à caractère provisoire car leur objet est de préparer le contrat définitif et ils sont soumis à la réalisation d'une condition.

La difficulté majeure est de distinguer ces actes des contrats définitifs et donc de savoir quelles sont les obligations essentielles du contrat et les obligations considérées comme secondaires. Si les premières sont parfaitement définies, le contrat définitif pourra être réputé formé, même si les secondes n'auront pas été envisagées. Plus la réalisation de la condition peut être considérée comme extérieure à la volonté du promettant, plus sa promesse risque d'être requalifiée en contrat définitif, son consentement étant déjà acquis sur l'essentiel du contrat.

Les contrats partiels correspondent au contrat sur certains points d'un projet de contrat qui ont déjà fait l'objet d'un accord. Les parties peuvent éprouver le besoin de les entériner par écrit afin d'éviter leur éventuelle remise en cause à l'occasion de la poursuite des négociations. Ces contrats ne règlent pas tous les points essentiels du contrat définitif mais une partie d'entre eux seulement. Comme le définit Mme Schmidt: « L'accord partiel est la convention conclue au cours des pourparlers par laquelle les parties fixent les points de la négociation sur lesquels elles sont, dès à présent, d'accord »¹⁶¹.

Le protocole d'accord, même s'il est quelquefois confondu avec la lettre d'intention, correspond à un accord synallagmatique et obligatoire pour les parties, alors que les lettres d'intention ne sont que l'expression d'une seule partie, entrée ou sur le point d'entrer en

¹⁶⁰ MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, *L'avant-contrat*, 2001, Francis Lefebvre, n° 442-541.

¹⁶¹ SCHMIDT-SALEWSKY Joanna, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, p. 245.

pourparlers avec une autre. L'expression « protocole d'accord » est destinée à consigner le procès-verbal d'un consensus, d'une fructueuse réunion, au cours des pourparlers entre différentes parties. Le protocole a un contenu variable, pouvant fixer non seulement les idées, mais aussi, croyons-nous, les engagements essentiels des parties, le rôle de chacune d'elles, les principales dispositions de l'accord – prix, délais, échange de consentements –, à l'exclusion des détails techniques.

Il se distingue du simple contrat partiel proprement dit parce qu'il peut porter déjà sur les conditions essentielles, un contrat principal est déjà atteint, auquel manquent les détails de mise en œuvre et d'application. Ces détails peuvent être accessoires ou d'importance primordiale ; néanmoins, ils ne paraissent pas de nature à remettre en cause ce qui a déjà été convenu. Les parties peuvent convenir qu'à dater du protocole d'accord, les travaux vont pouvoir commencer. Les parties vont passer à la discussion de la mise en œuvre technique et détaillée de ce qui est déjà irrévocablement conclu. Le protocole d'accord peut donc être plus élaboré qu'un accord de principe, car les parties ne s'y réservent aucune possibilité de revenir sur leur engagement.

Le contrat cadre est défini par M. Mousseron comme « un contrat visant à définir les principales règles auxquelles seront soumis des accords à traiter rapidement dans le futur, contrats d'application ou d'exécution, auxquels de simples bons de commande ou ordres de service fourniront leur support »¹⁶². On veut ici éviter des négociations répétitives lorsque de nombreux contrats similaires doivent être conclus dans le futur. La difficulté provient des éléments qui composent éventuellement l'accord-cadre. Si l'accord-cadre comporte les éléments essentiels des contrats d'application et si l'une des parties ou les deux parties semblent s'être engagées fermement quant à ces contrats, l'accord-cadre vaut alors promesse. Lorsque l'accord-cadre vise uniquement à faciliter la conclusion des contrats d'application en fixant par avance certaines de leurs modalités, il demeure alors une simple forme contractuelle des pourparlers. Dans la pratique, cette technique est courante dans le secteur de la distribution. Ainsi les contrats d'approvisionnement exclusif, les contrats de concessions commerciales, les contrats de franchise sont des contrats cadre. En effet, une jurisprudence ferme, fondée sur l'article 1129 du Code civil relatif à l'objet du contrat, exige sous peine de nullité que l'accord-cadre comporte une clause sur le prix des marchandises ou des services ou permettant le déterminer.

À côté des instruments contractuels, il existe des formules non contractuelles qui préparent également la conclusion du contrat et que méritent d'être mentionnées. Ce ne sont pas, en principe, véritablement des contrats, mais elles ont leur place ici dans la mesure où ces figures sont susceptibles de créer des obligations préparatoires, ou bien parce qu'elles sont parfois utilisées comme succédanées à de contrats préparatoires ou bien encore parce que derrière l'apparence d'une formule non-contractuelle se niche souvent une véritable formule contractuelle¹⁶³. Ces formules font souvent partie de l'offre et elles visent principalement à la conclusion du contrat projeté. C'est le cas des documents publicitaires, des conditions générales de vente, du devis et des factures pro-forma¹⁶⁴. Nous pouvons ajouter encore les projets de contrat¹⁶⁵.

Bien qu'ils fassent partie, au sens large, de la phase précontractuelle, ils ne nous intéressent pas pour l'étude de la responsabilité précontractuelle. Ces contrats à part entière exigent une étude distincte¹⁶⁶, avec des notions et des considérations tout à fait différentes de celles qui sont spécifiques de la phase précontractuelle, objet de notre travail. Ce que nous intéresse ici sont les formules précontractuelles qui organisent les pourparlers et ne donnent pas lieu à une exécution contractuelle, ou encore les instruments à caractère contractuel variable, comme les lettres d'intention.

§2 - Formules contractuelles créant une obligation de négocier: les accords de principe

Dans l'accord de principe, les parties sont d'accord sur le principe d'un contrat, à la condition cependant de débattre le contenu. Cet accord n'implique pas que les parties s'engagent à conclure mais simplement qu'elles sont disposées à le faire. (A) Cet accord peut être accompagné d'une série d'engagements visant à discipliner la conduite des pourparlers. (B)

¹⁶² MOUSSERON Jean Marc, *Technique contractuelle*, 3^e éd, Francis Lefebvre, 2005, p. 515.

¹⁶³ LABARTHE Françoise, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994, Coll. Bib. Droit privé, n° 309.

¹⁶⁴ MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, *L'avant-contrat*, 2001, Francis Lefebvre, n°s 343-375.

¹⁶⁵ L. ROZES, *Projets et accords de principe*, RTDCom. 1998, p. 501.

¹⁶⁶ Voir MAZEAUD Denis, *La genèse des contrats: un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr., juillet/août 1996, p. 48.

A - Le contenu de l'accord de principe

L'accord de principe, en anglais *agreement to negotiate*, a été défini comme « l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé »¹⁶⁷. C'est « le contrat par lequel les parties s'obligent à engager ou à poursuivre de bonne foi la négociation d'un contrat futur »¹⁶⁸. Il s'agit donc d'un contrat qui fait naître à la charge de l'une, et parfois des deux parties, l'obligation de négocier les conditions de la convention projetée¹⁶⁹ et non une obligation de conclure le contrat.

En effet, l'accord de principe est loin d'un contrat parfait et formé. Cela le distingue de l'avant-contrat et la promesse de contrat, qui sont des conventions par lesquelles, comme on a pu justement le relever¹⁷⁰, un ou plusieurs engagements sont pris de contracter par la suite à des conditions déterminées, et où tous les éléments du contrat principal se trouvent déjà arrêtés avec précision. L'accord de principe se distingue également du contrat-cadre qui comporte habituellement une promesse de contracter¹⁷¹, un engagement d'approvisionnement, de fourniture, donc une obligation véritable de passer des contrats dont les éléments sont établis avec précision. Si tel n'était pas le cas, on pourrait voir dans le contrat-cadre qui ne prévoirait qu'une obligation de négocier un accord de principe. Enfin, l'accord de principe n'est finalement pas plus qu'une simple contractualisation des relations qui président entre parties à une négociation. Il y aurait un accord de principe de sorte que rompre les négociations ne serait plus seulement une faute mais l'inexécution d'un contrat. Cette approche est approximative puisque la jurisprudence, très abondante sur ces accords, fait plutôt ressortir leur caractère peu contraignant¹⁷².

Lorsque la formation d'un contrat suppose l'accomplissement d'une formalité, comme, par exemple, l'émission d'une offre préalable à la conclusion d'un prêt, l'accord de principe ne peut jamais se substituer à cette formalité¹⁷³. La solution est sans grande surprise.

¹⁶⁷ GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993, n° 344.

¹⁶⁸ PETIT Bruno, *J.-Cl. civil*, art. 1109, v. contrats et obligations, consentement, 2004, fasc. 2-1, p. 21, n° 60.

¹⁶⁹ CEDRAS Jean, *L'obligation de négocier*, RTDCom., 1985, p. 277.

¹⁷⁰ RIEG André, *La Punctatio. Contribution à l'étude de la formation progressive du contrat*, in *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 602.

¹⁷¹ GATSI Jean, *Le contrat-cadre*, LGDJ, Coll. Bib. de droit privé, tome 273, 1996, n° 381 et s.

¹⁷² LAGARDE Xavier, *De la période précontractuelle*, RLDC, 2008, n° 55.

¹⁷³ V. Cass. civ. 3, 7 nov. 2007, n° 06-11.750, Bull. civ. III, n° 199.

Elle donne déjà un aperçu de la faible portée de l'accord de principe. Ensuite, et de manière plus générale, l'accord de principe est généralement compris comme un processus non contraignant¹⁷⁴ et dont le principal effet est d'inviter les parties à poursuivre de bonne foi les négociations engagées¹⁷⁵.

C'est d'ailleurs en ce sens que l'avant-projet de la Chancellerie définit l'accord de principe. Selon ce texte, il s'agit d'un accord « par lequel les parties se sont engagées à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments restent à déterminer »¹⁷⁶. Il est permis en revanche de regretter l'absence de toute précision quant aux effets de cet accord¹⁷⁷. S'agissant d'un accord dont l'objet est une négociation, il semble insuffisant d'écrire qu'il est soumis aux dispositions du présent sous-titre à l'imitation de l'article 1104-2 de l'avant-projet Catala.

Dans l'avant-projet Catala¹⁷⁸, l'article 1104-1 prévoit que « Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination. De plus, l'article 1104-2 énonçant que « Le régime des accords destinés à aménager le déroulement ou la rupture des pourparlers, est soumis aux dispositions du présent sous-titre » élargie cette discipline aux autres instruments contractuels pendant les pourparlers. Ces textes visent en effet à la fois les dispositions générales à tout contrat et les dispositions spéciales à la négociation d'un contrat qui est pourtant dotée d'une certaine spécificité.

La fonction la plus importante de l'accord de principe par rapport à la responsabilité précontractuelle est que son existence facilite l'admission d'une faute dans la rupture de pourparlers. Par exemple, on pourrait concevoir de sanctionner l'auteur de la rupture qui se retirerait sans motif, tout simplement parce que, soudainement, il aurait changé d'avis sur le principe même d'un accord. Tel serait le cas de celui qui quitterait la table de négociation, non pas en à raison d'un désaccord sur le contenu du contrat projeté, mais tout simplement parce que tel serait désormais son bon vouloir.

¹⁷⁴ V. Cass. civ. 1, 18 sept. 2008, n° 07-11.017, prenant place au cours des pourparlers. Par exemple: Cass. civ.1, 10 déc. 1991, n° 90-11.520, Bull. civ. I, n° 346.

¹⁷⁵ Cass. com., 2 juill. 2002, n° 00-13.459, jugeant « qu'un accord de principe oblig(e) seulement la banque à poursuivre, de bonne foi, les négociations entreprises avec la SCI ».

¹⁷⁶ Avant-projet de la Chancellerie, juill. 2008, art. 22.

¹⁷⁷ Observations de GHESTIN Jacques, LPA, 12 février 2009, n° 31, p. 5.

¹⁷⁸ CATALA Pierre, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Paris, Doc. fr., 2006, p. 207.

En cas de faute dans l'exécution de l'accord de principe, l'auteur verra sa responsabilité contractuelle engagée¹⁷⁹ en raison de l'inexécution de l'engagement de négociateur. Nous pouvons raisonnablement imaginer que la réparation se limitera aux dommages-intérêts dus en raison de la perte de chance qu'avait la victime de voir aboutir les pourparlers, et les avantages qu'il pouvait obtenir avec la poursuite des négociations¹⁸⁰. Il ne semble pas que la sanction puisse consister dans une réparation en nature en raison de l'article 1142 du Code civil. Mais à la différence de l'hypothèse d'une rupture des pourparlers, il ne sera pas nécessaire de prouver la mauvaise foi ou l'intention de nuire de la partie qui a rompu. Dans la mesure où l'accord de principe n'oblige pas à conclure le contrat définitif, il ne s'agit que d'une obligation de moyens¹⁸¹ ; si les parties ne parviennent pas à trouver un accord sur les conditions du contrat projeté, aucune sanction n'accompagnera l'échec de la négociation. Dans la mesure, bien sûr, où le débiteur de l'obligation de négociateur se soit comporté de bonne foi¹⁸².

En *common law*, l'engagement d'utiliser les *best endeavours* ou *best efforts* est normalement qualifié comme un accord de négociation non contractuellement obligatoire par la jurisprudence anglaise. Mais ces accords qui prévoient l'obligation de mettre en œuvre les meilleurs efforts pour parvenir aux objectifs fixés par les précontractants, peuvent être juridiquement obligatoires s'ils ont un délai fixé et s'ils possèdent une *consideration*¹⁸³.

Dans l'hypothèse où les deux parties se sont engagées à négocier de bonne foi, cet accord mutuel est considéré comme une *consideration* suffisante. Cette hypothèse est illustrée par le juge Longmore de la *Cour of Appel* anglaise dans l'affaire *Petromec*¹⁸⁴. Ce juge a accepté que la disposition d'un accord visant la réforme d'un vaisseau, dans laquelle les parties s'accordent à négocier en bonne foi, rendait tous les frais additionnels des améliorations

¹⁷⁹ GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, La formation du contrat, n° 344 ; GÉNINET Mirène, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, Thèse, Paris II, 1985, n° 359 et s. ; FABRE Régis, Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTDCiv., 1983, n° 45 et s. ; CEDRAS Jean, L'obligation de négociateur, RTDCiv. 1985, p. 265.

¹⁸⁰ Cass. civ. 1, 8 oct. 1963, n° 60-10.501, Bull. civ. I, p. 359 ; Cass. civ. 3, 16 avr. 1973, n° 72-10.487, Bull. civ. III, p. 207.

¹⁸¹ ROZES Louis, Projets et accords de principe, RTDCom. 1998 p. 501 ; et Cass. soc. 19 déc. 1989, D. 1991. 62, note SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna ; RTDCiv. 1991. 330, obs. MESTRE Jacques.

¹⁸² Comp. la position sans nuance de Cass. soc., 24 mars 1958, JCP G, 1958, II, n° 10868, note CARBONNIER Jean, et l'interprétation relevée par Cass. com., 4 févr. 1986, n° 84-14.652, D. 1991, chr., p. 67, Annexe I à la chronique précitée de NAJJAR Ibrahim : à propos de la phrase « nous vous confirmons les accords pris pendant votre visite et vous accordons l'exclusivité pour toute la France... » ; cf., aussi, CA Versailles, 1^{re} ch., 30 avr. 1990 et CA Paris, 25^e ch., 15 févr. 1990, D. 1991, chr., p. 68, publiés en annexes II et III, chronique précitée, voir aussi GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, La formation du contrat, n° 344 ; CEDRAS Jean, L'obligation de négociateur, RTDCom., 1985. 265, spéc. n° 18.

¹⁸³ Sur cette notion, v. Walford c. Miles, Lord Ackner.

indemnisables, puisque la prévision de bonne foi n'était pas un simple engagement de négocier. Basé sur l'affaire *Walford c. Miles*, Lord Ackner n'a pas exclu la possibilité qu'un accord de négocier puisse contenir un accord sur les éléments essentiels du contrat, révélant la volonté des parties de s'engager, même si certains éléments n'ont pas été traités. Dans cette hypothèse, le juge peut compléter les lacunes non-essentiels du contrat.¹⁸⁵

B - Engagements supplémentaires

L'accord de principe peut aussi comporter des engagements supplémentaires. Il peut ainsi intégrer des clauses prévoyant, par exemple, des obligations d'exclusivité, de préférence et de confidentialité. Ces obligations précontractuelles peuvent aussi faire l'objet d'un contrat autonome qui a pour but d'organiser la négociation et cela en réglant ses détails et en créant certaines obligations pour les parties. Ces contrats sont souvent appelés « temporaires ». Ils ne prévoient donc ni le contenu du futur contrat, ni une obligation de négocier, ils n'ont que pour objet de créer des obligations qui lieront les parties durant la période des négociations.

Ainsi, dans la pratique du commerce international on trouve d'abord des contrats d'exclusivité qui visent à interdire au partenaire de mener des négociations parallèles pour le même contrat avec des tiers. Ils peuvent également se présenter de manière positive, c'est-à-dire que l'on oblige la personne à conclure le contrat uniquement avec une partie déterminée. Ces accords aboutissent à créer à la charge d'une ou des deux parties une obligation de négociation exclusive.

Les accords de confidentialité peuvent être conclus à l'occasion de la négociation de tous les types de contrats où il y a un échange d'informations, comme par exemple, les accords industriels tels que les contrats de *Know-How* ou les contrats de franchise, ou encore les opérations en bourse, entraînant pour la partie concernée une obligation de secret. Une partie est souvent amenée au cours des pourparlers à révéler à l'autre un élément de son savoir-faire, ne serait-ce que pour répondre à la curiosité légitime de son partenaire quant à l'intérêt de l'opération projetée. Dans ce cas, il faut éviter que le partenaire malhonnête ne divulgue à des

¹⁸⁴ *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras* (No.3), Court of Appeal (Civil Division) [2005] EWCA Civ 891.

¹⁸⁵ *Donwin Productions Ltd v EMI Films Ltd*, THE TIMES, March 9, 1984 ; v. aussi: *Tramtrack Croydon Ltd c. London Bus Services Ltd*, Queen's Bench Division, Commercial Court [2007] EWHC 107.

tiers les informations communiquées. Les formes de ces engagements sont variées : clause de confidentialité, engagement de secret ou *non-disclosure agreement*.

Pour conclure, envisageons le cas des contrats d'étude qui permettent aux parties d'envisager les différents éléments nécessaires à leur décision. Ils ont pour objet de visualiser les avantages ou les inconvénients d'une opération et peuvent ainsi conduire les pourparlers vers un échec ou un succès. Ces contrats d'étude sont parfois difficilement identifiables¹⁸⁶, et pour qu'ils puissent être considérés comme des éléments de la négociation, il faut qu'ils soient effectués par un des partenaires et qu'ils n'aient pas été conclus à titre principal. C'est le cas par exemple, des contrats d'ingénierie ou de publicité. À côté de ces contrats, il faut signaler certains accords que l'on pourrait qualifier « de modalités » qui prévoient uniquement le déroulement des pourparlers. Ainsi, certains peuvent établir le calendrier des négociations, d'autres les prises en charge financières liées à un éventuel échec des pourparlers.

Une autre variante de ce type de contrat peut être le pacte de préférence, par lequel l'une des parties reconnaît à l'autre un droit de priorité à conclure le contrat définitif, c'est-à-dire une sorte de droit de préemption d'origine conventionnelle.

Le pacte de préférence offre une priorité. Il oblige celui qui le souscrit à proposer prioritairement au bénéficiaire le contrat qu'il s'apprête à conclure avec un tiers¹⁸⁷. En plus d'une simple responsabilité de celui qui viole le pacte, un arrêt de Chambre mixte de la Cour de cassation, rendu le 26 mai 2006¹⁸⁸, est venu poser le principe selon lequel, « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». On comprend donc que, à défaut de mauvaise foi, il n'y a qu'une responsabilité, mais qu'en cas de mauvaise foi il y a non seulement nullité mais également substitution. Il paraît inconcevable que le juge oblige les parties à reprendre les négociations interrompues puisque cela contreviendrait aux dispositions

¹⁸⁶ Cass. com., 14 janvier 1992, RJDA, 1992, n° 421, p. 343 ; MOUSSERON Jean Marc, JCP E., 1992, Études et chroniques n° 199, p. 564.

¹⁸⁷ Sur l'ensemble de la notion de préférence, DESIDERI Jean-Pierre, La préférence dans les relations contractuelles, PU D'Aix-Marseille, 1997.

¹⁸⁸ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, nos 03-19.376 et 03-19.495, Bull. civ. ch. mixte, n° 4, v. commentaire de LAGARDE Xavier, De la période précontractuelle, RLDC, 2008, n°55.

de l'article 1142 du Code civil. En revanche, la « victime » avait déjà pu se voir allouer des dommages et intérêts de nature contractuelle¹⁸⁹.

S'agissant du pacte de préférence, l'avant-projet de la Chancellerie reprend la solution jurisprudentielle¹⁹⁰ (article 35, al. 2). Plus innovateurs sont les dispositifs qui permettent au tiers, qui présume l'existence d'un pacte de préférence, de mettre en demeure le bénéficiaire de confirmer son existence dans un délai raisonnable, à défaut de quoi le bénéficiaire ne pourra plus se prévaloir de la nullité à son égard (alinéa 3 et 4).

Enfin, à côté des instruments contractuels qui organisent la négociation, nous pouvons trouver les lettres d'intention qui constituent des formules à caractère contractuel variable et qui ont une grande importance pour la pratique du commerce international.

§3 - Formules à portée contractuelle discutée : les lettres d'intention

La lettre d'intention n'exprime qu'un projet à confirmer, mais d'origine unilatérale. Ni l'accord de principe, ni la lettre d'intention ne peuvent être confondus avec la lettre de confort ou le cautionnement. L'abus de langage qui caractérise les débats en matière de lettre de confort doit être ici écarté¹⁹¹. L'accord de principe et la lettre d'intention véritable, distincte de la lettre de confort¹⁹², paraissent obéir à une problématique unique. Mais la lettre d'intention est de nature unilatérale, alors que l'accord de principe suppose déjà une rencontre de volontés pour le cas où la confirmation intervient.

Le terme « lettre d'intention » se réfère à des documents de formes diverses comme une lettre, un courrier ou une déclaration, dans laquelle son auteur déclare son intention de poursuivre une négociation et de parvenir à un accord plus ou moins déterminé, ou de préciser un point de cette négociation ou bien encore de faire le point sur la négociation en cours¹⁹³.

¹⁸⁹ CA Paris, 7 novembre 2002, RTDCiv. 2003, p. 77, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand.

¹⁹⁰ Cass. civ. 3, 30 avr. 1997, D. 1997, p. 475, note MAZEAUD Denis, n'admettant que la sanction des dommages-intérêts, rendu au visa de l'article 1142 ; v. aussi Cass. civ. 1, 4 mai 1957, Bull. civ. I, n° 197, admettant comme seule sanction l'attribution de dommages-intérêts et refusant la substitution au tiers acquéreur.

¹⁹¹ NAJJAR Ibrahim, L'accord de principe, D. 1991, p. 57.

¹⁹² NAJJAR Ibrahim, L'autonomie de la lettre de confort, D. 1989, chron. 217.

¹⁹³ Une définition donnée par des juristes anglais permet une définition plus large: « les lettres d'intention sont soit des accords pour contracter soit des mises en mémoire d'une négociation »: DRAETTA Ugo et LAKE Ralph, Lettres d'intention et responsabilité contractuelle, RDAI 1993, spéc. p. 836. La définition est d'importance dans la mesure où le droit anglais ne semble pas accorder la même attention que le droit français aux phases de

L'ordonnance n° 2006-346, du 23 mars 2006, a intégré au Code civil une définition de la lettre d'intention dans le nouvel article 2322 et l'a qualifiée de sûreté personnelle. Ce dispositif restreint le terme « lettre d'intention » au document émis à titre de garantie, connu auparavant sous le terme lettre de « confort », de « parrainage », de « patronage » ou « d'apaisement »¹⁹⁴. Ainsi, la consécration légale de la dénomination de « lettre d'intention » en droit des sûretés devrait conduire à renoncer à l'utilisation de cette expression au stade des pourparlers¹⁹⁵, en faveur d'appellations comme lettre de « cautionnement », d'« engagement moral », de « soutien » ou tout simplement elles existeront en demeurant innommées. Il faut donc aujourd'hui, plus que jamais, s'intéresser aux termes précis retenus dans ce genre de documents pour en déterminer la portée et les effets. Pour des raisons de clarté, nous continuerons ici à adopter les appellations d'avant la loi du 23 mars 2006, afin de pouvoir distinguer clairement la lettre d'intention, comme elle est encore connue dans la plupart des systèmes juridiques nationaux – *letter of intent* –, de la lettre de confort, désormais appelée lettre d'intention par le Code civil.

Au stade des pourparlers, les lettres d'intention, qui se distinguent des lettres de confort (C) sont normalement émises à un moment où les parties sont encore loin d'être parvenues à un accord puisqu'elles constituent en général l'une des premières étapes des négociations. Elles sont donc en principe dépourvues de toute force obligatoire¹⁹⁶. C'est d'ailleurs ce que les négociateurs tentent parfois d'assurer en assortissant ces documents de formules de non-engagement démontrant leur volonté de situer leurs relations dans le non-droit¹⁹⁷ (A). En effet, la force obligatoire des lettres d'intention va dépendre de leur contenu car

pourparlers, selon une théorie dite du « tout ou rien ». Ainsi, « il n'y a pas d'obligation de négocier en droit anglais en l'absence d'un contrat[...]. A moins qu'une lettre d'intention ne soit considérée comme constituant un contrat complet, les tribunaux anglais n'imposent pas de responsabilité » (Ibidem), même si une évolution semble se dessiner. Sur l'ensemble du sujet: PARIENTE Maggy, Les lettres d'intention, in Mélanges Y. Guyon, 2003, Dalloz ; BENATTI Francesco, Sulla Natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali, Contratto e Impresa, saggi, 1994, p. 1101.

¹⁹⁴ Sur cet aspect de la réforme, v. notamment RONTCHEVSKY Nicolas, Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles, D. 2006, p. 1303 ; STOUFFLET Jean, La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention, Rev. sociétés, 2006, p. 473.

¹⁹⁵ V. en ce sens, HOUTCIEFF Dimitri, La garantie autonome et la lettre d'intention, JCP G, 2006, suppl. au n° 20 du 17 mai 2006, p. 21.

¹⁹⁶ Cf. LABARTHE Françoise, La notion de document contractuel, LGDJ, 1994, Coll. Bib. Droit privé, n° 23.

¹⁹⁷ FONTAINE Marcel et DE LY Filip, Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses, Bruylant, 2007, p. 28.

s'il apparaît qu'elles comportent en réalité d'ores et déjà des engagements fermes et définitifs, elles pourront de ce fait être requalifiées en contrats.¹⁹⁸ (B)

A - La lettre d'intention pure

Toute force obligatoire est déniée aux lettres d'intention qui expriment uniquement l'intention de conclure un accord dans lequel les éléments essentiels du contrat définitif restent indéfinis. Dans ce cas, il est possible de parler de lettres d'intention « pures », dénomination préférée à celle de lettre d'intention proprement dite, pour ne pas les confondre avec la nouvelle lettre d'intention de l'article 2322 du Code civil.

Le plus souvent la lettre d'intention manifeste l'intention de négocier et l'on a raison d'écrire que « l'existence d'une lettre d'intention intensifie l'obligation de négocier de bonne foi »¹⁹⁹. Encore prendra-t-on garde de ne pas confondre intention et obligation de négocier²⁰⁰. Si la plupart des lettres d'intention s'inscrivent dans une négociation sans arrière-pensée et s'accompagnent donc d'une obligation de négocier de bonne foi, certaines sont beaucoup plus en retrait et révèlent une simple intention d'entrer en pourparlers. Selon certains auteurs, il s'agit d'une sorte de période « ante-précontractuelle »²⁰¹.

La lettre d'intention ne révèle la volonté que d'un seul des négociateurs. Elle pourra servir alors de fondement, pour son destinataire, à une action en responsabilité fondée sur une négociation de mauvaise foi ou sur sa rupture brutale, empruntant en cela aux règles de la responsabilité délictuelle²⁰².

Il n'est pas question non plus d'un contrat lorsque les parties ont déclaré que leurs obligations dépendent de la signature d'un document formel à rédiger. Dans les relations internationales cette clause est connue sous le nom de *subject to contract*. Une telle clause a pour conséquence de différer les obligations des parties jusqu'à la signature. Malgré le principe

¹⁹⁸ Pour un aperçu de la grande diversité des lettres d'intention et de leur portée, v. les nombreux exemples cités par FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2007.

¹⁹⁹ DRAETTA Ugo et LAKE Ralph, *Lettres d'intention et responsabilité contractuelle*, RDAI, 1993, p. 850.

²⁰⁰ MAZEAUD Denis, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée*, Dr. et patr., 1996, juillet-août, p. 44

²⁰¹ MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, *L'avant-contrat*, 2001, Francis Lefebvre, n° 405, p. 241.

²⁰² CA Paris, 13 déc. 1984, RTDCiv. 1985, p. 97, obs. MESTRE Jacques.

du consensualisme de notre droit, rien n'empêche les parties de faire dépendre la formation du contrat de la rédaction d'un écrit.

B - La lettre d'intention contractuelle

Un doute subsiste, cependant, sur les lettres d'intention qui font le point sur une négociation en cours et qui constatent un accord sur un point particulier²⁰³, obligeant à ne pas remettre en cause les éléments acquis et à poursuivre la négociation de bonne foi, traduisant sa valeur contractuelle. Ces lettres d'intention auront été échangées par les deux partenaires à la négociation. De la rencontre des volontés pourra être identifié un contrat de négociation utilisé par la pratique sous des noms divers, notamment celui de protocole d'accord ou d'accord de principe.

Du moment où les lettres d'intention sont des engagements de portée variable, il existe un risque de requalification de ces documents²⁰⁴. Cette lettre pourra soit être requalifiée en contrat, si elle révèle un engagement sur les éléments essentiels du contrat définitif, ou en accord de principe, s'il ressort de ses termes que les parties se sont véritablement engagées à négocier²⁰⁵. Si les lettres d'intention sont par nature unilatérales et non contractuelles, elles ont tendance, tout aussi naturellement, à comprendre des engagements juridiques, passant de l'intention simple au contrat de négociation voire au contrat négocié lui-même²⁰⁶.

Toute la difficulté va donc être de rechercher ce qu'ont véritablement voulu les intéressés. Il est de principe que les juges ne sont pas liés par la dénomination retenue par les parties pour qualifier un acte juridique : ils doivent, le cas échéant, lui substituer la qualification convenable compte tenu de la réelle volonté des parties. Ce rôle des juges trouve classiquement à s'exercer à propos des lettres d'intention.

²⁰³ V. exemple cité par FONTAINE Marcel, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, DPCI, 1977, p. 773 et s., cas 10 et 11.

²⁰⁴ OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, p. 107 et s. ; BAILLOD Raymonde, Les lettres d'intention, RTDCom. 1992, p. 547 et s.

²⁰⁵ V. par exemple Cass. com., 2 juill. 2002, n° 00-13.459, RTDCiv., 2003, p. 76, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand.

²⁰⁶ FONTAINE Marcel, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, DPCI, 1977, p. 76-77. V. aussi: LONCLE Jean-Marc et TROCHU Jean-Yves, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI 1997, p. 6.

C'est bien cette ambiguïté terminologique qui avait été soulevée dès les premiers litiges qui se sont élevés en la matière. La Cour de cassation, y décelant un véritable engagement, a considéré que « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire »²⁰⁷, possibilité que le législateur a désormais consacrée à l'occasion de la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006. Encore récemment, la Cour de cassation a estimé, dans une hypothèse voisine où un pacte d'actionnaires avait été conclu, aux termes duquel les actionnaires majoritaires d'une société s'engageaient à céder vingt pour cent du capital social à un tiers et « à faire en sorte que les besoins de trésorerie de la société soient assurés au mieux », que ce pacte constituait une obligation de résultat à la charge des actionnaires²⁰⁸.

*C - La lettre de confort*²⁰⁹

Une autre catégorie d'instrument, appelée de manière erronée parfois lettre d'intention²¹⁰, se retrouve fréquemment dans certaines négociations d'opérations de « fusion », d'acquisition d'entreprise ou de rapprochements. Ces lettres sont une création de la pratique des affaires et un « signe de la solidarité financière qui unit les sociétés d'un même groupe »²¹¹. D'origine anglaise, elles sont apparues en France au début des années soixante-dix²¹², dans un

²⁰⁷ Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85-13.173, Bull. civ. IV, n° 281, D. 1989, p. 112, note BRILL Jean-Pierre, JCP G 1988, II, n° 21113, concl. MONTANIER.

²⁰⁸ Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.882, Bull. civ. IV, n° 62, JCP E, 2007, n° 1661, note DESCORPS DECLERE Frédéric, D. 2007, p. 807, obs. DELPECH Xavier ; sur la formule voisine « faire le nécessaire » en matière de lettres d'intention, v. RONTCHEVSKY Nicolas, Faire le nécessaire..., in Mélanges SIMLER Philippe, Litec-Dalloz, 2006, p. 417.

²⁰⁹ V. sur le sujet: CABRILLAC Michel et MOULY Christian, Droit des sûretés, 6^e éd. Litec, 2002, n° 483 ; SIMLER Philippe, Cautionnement et garantie autonome, 3^e éd., Litec, 2000, n° 1024 ; BAC, La lettre d'intention ou le dilemme liberté/sécurité, in Lettres d'intention de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. et patr., janvier 1999, doctr., p. 52 ; DELEBECQUE Philippe, note sous Cass. com., 8 novembre 1994, Rev. sociétés, 1995, p. 64 ; MAZEAUD Denis, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, Defrénois 1999, article 37008, p. 740. Contre : BAILLOD Raymonde, Les lettres d'intention, RTDCom 1992, p. 560 ; MESTRE Jacques, Observations de clôture : les lettres d'intention, une zone d'aménagement contractuel, in Lettres d'intention de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. et patr., janvier 1999, doctr., p. 62 ; LARROUMET Christian, note sous Cass. com., 23 octobre 1990, JCP E, 1991, 154 ; AYNES Laurent, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, D. 1999, jur., p. 577 ; GUIDERDONI Bénédicte, La lettre de confort : entre cautionnement et obligation de moyens, sur l'arrêt Cass. com., 9 juillet 2002, LPA, 10 juin 2003 n° 115, p. 11.

²¹⁰ NAJJAR Ibrahim, L'autonomie de la lettre de confort, D. 1989, chron., p. 217 et s.

²¹¹ MAZEAUD Denis, Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire, la lettre d'intention, in Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique, D. 1999, p. 342.

²¹² DUMAS Jean-Pierre, Le point sur la jurisprudence relative à la lettre d'intention, in Lettres d'intention de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. et patr., janvier 1999, doctr., p. 53.

contexte de crise des « sûretés ». Leur développement semble s'expliquer par la volonté des sociétés-mères de renforcer le crédit de leur filiale sans pour autant être soumises aux contraintes inhérentes au droit des sûretés et des sociétés. Les sociétés-mères souhaitent éviter de souscrire un engagement aussi contraignant que celui résultant d'un cautionnement et par conséquent, échapper aux règles qui s'appliquent à cette garantie comme l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance²¹³. On avait coutume de dire que seule l'analyse de la lettre d'intention permettait de mesurer l'étendue de l'engagement du confortant²¹⁴.

La jurisprudence semble en outre aujourd'hui remettre en cause cette distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat qu'une partie de la doctrine n'a jamais accueillie avec enthousiasme²¹⁵. Selon des décisions récentes en dates du 26 février 2002²¹⁶, du 9 juillet 2002²¹⁷ et du 19 avril 2005, constitue une obligation de résultat et non de moyens, l'engagement souscrit par une société de « faire le nécessaire » pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante afin de faire face à ses engagements à l'égard d'une banque.

Introduit par l'ordonnance du 23 mars 2006, le nouvel article 2322 du Code civil pose la définition légale de la lettre d'intention. Il s'agit de « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

La consécration opérée n'est cependant qu'une consécration partielle du droit positif sur cette question. Certaines lettres ne comportaient qu'un simple engagement moral²¹⁸ n'entraînant aucune obligation juridique ; d'autres mettaient à la charge du confortant un engagement juridique revêtant la forme d'une obligation de moyens²¹⁹ ; d'autres encore

²¹³ Voir RIFFARD Jean-François, Lettres d'intention ou de confort, J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse, fasc. 741, 2002, § 9-10 ; v. aussi FRANCOIS Jérôme, Droit civil - Les sûretés personnelles, t. VII, Economica, 2004, p. 409.

²¹⁴ Cf. PIETTE Yves, Mystères et paradoxes des lettres de confort, Bull. Joly 2003, p. 528, n° 108.

²¹⁵ Voir CABRILLAC Michel et MOULY Christian, Droit des sûretés, 6^e éd. Litec, 2002, n° 483. Ces auteurs critiquent la pertinence de cette distinction tant au plan théorique qu'au plan pratique.

²¹⁶ V. Cass. com., 26 février 2002, Sofiber, D. 2002, jur., p. 1273, obs. LIENHARD Alain ; JCP E 2002, p. 1003, note LEGEAIS Dominique.

²¹⁷ Voir Cass. com., 9 juillet 2002.

²¹⁸ Cf. OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, chron. p. 107.

²¹⁹ Cass. com., 18 avril 2000, D. 2001, somm. p. 700, obs. AYNES Laurent ; JCP G 2001. I. 315, n° 10, obs. SIMLER Philippe: « Mais attendu que, recherchant la commune intention des parties, la CA qui, par une appréciation exempte de dénaturation, a retenu que la société n'avait pris aucun engagement de se substituer purement et simplement à ceux de sa filiale à l'égard des banques pour le cas où celle-ci serait défaillante, a pu en déduire que la société était tenue d'une obligation de moyens ».

renfermaient une obligation de résultat²²⁰ ; d'autres enfin portaient de véritables cautionnements ou encore des garanties à première demande²²¹. Une requalification devait alors être envisagée²²².

La définition retenue à l'article 2322 du Code civil ne permet pas d'appréhender la lettre d'intention intervenant dans les relations précontractuelles visant à négocier de bonne foi les termes d'un éventuel futur contrat. La consécration légale de la dénomination de « lettre d'intention » en droit des sûretés, avant connu comme lettre de confort, d'apaisement ou de patronage, devrait conduire à renoncer à l'utilisation de cette expression au stade des pourparlers²²³.

L'article 2287-1 du Code civil retient aussi une qualification, il affirme que « Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention ». L'analyse de la lettre d'intention comme une sûreté personnelle semble marquer la fin des lettres de confort dépourvues d'engagement juridique. La définition retenue est également l'occasion d'une distinction très nette avec d'autres sûretés personnelles et tout particulièrement avec le cautionnement. Il s'agit assurément d'un contrat unilatéral. En revanche, elle ne saurait être un engagement d'honneur, pas plus qu'elle ne peut être un cautionnement.²²⁴

Mme Pomart pose la question de savoir si l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas porté un coup de grâce aux lettres d'intention.²²⁵ On peut effectivement douter que l'idée de la consécration légale de la lettre d'intention ne soit véritablement pertinente, et certains auteurs

²²⁰ V. jurisprudence Lordex, Cass. com., 9 juillet 2002, LPA, 2002, n° 202, p. 15, obs HOUTCIEFF Dimitri ; JCP G 2003, I, p. 124, n° 11, obs. SIMLER Philippe. Revirement par rapport à la jurisprudence Sony, Cass. com., 26 janvier 1999, Bull. civ. IV, n° 31. La jurisprudence avait cependant pris soin de préciser qu'une lettre d'intention comportant une obligation de résultat ne devait pas nécessairement être analysée en un cautionnement.

²²¹ V. exemples de lettres d'intention en droit des sociétés: BARRÉ Xavier, La lettre d'intention (technique contractuelle et pratique bancaire), Economica, 1995.

²²² BAILLOD Raymonde, Les lettres d'intention, RTDCom. 1992, p. 547 ; PIEDLIEVRE Stéphane, L'efficacité des lettres de confort, Dr. et pat. 1996/1, p. 56 ; SAINT-ALARY Bertrand, La lettre d'intention, Dr. & pat. 1995/7-8, p. 30 ; LAUDE Anne, La reconnaissance par juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, n° 694 et s.

²²³ V. en ce sens, HOUTCIEFF Dimitri, La garantie autonome et la lettre d'intention, JCP G, 2006, suppl. au n° 20 du 17 mai 2006, p. 21.

²²⁴ Avant la réforme, des hésitations s'étaient développées autour du caractère autonome de la lettre d'intention. Ces interrogations semblent trouver une réponse. La lettre d'intention n'apparaît pas comme une sûreté accessoire, l'ordonnance s'efforce de la distinguer du cautionnement. La société mère ne s'acquitte pas de la dette d'autrui mais exécute une obligation qui lui est personnelle.

²²⁵ POMART Cathy, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, LPA, 27 mars 2008 n° 63, p. 19.

ont émis des regrets à ce sujet²²⁶. Cette consécration s'inscrit semble-t-il en contradiction avec l'esprit du mécanisme et constitue une entrave à la grande liberté qui le caractérisait. Le succès de la lettre d'intention s'explique précisément par sa souplesse en comparaison avec la rigidité du cautionnement. L'originalité des lettres d'intention et toute leur efficacité réside dans « l'imprécision des termes définissant l'obligation de « garant » qui cherche à n'en pas être un »²²⁷.

Toutefois, les formes de lettres d'intention que l'on rencontrait avant la réforme, mais qui ne correspondent pas à la définition restrictive retenue par le législateur, ne disparaîtront sans doute pas²²⁸. Elles cesseront toutefois d'être dénommées lettres d'intention au sens strict pour être désignées par les appellations de cautionnement, d'engagement moral ou de lettre de soutien ou tout simplement, elles existeront en demeurant innommées. Plus que jamais, il faut relever l'importance des termes précis retenus dans l'engagement pour en déterminer la portée et les effets. Certains commentateurs de la réforme prédisent un avenir radieux à d'autres mécanismes qui permettront de contourner les exigences de la définition et de la qualification légales de la lettre d'intention²²⁹.

Non seulement la diversité de formes de lettres d'intention crée une insécurité sur sa qualification et sa force obligatoire, mais de plus des lettres d'intention à contenu identique, pourront, selon les systèmes juridiques interrogés, avoir une force obligatoire variable. Selon les systèmes juridiques, cette qualification de la lettre pourra être celle d'un contrat, d'un simple fait juridique, ou encore d'un engagement unilatéral. Les systèmes anglais, canadien, américain et allemand sont présentés comme globalement défavorables à tout effet contraignant des lettres d'intention²³⁰. Par exemple, selon le droit américain, il s'agit seulement d'un engagement unilatéral qui sanctionne le défaut de respect de certaines promesses par une action de type *promissory estoppel* qui implique une telle qualification juridique de la lettre, d'après le §90 du

²²⁶ Voir RTDCom. 2006, p. 421, note LE CANNU.

²²⁷ Cf. CABRILLAC Michel et MOULY Christian, Droit des sûretés, 6^e éd. Litec, 2002, n° 474.

²²⁸ POMART Cathy, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, LPA, 27 mars 2008 n° 63, p. 19.

²²⁹ Voir LEGAIS Dominique, Réforme des sûretés (ordonnance du 23 mars 2006), RTDCom., 2006, p. 637.

²³⁰ Voir les références dans WITTUHN, Comparative note on comfort letters, Mc Gill Journal, 1990, p. 490 et s. et SANTA-CROCE Muriel, Contrats internationaux, Juris-Cl. dr. intern., fasc. 552-5, n° 51.

*Restatement second of contracts*²³¹. D'où l'importance de l'analyse des critères de détermination du caractère international des pourparlers.

Ayant établi le commencement et la fin des pourparlers internationaux, ainsi que les formules qui peuvent en faire partie, comme certains engagements d'honneur et certaines lettres d'intention, il faudra maintenant déterminer le régime juridique applicable à la responsabilité précontractuelle dans le commerce international.

Pour cela, le juge français, après avoir délimité les contours de la matière couverte par la responsabilité précontractuelle, va devoir constater d'abord l'internationalité des pourparlers, par la présence d'éléments d'extranéité propres à la responsabilité précontractuelle.

Cette internationalité est source d'insécurité et de risques importants pour les précontractants. Il est donc important de définir un régime des contrats internationaux qui transcende la diversité culturelle pour garantir une communauté de principes contractuels fiables, ce qui contribuera à atténuer la méfiance des parties. Il est ainsi nécessaire de créer des instruments qui permettent aux parties de régler leurs différends sans encourir les risques inhérents à la discontinuité des ordres juridiques.

S'il n'existe pas encore une harmonie dans le droit matériel applicable à la responsabilité précontractuelle, il en est désormais différemment en droit international privé. Le législateur européen a élaboré un texte fondamental pour subvenir à la demande de sécurité juridique et ainsi favoriser les échanges internationaux : le règlement Rome II sur la loi applicable à l'obligation non-contractuelle.

²³¹ JOBARD-BACHELIER Marie-Noëlle, Les lettres d'intention en droit international privé (communication), Tr. Com. Fr. Dip, 1994-1995, p. 135.

SECONDE PARTIE - LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL : APPROCHE DU JUGE FRANÇAIS

Le règlement CE 593/2008, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (ci-après, Rome II)²³², réalise une heureuse harmonisation des règles de conflit des États membres dans un domaine aussi important que celui des délits. Il est également salubre, sous l'angle de la sécurité juridique, qu'une place seulement restreinte soit accordée au principe de proximité (Titre II). Cependant, pour évaluer les conséquences de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international, il faut vérifier d'abord que le litige est international et qu'il relève de ce domaine²³³. La question de qualification est préalable à la détermination de la loi applicable pour traiter au fond les conséquences de cette situation illégale (Titre I).

²³² L 199/46 FR Journal officiel de l'Union européenne 31.7.2007

²³³ MANKOWSKI Peter, Die Qualifikation der culpa in contrahendo - Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, IPRax 2003, Heft 2, p. 127 ; PAINCHAUX Mélanie, La qualification sui generis: l'inqualifiable peut-il devenir catégorie?, RRJ, 2004-3, p. 1567.

TITRE I - LA DIVERGENCE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

En droit international privé, la qualification consiste à rechercher à quelle catégorie juridique se rattache la situation internationale qui suscite un conflit de lois. La qualification est une opération essentielle puisqu'elle permet de déterminer, parmi les règles de conflit, celle qui désignera la loi applicable.²³⁴

Nous avons déjà mentionné que si les pourparlers sont placés sous le signe de la liberté contractuelle et celui de l'autonomie de la volonté, la liberté n'est toutefois pas absolue et se trouve restreinte soit par des obligations d'ordre général à l'instar du devoir de négocier de bonne foi, soit par des obligations conventionnelles. La période précontractuelle est susceptible de susciter la responsabilité délictuelle dans la première hypothèse, ou la responsabilité contractuelle, au sens strict, dans la seconde. Pour notre thèse, nous intéressons uniquement la responsabilité précontractuelle d'origine extracontractuelle.

Même si nous adoptons ici l'approche du juge français, afin de mieux comprendre la spécificité de son approche il est nécessaire de la confronter à celle de certains de ses voisins. La mise en œuvre du droit international privé, tenant compte des finalités socio-économiques poursuivies pour les normes juridiques de chaque catégorie de responsabilité civile, ainsi que les valeurs et les principes que l'inspire, va déterminer le régime le plus adapté à chaque hypothèse de responsabilité précontractuelle (Chapitre 1). Pour arriver à la détermination du régime de responsabilité civile plus approprié à la période précontractuelle, il faut préalablement établir sur quelle méthode de droit international privé va se réaliser la qualification (Chapitre 2).

²³⁴ BARTIN Étienne, La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des conflits de lois, dans *Rec. des Cours*, tom. 31, pp. 565 s. ; DESPAGNET, De conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, *JDI* 1898, pp. 253 s., RABEL Ernst, Das Problem der Qualifikation, dans *Rabel's Z.* 1931, pp. 241 s. et Le problème de la qualification, dans *RCDIP*, 1933, pp. 1-62 ; RIGAUX François, La théorie des qualifications en droit international privé, Bruxelles, Larcier, 1956, pp. 198 s. ; ANCEL Bertrand, L'objet de la qualification, *JDI* 1980, pp. 227 et s. ; AUDIT Bernard, Qualification et droit international privé, *Rev. Droits*, 1993, pp. 55-66 ; DROZ Georges, Regards sur le droit international privé comparé, *Rec. cours La Haye*, vol. 229, 1991-IV, p. 322 et s. ; PAPAUX Alain, Essai philosophique sur la qualification juridique ; De la subsumption à l'abduction, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; TONOLO Sara, Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi, Milan, Giuffrè, 2003.

CHAPITRE 1 - LES THEORIES SUR LA QUALIFICATION DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Les catégories de responsabilité contractuelle et délictuelle ont comme trait commun la fonction de réparation d'un dommage. Néanmoins, elles se distinguent aussi bien sur le plan des règles de procédure applicables – preuve et prescription –, que sur celui des règles gouvernant la réparation du préjudice – préjudices réparables et montant des dommages et intérêts – ces dernières plus largement entendues dans le second cas que dans le premier²³⁵. Dans ce sens, l'enjeu de la détermination de la qualification de la responsabilité précontractuelle est essentiel dans le commerce international.

La distinction entre les régimes contractuel et extracontractuel est intéressante car la matière contractuelle présente des spécificités qu'il convient de respecter y compris durant la période étudiée. Ces différences sont dues à la diversité de cultures, de situations sociales génératrices de ces responsabilités, des biens juridiques par elles protégées ainsi qu'à la diversité des fonctions socio-économiques que ces responsabilités exercent dans chaque système. Même dans des pays avec des systèmes politiques semblables, comme dans le cas de l'Europe occidentale, les différentes conceptions par rapport à la distribution des richesses sociales et la place de l'intervention de l'État dans la vie des particuliers ont des effets sur plusieurs domaines du droit privé, notamment de la responsabilité civile.

Les deux formes de responsabilité subissent de la part de la doctrine et de la société certaines pressions qui la déforment et les éloignent des types classiques de responsabilité. Ainsi, on peut vérifier une tendance expansive de la responsabilité contractuelle, ou fugue vers le contrat, dans le droit allemand et une tendance expansive de la responsabilité délictuelle, fugue vers le délit, dans les droits anglais et américain.

La première a pour origine certaines limitations du droit délictuel allemand, qui ont conduit aux besoins d'élargissement du domaine objectif et subjectif des règles de responsabilité contractuelle à travers des formules comme « le contrat avec efficacité protectrice de tiers » ou « la liquidation de dommages subis par un tiers » ; ainsi que l'élargissement de devoirs dans le domaine contractuel, au-delà de ceux prévus par les parties

²³⁵ MONATERI Pier Giuseppe, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998 ; SACCO Rodolfo, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia ; culpa in eligendo e apparenza*, Riv. dir. comm., 1951, II, p. 82 ;

dans le contrat. Le moteur principal de ces développements est la clause générale de bonne foi prévue à l'article 242 du Code civil allemand – *Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après, BGB).

La deuxième tendance résulte de la soumission du contrat, en *common law*, aux conditions de la *privity* et, avec moins d'intensité, de la *consideration*. En absence de ces conditions il devient impossible d'indemniser selon la responsabilité contractuelle, par exemple, les dommages patrimoniaux subis par celui qui a reçu gratuitement avec négligence une mauvaise information. Mais si entre les parties il y a une suffisante *proximity*, la jurisprudence anglaise et américaine admettent la réparation *in tort* de ces dommages.

Ces phénomènes n'ont pas leur pendant dans des systèmes, comme le français, qui adoptent une clause générale de responsabilité délictuelle dans laquelle nous ne pouvons trouver ni les biens juridiques protégés ni les caractères qui rendent l'acte illicite. Dans ce type de système l'objectif principal est de garder la responsabilité délictuelle dans des limites raisonnables, étant pour cela essentielle la règle du non-cumul de responsabilités.

On constate aujourd'hui également un mouvement dans plusieurs systèmes juridiques vers l'équivalence des effets de deux catégories de responsabilité civile. Pour cela les législateurs ont recours à plusieurs techniques : dans certains systèmes l'obligation d'indemniser est réglemantée en termes généraux, indépendamment de sa source²³⁶, tout en établissant des règles supplémentaires pour chacune des catégories de responsabilité civile²³⁷. D'autres systèmes préfèrent prévoir des règles plus spécifiques pour la responsabilité contractuelle²³⁸ qui s'appliquent aussi en partie à la responsabilité délictuelle²³⁹. Enfin, d'autres systèmes préfèrent mettre l'accent sur la réglementation de la responsabilité délictuelle, ces règles pouvant être renvoyées à la discipline de la responsabilité contractuelle²⁴⁰.

Cependant, si l'on réalise une analyse comparative, on peut voir que dans la plupart des systèmes juridiques il existe une grande différence entre les aspects plus importants de ces

²³⁶ C'est le cas des §§249 à 255 du BGB.

²³⁷ Le BGB insère des règles supplémentaires pour la responsabilité délictuelle dans les paragraphes 842 à 853. Et le Code civil portugais inclut des règles supplémentaires relatives à la responsabilité contractuelle dans les articles 798 à 800, 806, 807 et 809 à 812.

²³⁸ Le Code civil français aux articles 1142 à 1155.

²³⁹ C'est qu'arrive dans les hypothèses des articles 1149, 1151 et 1153, paragraphe 1^{er}, conforme TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd., 2005, p. 687. CARBONNIER Jean, Droit civil, t. 4, Les obligations, PUF, 2004, pp. 362 et 373.

²⁴⁰ C'est l'hypothèse vérifiée dans le droit suisse en fonction de l'article 99, n.3, du Code des obligations qui dispose : « Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle ». Le Code civil portugais fait aussi utilisation de cette même technique à travers l'article 799, n. 2, du Code civil.

deux catégories. De fait, la définition du dommage, de l'exigence de faute, les responsables de l'obligation d'indemniser, les régimes de prescription et caducité, la transmissibilité des dommages-intérêts, le tribunal compétent et la loi applicable. On peut ainsi constater l'importance de la qualification de la responsabilité précontractuelle dans les régimes de la responsabilité contractuelle (Section 2), de la responsabilité délictuelle (Section 4), ou même dans une nouvelle catégorie (Section 3). Mais avant de procéder à la qualification du litige portant sur les pourparlers, il faut vérifier que ces pourparlers sont bien internationaux (Section 1).

SECTION 1 - L'INTERNATIONALITE DES POURPARLERS

Ayant vérifié l'existence des pourparlers et ses contours, le juge français aura recours à la procédure de droit international privé uniquement s'il constate que ces pourparlers sont bien internationaux. Pour cela il faut déterminer le mécanisme d'appréciation de l'internationalité des pourparlers (§1), et les éléments pour rendre objective cette appréciation (§2).

§1- Critères d'internationalité des pourparlers

Une relation internationale qui présente pour l'organe saisi, on suppose ici le juge français, un élément d'extranéité jettera le doute sur la compétence de la loi française. C'est alors le droit international privé qui apportera les solutions aux problèmes inhérents au caractère international des relations juridiques privées.

En pratique, les juges sont appelés dans chaque cas d'espèce, à relever l'absence ou la présence d'éléments d'extranéité pour faire passer des pourparlers du plan juridique interne au plan juridique international. L'élément d'extranéité est l'élément par lequel le litige, dans notre hypothèse précontractuel, est en contact, ne serait-ce que partiellement, avec un ordre juridique étranger.

À cet égard, le règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelle Rome II dispose qu'il s'applique « dans les situations comportant un conflit de lois », c'est-à-dire à « des situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à la vie sociale interne d'un pays et qui donnent vocation à s'appliquer à plusieurs

systèmes juridiques »²⁴¹. La formule retenue reproduit exactement celle utilisée à l'article 1^{er} de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les rédacteurs de cette dernière s'étant abstenus de toute définition du contrat international.

Quant à la Convention de Rome, des auteurs avaient justement fait remarquer que, contrairement aux apparences, cette convention pouvait en réalité s'appliquer à des contrats purement internes²⁴². Une clause d'*electio juris* en faveur d'un droit étranger suffisait à fonder l'application de cette Convention à un contrat purement interne, ce choix suffisant pour internationaliser le contrat. Il n'existe aucune raison de penser qu'il en ira autrement sous l'empire du règlement, qui pourrait donc s'appliquer à des situations dénuées d'internationalité.

Toujours est-il que, pour regrettable qu'elle puisse sembler en matière contractuelle, la solution retenue par la Convention de Rome présente le mérite d'éviter qu'un contrat purement interne à l'origine et qui serait délocalisé par la suite, par exemple en raison du déplacement d'une partie dans un autre État, soit soumis à une loi autre que celle que les contractants avaient pu initialement envisager. C'est peut-être ce qui explique la pratique consistant à introduire une clause de choix de loi, généralement en faveur du droit du for, dans les contrats purement internes. L'approche ne paraît pas vraiment choquante dans le domaine des obligations extracontractuelles, les intéressés n'ayant pas en principe choisi *a priori* la loi régissant leur relation.

Il est vrai que l'hypothèse pourrait néanmoins se concevoir en cas de rupture des pourparlers, les parties envisageant leur rupture dans l'optique d'un droit étranger. Ce choix de lois provoquerait alors l'application du Règlement. Mais il faut alors aussitôt préciser que, devant une telle occurrence, les rédacteurs de celui-ci ont, à l'instar de ceux de la Convention de Rome, prévu que « lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord » (article 14, § 2).

²⁴¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles présentée par la Commission le 22 juillet 2003, p. 9.

²⁴² GAUDEMET-TALLON Hélène: « La convention paraît bien applicable à un contrat qui, objectivement présente les caractères d'un contrat interne, mais auquel les parties ont conféré un caractère international en le soumettant à une loi étrangère », J.-Cl. Europe, fasc. 3200, n° 51. En ce sens également, évoquant à ce propos le « laxisme » de la Convention : MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, Montchrestien, Domat, 2004, n° 700.

La question se pose néanmoins de savoir ce à quoi correspondent « ces dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». Il s'agit à l'évidence de dispositions impératives. Mais il faut encore distinguer si celles-ci correspondent aux dispositions considérées comme telles en droit interne ou si elles visent celles qui sont dans la catégorie des lois de police. Le règlement aurait gagné à préciser ce point. Le but de cet article étant d'empêcher les parties d'échapper artificiellement au joug d'une loi à laquelle elles doivent se soumettre, il convient de considérer, comme les travaux préparatoires le révèlent, que sont ici visées « les règles d'ordre public interne d'un pays »²⁴³.

§2 - Éléments d'extranéité de la responsabilité précontractuelle

En matière délictuelle, il y a de nombreux éléments d'extranéités qui peuvent conférer aux pourparlers un caractère international. Ce peut être, par exemple, le domicile à l'étranger d'un sujet de droit, sa nationalité, le lieu de survenance du délit, du dommage et de ces effets²⁴⁴.

En plus des éléments d'extranéité normalement retenus pour la responsabilité délictuelle, que nous allons analyser en détail dans la partie consacrée aux règles de conflit applicables, peuvent également être utiles pour aider le juge dans la détermination du caractère international des pourparlers, les éléments qui caractérisent l'internationalité du contrat définitif envisagé.

Le critère d'internationalité d'un contrat n'est défini nulle part dans le Code civil français, mais la jurisprudence s'est efforcée de définir le contrat international. D'abord, la jurisprudence l'a caractérisé par un mouvement de « flux et de reflux » de valeurs, de services ou de biens au travers des frontières ou par le fait qu'il « se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs États »²⁴⁵. Elle a admis également un critère plus souple, le critère économique, selon lequel l'opération en cause « met en jeu les intérêts du commerce international »²⁴⁶. Actuellement, le critère adopté est juridique²⁴⁷, accueilli aussi par le règlement Rome I. Selon ce critère, il y a contrat international lorsque la relation considérée

²⁴³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles présentée par la Commission le 22 juillet 2003, p. 24.

²⁴⁴ Sur le sujet, voir WITZ Claude. L'internationalité et le contrat, RLDA, n°46, p. 59-66 ; KASSIS Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, JDI, 1995, p.239 et s.

²⁴⁵ Conclusion de l'avocat général MATTER Pierre, sous l'arrêt Pélissier du Besset, Cass. Civ1, 17 mai 1927.

²⁴⁶ Pour un exemple de critère économique, voir pour l'arbitrage l'art. 1492 du CPC.

présente des éléments d'extranéité, c'est-à-dire qu'elle a des liens avec plus d'un système juridique, soit encore par la situation des parties quant à leur domicile ou soit enfin par la localisation du lieu de conclusion, lieu d'exécution et lieu de l'objet contractuel. On peut considérer que le caractère international du contrat projeté peut aider le juge à identifier les pourparlers comme internationaux.

Cependant, la localisation des éléments du contrat principal peut être difficile quand on est encore dans la phase de pourparlers, par exemple, si le contrat principal n'est pas conclu puisque nous nous plaçons dans le cadre des pourparlers qui n'existent que parce que le contrat qu'ils préparent n'existe pas. Nous pouvons percevoir la difficulté de pratiquer un tel critère qui, excepté une indication précise par les parties du lieu de conclusion du contrat définitif, nous entraînerait vers une spéculation. Si on considère que la réalisation des pourparlers est la formation du contrat principal, le lieu d'exécution des pourparlers serait le lieu de conclusion du contrat définitif. Le juge va devoir déterminer les lieux d'exécution principale dans le cas où les pourparlers se déroulent dans plusieurs États. Dans un second temps, il faut vérifier où se localise l'objet des pourparlers, l'expression « localisation de l'objet du contrat » ayant un caractère sibyllin. M. A. Kassis propose de lever ce caractère en évoquant l'idée de la chose sur laquelle porte l'objet du contrat étant entendu que « l'objet du contrat » étant constitué par des obligations, n'a pas lui-même, en réalité, de localisation dans l'espace »²⁴⁸. Ainsi, la localisation de l'objet des pourparlers ne saurait être autre chose que le lieu où se trouve la chose, immeuble ou meuble sur laquelle porte l'objet de l'avant-contrat. L'internationalité des pourparlers correspond à l'internationalité du contrat. Pour établir un système raisonnable à partir du règlement Rome I, il faut supposer, à partir des éléments disponibles, que le contrat définitif envisagé serait international s'il était conclu. Une fois vérifiée l'internationalité de la situation, le juge va procéder à la qualification de ce litige dans une catégorie juridique.

SECTION 2 - LA TENTATION D'UNE QUALIFICATION CONTRACTUELLE

Certes, si un contrat de négociation a été conclu, comme c'est fréquemment le cas dans les affaires, tout manquement à ses dispositions met en marche le régime de la défaillance

²⁴⁷ GOLDMAN Berthold, note sous l'arrêt Hecht, CA Paris 19 juin 1970, JCL, 1971, 16927, v. aussi, LAGARDE Paul, Rép. int. Dalloz, 1^{er} éd., v. Contrats et conventions, n° 9 ; MERCADAL Barthélémy, Contrats et droits de l'entreprise, Mémento Lefebvre, 1997, n° 3305.

²⁴⁸ KASSIS Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris, LGDJ, 1993, p. 25, n. 17.

contractuelle. Nul ne conteste cela. Mais les partisans de la thèse contractuelle prétendent qu'il en va de la sorte en dehors même de la violation d'un contrat préparatoire. Ou plutôt, ils estiment que toute négociation contractuelle génère *ipso facto* un avant-contrat tacite.

C'est Rudolf von Jhering qui lança l'idée de la responsabilité contractuelle à propos des négociations, en 1861, dans un important article²⁴⁹. En réalité, cette étude avait pour principal objet de régler le sort des conséquences de la nullité d'un contrat résultant de la faute d'un des négociateurs. Jhering forgea à cette occasion les concepts de *diligentia in contrahendo* et de *culpa in contrahendo*. Les pourparlers doivent être conduits avec une diligence spéciale, et celui qui y a manqué est tenu de réparer le préjudice causé par sa faute. Ainsi naquit l'idée de responsabilité précontractuelle. Cette solution fut étendue à la rupture fautive des négociations.

Selon cette théorie, les pourparlers créent un rapport personnalisé entre les parties ; celles-ci ne sont plus dans la même situation que des inconnus. Qui entre en pourparlers dépasse « la sphère des devoirs généraux humains [...] pour se créer des obligations spéciales »²⁵⁰. La réparation interviendrait, non en vertu du contrat définitif envisagé, puisqu'il n'est pas parvenu à l'existence, mais du contrat tacite de négociation, résultant automatiquement de toute ouverture de pourparlers²⁵¹. Tirer des conséquences du fait que les négociateurs ne sont plus totalement des étrangers, puisqu'ils conversent, est excessif. À tout prendre, les pourparlers ne sont ni plus ni moins qu'un « lieu de rencontre », comme tant d'autres²⁵².

§ 1 - L'existence d'une relation obligationnelle précontractuelle

La doctrine allemande postérieure à Jhering affirmait que le lien établi entre les précontractants pendant les négociations créerait une relation juridique de confiance, *volens nolens*, analogue à la relation contractuelle. Pour pouvoir expliquer l'application des règles de la responsabilité contractuelle, la doctrine allemande voyait dans le début des négociations la création d'une « relation juridique des négociations », assimilée à la relation juridique contractuelle.

²⁴⁹ VON JHERING Rudolf, *Culpa in contrahendo*, traduit en français en 1893, Œuvres, t. II.

²⁵⁰ ROUBIER Paul, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911, p. 58.

²⁵¹ V. dans le même sens, not. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, t. IV, Les obligations, 6 éd., 1975, p. 473.

²⁵² HUET Jérôme, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, *Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Paris II, 1978, n° 243.

D'autres soutenaient que les négociations feraient surgir une relation contractuelle de fait dérivée, du contact social qualifié, établie entre les parties pendant les négociations, à laquelle on devait appliquer les devoirs sociaux de protection – *Schulzpflichten* –, ce qui mènerait à l'application des règles de la responsabilité contractuelle.

Toutes les tentatives d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle échouaient en l'absence de support logique puisqu'elles s'appliqueraient à des faits antérieurs à l'existence du contrat. Ainsi, les Allemands ont abandonné les théories contractualistes en faveur de la théorie selon laquelle les devoirs précontractuels ne dérivent pas du contrat envisagé mais directement de la propre loi. Ainsi la doctrine est arrivée à la quatrième théorie, actuellement dominante, qui affirme que les liens établis pendant les négociations constituent une relation obligationnelle précontractuelle dérivée de la loi – *vorvertragliches gesetzliches Schuldverhältnis* – et de cette relation surgissent quelques devoirs précontractuels.

Initialement, cette théorie a été critiquée en vertu de la prévision du §305 du Code civil (ci-après, BGB) qui exige l'existence d'un contrat pour établir une relation obligationnelle, sauf prévision légale contraire. Cette objection a été évincée par le Tribunal Fédéral Allemand – *Bundesgerichtshof* – qui a reconnu que la loi n'énumère pas toutes les relations obligationnelles, étant possible créer d'autres obligations complémentaires²⁵³. Le fondement de la responsabilité précontractuelle en Allemagne et aussi en Autriche, par les mêmes raisons liées à l'insuffisance de la responsabilité délictuelle²⁵⁴, aujourd'hui se trouve dans le contrat.

Le Code civil allemand ne voulant pas insérer une clause générale de responsabilité civile, a préféré créer le système dit des « trois petites règles de responsabilité civile » des §§ 823, I, 823, II et 826, dont le champ d'application n'englobe pas toutes les hypothèses concrètes de responsabilité délictuelle, favorisant la création de lacunes.

Ainsi, à l'heure actuelle, la doctrine allemande et la doctrine des pays sous l'influence du Code civil allemand, comme le Portugal et l'Autriche, tendent à caractériser le rapport contractuel comme un rapport complexe, qui englobe non seulement les devoirs principaux et secondaires mais aussi plusieurs devoirs accessoires basés sur le principe de la bonne foi établi par les §§ 157 et 242 du BGB. Cette idée a eu un énorme écho dans la jurisprudence

²⁵³ BGHZ, 6, 330.

²⁵⁴ KÜPPER Wolfgang, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, 96.

allemande. Aujourd'hui dans le rapport contractuel il a été introduit des devoirs généraux de conduite ou de protection, dont la violation dans les pourparlers engage la responsabilité contractuelle de celui qui ne les a pas observés.²⁵⁵

Il existe en Allemagne d'énormes différences entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Si le lésé peut choisir entre les deux régimes, il choisira sûrement la responsabilité contractuelle qui lui est beaucoup plus favorable. Par exemple, le dommage causé par un préposé gère l'immédiate responsabilité de son employeur en matière contractuelle, ce n'est pas le cas en responsabilité délictuelle en vertu du §831 ; le dommage purement patrimonial n'est pas indemnisable en responsabilité délictuelle (§823) sauf en cas de dol (§826), alors qu'il l'est parfaitement en responsabilité contractuelle ; la charge de la preuve appartient au demandeur en responsabilité délictuelle, alors qu'elle est au défendeur en matière contractuelle (§282).

Dans ce sens, face à des dommages simplement patrimoniaux causés par négligence, difficilement le lésé aura droit à une indemnité en raison de la responsabilité délictuelle selon les § 823 et 826 du BGB. Le Tribunal Fédéral Allemand a donc basé sur le régime de la responsabilité contractuelle, la responsabilité en raison d'un dommage causé par une information, sur un contrat tacite d'information ou de conseil – *Auskunfts ou Beratungsvertrag* – qui est considéré comme conclu quand l'informant savait que cette information était importante pour le destinataire et que celui-ci allait l'utiliser dans le domaine commercial, économique ou juridique²⁵⁶. En outre, la doctrine soutient que la fourniture d'une information par certains professionnels préfigure une relation obligationnelle de source légale qui impose le devoir d'attention et précaution usuels dans ce même domaine professionnel²⁵⁷.

À travers les devoirs accessoires et des droits reconnus aux tiers de se prévaloir de ceux-ci, la notion de contrat se révèle plus large en droit allemand par rapport aux autres systèmes étudiés ici. En revanche, en raison des concepts de *consideration et privity*, le contrat trouve sa configuration plus restreinte en droit anglais.

²⁵⁵MARKESINIS Basil, *The German Law of Obligations*, vol. I, *The Law of Contracts and Restitution: a comparative introduction*, p. 276.

²⁵⁶BGH 23 janvier 1985, JZ 1985, p. 951 ; BGH 12 février 1979, NJW 1979, p. 1595 ; et BGH 4 mars 1987, BGHZ 100, p. 117.

²⁵⁷LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, (Allgemeiner Teil), 14^e éd., München, C.H.Beck, 1987, p. 123, cité par Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 529.

En Suisse la doctrine est divisée sur la nature de la responsabilité précontractuelle, mais la jurisprudence du Tribunal Fédéral – *Bundesgericht* – penche en faveur de la thèse contractuelle²⁵⁸. En Grèce, la théorie majoritaire soutient que les liens créés pendant la période précontractuelle font surgir une relation juridique obligationnelle spéciale, assujettie aux règles de la responsabilité contractuelle. Au Portugal, la doctrine classique majoritaire penche vers la responsabilité contractuelle, mais cette orientation n'est pas uniforme²⁵⁹. La doctrine plus récente opte soit pour la responsabilité délictuelle soit pour une responsabilité *sui generis*²⁶⁰.

Saleilles²⁶¹ et Demogue²⁶² ont également soutenu l'existence d'un avant-contrat tacite entre précontractants, avant-contrat qui prenait naissance dès la prise de contact entre les parties. Ces auteurs cherchaient ainsi à expliquer la jurisprudence qui sanctionnait celui qui avait rompu les pourparlers. Mais, une telle qualification de la relation précontractuelle n'a pas eu l'écho qu'aurait pu laisser augurer la notoriété de ces auteurs.

Jérôme Huet a suggéré de rattacher au contrat les fautes qui sont commises dans la phase préparatoire, et qui constituent une inexécution virtuelle, dès lors que le contrat a, par la suite, été effectivement conclu. Pour lui, le contrat est apte « à prendre en charge le passé »²⁶³²⁶⁴, car en même temps qu'il est un projet d'avenir, il constitue « une synthèse du passé »²⁶⁵. « Le passé préjuge de l'avenir »²⁶⁶. Par exemple, le défaut de renseignement dans la conclusion du contrat se prolonge dans le défaut d'exécution. L'avantage en serait que le créancier n'aurait pas à prouver spécialement la faute : la preuve de l'absence de renseignement suffirait. Dans un sens voisin, Mme. Fabre-Magnan estime que la « responsabilité contractuelle » s'applique dès que le manquement à l'obligation d'information a une incidence sur l'exécution du contrat, et pas seulement sur le consentement²⁶⁷. Cette position s'inscrit dans le courant doctrinal en faveur d'une extension du champ contractuel, le contrat étant perçu comme un ensemble, comprenant

²⁵⁸ KÜPPER Wolfgang, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 103.

²⁵⁹ CUNHA GONCALVES Luis, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. IV, Coimbra, Coimbra editora, 1932, vol. XII, p. 277.

²⁶⁰ ALMEIDA COSTA Mário Júlio de, *Responsabilidade civil por ruptura de negociações preparatórias de um contrato, separata da RLJ*, Coimbra, Coimbra editora, 1994, p. 91.

²⁶¹ SALEILLES Raymond, *De la responsabilité précontractuelle ; à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, RTDCiv., 1907, p. 720.

²⁶² DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923-1933, tome II, n° 554, p. 168.

²⁶³ HUET Jérôme, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris II, 1978, dactyl. sous la direction de FLOUR Jacques, n° 239.

²⁶⁴ Ibid. n° 239.

²⁶⁵ Ibid. n° 292.

²⁶⁶ Ibid. n° 292.

²⁶⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 281 et 453 et s.

ses préliminaires et ses entours, par le biais de la notion de groupe de contrats, idée qui prospéra en jurisprudence jusqu'à l'arrêt *Besse*²⁶⁸. Selon M. Lassale, cette position reste marginale aussi en doctrine²⁶⁹ et seule l'allocation de dommages et intérêts peut être envisagée pour réparer la violation de l'obligation précontractuelle de renseignements. La modification judiciaire des stipulations contractuelles et la réparation en nature sont à exclure.

Il faut néanmoins remarquer que dans la majorité des cas, le non-respect d'un devoir, tel que ceux de loyauté, d'information ou de conseil, trouve le plus souvent son origine lors de la phase des négociations, mais ne sera invoqué qu'après la conclusion du contrat, lorsque l'exécution de celui-ci pose problème²⁷⁰. La cloison entre les deux formes de responsabilité est en définitive loin d'être étanche. En effet, il arrive souvent que la faute consistant en une information incorrecte donnée pendant les négociations ne soit découverte qu'après conclusion du contrat.²⁷¹

La doctrine utilise indifféremment les notions de faute précontractuelle et de vice de consentement. Mais l'hypothèse de responsabilité précontractuelle doit être distinguée de celle de l'existence d'un vice du consentement car comme le précise ; Mme Schmidt-Szalewsky : « La sanction des fautes précontractuelles se révélant après la conclusion de l'accord ne s'identifie pas à la seule sanction de l'inobservation des conditions de formation prescrites par la loi... »²⁷². Même dans les hypothèses où le contrat a été conclu, nous pensons que la nature de cette responsabilité demeure délictuelle²⁷³. D'une part, les vices du consentement peuvent amener à l'annulation du contrat, puisqu'ils ont conditionné de façon déterminant le consentement des cocontractants ; et d'autre part, la faute précontractuelle, même si elle peut être dans certains cas à l'origine d'un vice du consentement, ne vise qu'à l'octroi de dommages et intérêts et elle n'influence, en principe, de façon déterminant le consentement des parties.

Nous verrons que la responsabilité précontractuelle noue une relation étroite avec les vices du consentement et le lésé aura souvent le choix de l'action en dommages et intérêts et en

²⁶⁸ Cass. ass. plén., 12 juill. 1991.- V. sur la question LE TOURNEAU Philippe et CADIET Loïc, *Droit de la responsabilité*, Dalloz-Action, 1998, n° 288 et s.

²⁶⁹ LASSALE Bernard, *Les pourparlers*, RRJ, 1994, p. 881.

²⁷⁰ V. l'arrêt du 14 mars 2005 rendu par la CA de Paris dans lequel le manquement de la SNCF à son obligation précontractuelle d'information est sanctionné sur le terrain contractuel : CA Paris, 14 mars 2005, n° 03/15894, D. 2005, p. 1913, note NOBLOT C.

²⁷¹ LASSALE Bernard, *Les pourparlers*, RRJ, 1994, p. 879.

²⁷² SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDCiv., 1974, p. 62.

²⁷³ JUGLART Michel de, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, RTDCiv., 1945, p. 1 ; LUCAS DE LEYSSAC Claude, *L'obligation de renseignement dans les contrats : l'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 305.

nullité du contrat. Pour le moment, on peut mentionner que la faute précontractuelle consistant dans un renseignement inexact sera toujours sanctionnée par des dommages et intérêts, tandis que les vices du consentement entraînent, en plus des dommages et intérêts, la nullité du contrat puisque le consentement a été déterminé par dol ou erreur²⁷⁴. Le préjudice que la victime subit, à cause d'une faute précontractuelle, sera le plus souvent la perte d'avantages économiques en raison de la conclusion du contrat à des conditions autres que celles qu'elle aurait acceptées en l'absence de faute. Mais, à notre avis, même dans ce genre d'hypothèses, la responsabilité précontractuelle doit être considérée comme délictuelle. Ainsi, une partie ne pourrait pas invoquer l'exception d'inexécution en arguant du manquement du partenaire à une obligation précontractuelle. Autrement dit, elle ne devrait pas pouvoir justifier l'inexécution d'obligations, notamment contractuelles, afin de sanctionner des engagements précontractuels. *L'exceptio non adimpleti contractus* s'inscrivant dans l'exécution du contrat, il ressort une limite théorique difficilement franchissable à la passerelle entre les deux formes de responsabilité. Un tel moyen avait été invoqué, sans succès, devant la Cour de cassation²⁷⁵.

D'autant plus, en ce qui concerne la rupture de pourparlers, les arguments avancés pour justifier la nature contractuelle de la responsabilité en cas de nullité du contrat sont difficilement transposables ; à la différence des parties au contrat annulé, il n'a jamais existé entre précontractants une relation contractuelle de fait²⁷⁶.

§2 - Critiques de la nature contractuelle

Il faut dire que l'artifice de l'analyse contractuelle de la relation précontractuelle a été dénoncé par la doctrine française. En dehors de l'hypothèse où les précontractants ont expressément conclu un contrat pour organiser leur relation précontractuelle, il est certainement artificiel de prétendre que leur rapprochement a implicitement, mais nécessairement, fait naître un contrat entre eux.²⁷⁷ Il est tout aussi artificiel d'analyser la relation précontractuelle comme un effet de l'engagement unilatéral de l'un ou l'autre de précontractants. En fait, ils sont tenus à certains comportements qu'on ne peut rattacher à un engagement unilatéral de l'un d'entre eux, il est bien évident que l'offre par exemple n'est pas la source de tous les devoirs précontractuels.

²⁷⁴ SCHMIDT Joanna, *La négociation du contrat international*, DPCI, 1983, p. 255.

²⁷⁵ Cass. com., 28 nov. 1995, pourvoi n° 93-21123, Inédit.

Nous avons vu les avantages pour les parties de choisir le régime de la responsabilité contractuelle. Mais l'application de ce régime est incompatible avec la nature des relations précontractuelles. Ces règles ont été créées pour sanctionner l'inexécution d'une obligation préalable de faire ou de donner. Dans la période précontractuelle cette obligation n'existe pas. Les devoirs précontractuels se basent sur le principe de la bonne foi et non sur une obligation de faire ou de donner. En outre la responsabilité contractuelle contient une unité de la faute, basée sur la preuve du préjudice par la victime et la présomption de faute du défendeur, incompatible avec certains rapports précontractuels.

Puisqu'il n'y a pas de contrat, il semble antithétique de parler de responsabilité contractuelle. Les analyses doctrinales de la relation précontractuelle prêtant le flanc à la critique, la tentation est alors grande de conclure que la relation précontractuelle n'est pas une relation de droit, mais une simple relation de fait. Pourtant, comme nous l'avons vu, la relation précontractuelle apparaît comme une relation de droit : elle se juridicise au fur et à mesure que les liens de confiance s'approfondissent entre les précontractants. La réticence que l'on peut éprouver à admettre l'existence d'un rapport juridique précontractuel tient vraisemblablement à la difficulté à concevoir un lien de droit qui ne résulte ni de la loi, ni d'un contrat, ou qui ne soit pas la conséquence d'un délit.

SECTION 3 - LA THEORIE DE LA TROISIEME VOIE DE RESPONSABILITE CIVILE

La théorie de la troisième voie ou du *tertium genus* affirme que les deux types classiques de responsabilité civile n'apportent pas une solution appropriée à la responsabilité précontractuelle. En raison de la relation particulière établie entre les parties en pourparlers, cette situation ne pourrait pas être encadrée ni dans la catégorie contrat ni dans la catégorie d'un simple délit. Pour certains, les droits suisse et allemand représentent cette troisième catégorie de responsabilité civile²⁷⁶. Ils insistent d'ailleurs sur l'originalité de ce rapport de droit de nature spécifique et en déduisent un régime particulier de responsabilité précontractuelle.

Cette théorie trouve son point de départ dans les réflexions de Gaius dans ses *Res Cottidianae* qui a démontré les limites de sa *summa divisio* entre obligations naissant des

²⁷⁶ LAMAZEROLLES Eddy, Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, LGDJ, 2003, p. 152 et s.

²⁷⁷ Ibid. p. 210.

contrats et obligations naissant des délits²⁷⁹. À travers des exemples de paiements faits par erreur, il a développé la notion de *variae causarum figurae*²⁸⁰, actuellement dénommée *variae causarum figurae modernas* par la doctrine²⁸¹. Cette idée de multiplicité de sources d'obligations a ensuite été analysée plus en profondeur par Justinien quand il a développé les notions de quasi-contrat et quasi-délit²⁸². Ces raisonnements ont encore permis le développement d'autres notions comme les obligations *ex maleficio* naissant d'un fait illicite mais non intentionnel²⁸³ et les obligations légales nées des œuvres de Pothier.

Actuellement, sont minoritaires ceux qui admettent cette troisième voie.²⁸⁴ Cette théorie a reçu très peu d'acceptation de la doctrine²⁸⁵. À partir des leçons de Benatti, Garcia Rubio révèle la fragilité de cette théorie puisqu'elle n'a pas de réglementation, pas de base légale. La pratique jurisprudentielle a toujours recours aux dispositions originaires soit de la responsabilité contractuelle, soit de la responsabilité délictuelle²⁸⁶.

Récemment, une partie de la doctrine²⁸⁷ a développé la théorie d'une responsabilité civile basée sur la confiance et indépendante de la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Nous sommes d'accord pour trouver le fondement de la responsabilité précontractuelle dans la violation de la confiance légitime, mais nous ne voyons pas l'intérêt de chercher un autre type

²⁷⁸ Ibid. p. 153.

²⁷⁹ GORDON W. M., ROBINSON O. F., *The institutes of Gaius*. Translated with an introduction ; with the latin text of E. Seckel and B. Kuebler, London, Duckworth, 1988, G.3.91.

²⁸⁰ MACQUERON Jean, *Histoire des obligations*, Le droit romain, Aix-en-Provence, 1971, p. 33.

²⁸¹ Voir FERREIRA DE ALMEIDA Carlos, *Texto e enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, vol. I, 1992, p. 26; VIZIOZ Henri, *La notion de quasi-contrat*. Etude juridique et historique, Bordeaux, 1912, pp. 54 et 55 ; BETTI E., *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non-classicità della denominazione quasi-ex-contractu-obligatio*, BIDR 1913, n° 25, pp. 65 et 87.

²⁸² BIRKS Peter, MCLEOD Grant, *Justinian's Institutes*, Translated with an introduction ; with the latin text of P. Krueger, London, Duckworth, 1987, J.3.13.2.

²⁸³ LEVY Jean-Philippe, *Cours d'histoire du droit privé*. Les obligations, Paris, 1966, p. 16.

²⁸⁴ CASTRONOVO Carlo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratta e torto*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, *Diritto Civile*, Milano, 1995, pp. 166 et 233. L'auteur démontre la rareté d'auteurs qui soutiennent cette théorie. Sur le sujet d'une qualification sui generis: PAINCHAUX Mélanie, *La qualification sui generis: l'inqualifiable peut-il devenir catégorie?*, RDC, 2004, p. 1567.

²⁸⁵ En Italie par SACCO Rodolfo, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana ; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, II, p. 82-91 ; et CARRESI, *In tema de responsabilità precontrattuale*, in *Themis- Rivista di Giurisprudenza Italiana- Ano XLI*. Milano, 1965, p. 464 ; en Allemagne par CANARIS Claus Wilhelm, cité par M. Paz Garcia Rubio, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 74 ; au Portugal par CARNEIRO DA FRADA Manuel, *Uma « terceira via » no direito da responsabilidade civil? - O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 95 ; et au Brésil, par FICHTNER PEREIRA Régis, *A responsabilidade civil pré-contratual - Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro, Renovar 2001, p. 273.

²⁸⁶ BENATTI Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, p. 116 ; PAZ GARCIA RUBIO Maria, *La responsabilidad precontractual en derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 74.

²⁸⁷ V. notamment au Portugal CARNEIRO DA FRADA Manuel, *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra, Almedina, 1997, p. 765.

de responsabilité, le régime de la responsabilité délictuelle étant suffisant pour trouver les solutions adéquates aux litiges relatifs à la phase précontractuelle.

Selon d'autres auteurs, notamment en Suisse et au Portugal²⁸⁸, suivant un courant supposément adopté par le Tribunal Fédéral Suisse, ce qui est contestable, la responsabilité précontractuelle serait une catégorie *sui generis*, pouvant appliquer indifféremment les règles de responsabilité contractuelle et/ou délictuelle, selon les circonstances de la cause. Selon cette théorie, ce qui importe est de déterminer les règles plus appropriées, selon les circonstances et la prétention indemnitaire, afin de trouver la solution la plus adéquate en ce qui concerne la charge de la preuve et la réparation du lésé. Elle soutient encore que les hypothèses de responsabilité civile sont tellement diverses qu'il est déconseillé de chercher un régime unique.

À notre avis, toutes ces théories, même si elles ont un fondement théorique intéressant, dans la pratique elles se montrent inutiles, la responsabilité délictuelle étant suffisamment flexible pour s'adapter aux nouveaux faits juridiques. La pratique du commerce international va toujours créer des nouvelles situations et nouveaux faits dommageables qui ne seront jamais exhaustifs et finiront par compliquer excessivement le dédommagement des victimes.

Le droit français ne connaissant que deux types de responsabilité, l'exclusion de la responsabilité contractuelle implique logiquement le choix de la responsabilité délictuelle pour sanctionner le processus précontractuel dans son ensemble, en dépit de la relation de droit qui existe certainement entre les précontractants. Plutôt que d'affirmer la spécificité de la responsabilité précontractuelle qui s'applique à des personnes qui ne sont pas totalement étrangères l'une de l'autre, le droit français préfère jouer sur la mise en œuvre de cette responsabilité précontractuelle. Le juge semble plus rigoureux avec le précontractant qui retire son offre irrégulièrement, qu'avec le précontractant non offrant qui met un terme à la relation précontractuelle, comme s'il reconnaissait l'évolution du lien de droit précontractuel dès la réception de l'offre de contrat. On ne voit donc l'intérêt de la théorie de la troisième voie, puisqu'elle n'apporte aucun élément nouveau, les types traditionnels de responsabilité civile étant suffisants pour intégrer les nouveaux développements du droit dans la matière.

²⁸⁸ JÄGGI Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung, FS Schoenenberger, Freiburg, 1968, 181 s., et aussi dans sa note à l'article 1 du Code des obligations suisse, Zürich, 1973 ; BÜHLER-REIMANN Theodor, SJZ 1979, pp. 363-365 ; SINDE MONTEIRO Jorge, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra, Almedina, 1989, p. 510.

SECTION 4 - LA LOGIQUE DELICTUELLE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

La règle générale en matière de responsabilité civile est qu'il n'y a pas de responsabilité contractuelle sans un contrat valablement passé entre le responsable et le lésé, et qu'il faut, pour qu'il y ait responsabilité contractuelle, que le préjudice résulte de l'inexécution du contrat²⁸⁹. Dans le cas contraire, il s'agit de la responsabilité délictuelle. Le régime de la défaillance contractuelle évacué, force est de se tourner vers la responsabilité délictuelle. Dans ce sens, M. Könden²⁹⁰ appelle la responsabilité précontractuelle la fille illégitime du principe de faute délictuelle.

Sans qu'il soit nécessaire ni, sans doute, utile d'observer une jurisprudence ancienne mais bien maigre, il est bon sur ce point de rappeler l'arrêt fondateur de notre jurisprudence moderne en la matière: l'arrêt *Gerteis c. Vilbert Lourmat* rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 mai 1972²⁹¹. Les faits de l'espèce ont souvent été rappelés: la déconvenue de cet industriel alsacien, trompé par un concessionnaire en France de la distribution d'un matériel et d'un procédé de fabrication de buses en ciment américain, dont les espoirs fautivement entretenus furent brutalement brisés par un coup de téléphone révélant l'abandon des négociations et la conclusion d'un contrat de vente contenant une clause d'exclusivité avec l'un de ses concurrents. Plus que les fautes et les préjudices retenus en l'espèce par nos tribunaux, importe ici le visa de l'arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation: « Vu l'article 1382 C. civ. ». Citons aussi l'arrêt du 6 janvier 1998 où le partenaire à la négociation « avait rompu les pourparlers la veille de la signature du contrat, comme d'autres à la veille de leur mariage, vont acheter des allumettes ».²⁹²

Aujourd'hui, la doctrine adopte presque unanimement cette vue²⁹³. Elle rejoint ainsi la jurisprudence qui, sauf de rares exceptions, juge de la sorte avec constance depuis la fin du

²⁸⁹ MAZEAUD Henri et Léon et TUNC André, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5^e éd., Montchrestien, 1957, p. 137 et s. Dans le même sens, MENGONI Luigi, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360

²⁹⁰ KÖNDGEN Johannes, *Selbstbindung ohne Vertrag/Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen 1981, 84.

²⁹¹ Cass. com. 20 mai 1972, JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna, RTDCiv, 1972, p. 779, obs. DURRY Georges et, récemment Cass. civ. 1, 14 juin 2000, RJDA, 2000, n. 949.

²⁹² Com. 6 janvier 1998, Bull. Civ. I, n° 7, JCP 1998, II, 10066, note FAGES Bertrand ; Defrénois, 1998, p. 741, obs, MAZEAUD Denis.

²⁹³ Voir VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008, n° 196 et s.

siècle dernier²⁹⁴. Le manquement à une obligation précontractuelle est sanctionné sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ainsi, l'action en responsabilité ne saurait dériver du contrat conclu ultérieurement, c'est-à-dire de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des dispositions conventionnelles²⁹⁵. Logiquement, on ne fait pas dépendre la nature de la responsabilité précontractuelle de la conclusion ou non du contrat.

§1 - La recherche de la juste mesure délictuelle

Le règlement de la phase précontractuelle tourne autour de deux idées principales, la sécurité juridique, qui réclame que l'interaction sociale ne soit pas limitée par les craintes de lésions aux biens juridiques, et la liberté individuelle, que dispose que certains comportements même s'ils causent des préjudices à d'autres personnes ils ne doivent pas faire l'objet de dommages-intérêts. Le besoin de sécurité peut justifier l'imputation de certains préjudices indépendamment d'un jugement de valeur du comportement. En revanche, la crainte d'un élargissement excessif de la responsabilité civile au détriment de certaines activités socialement utiles, causant un préjudice à la collectivité, est à l'origine de certaines limitations de responsabilité.

La manière dont ces deux valeurs se combinent dans la détermination des faits générateurs de la responsabilité délictuelle dépend largement des notions de justice et du type d'organisation économique et sociale de chaque ordre juridique. Il s'agit d'un sujet variable dans chaque pays. L'idéal d'un système délictuel commun en Europe, soutenue par Christian Von Bar²⁹⁶, paraît de difficile réalisation. On peut illustrer cette difficulté par le fait que le préjudice indemnisable soit réalisé par des processus très variés. On pourrait répartir ces processus dans trois catégories : celle de la typicité des faits générateurs, celle de la clause générale de responsabilité et enfin les systèmes mixtes.

²⁹⁴ Par exemple, Com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; JCP G, 1973, II, 17543, note SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna ; RTDCiv., 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; Cass. civ. 3, 16 oct. 1973, D. 1974, IR. 35 ; Cass. com. 11 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 16 : « le lésé d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi [...] sur le fondement de la responsabilité délictuelle » ; 22 févr. 1994, Bull. civ. IV, n° 79 ; RTDCiv., 1994, p. 849, obs. MESTRE Jacques ; CA Paris, 18 janv. 1996, D. Affaires 1996. 292 ; Com. 22 avr. 1997, RJDA 1997, n° 996 ; Civ. 2, 4 juin 1997, RTDCiv. 1997, p. 921, obs. MESTRE Jacques ; Cass. civ. 1, 6 janv. 1998, JCP G, 1998, II. 10066, note FAGES Bertrand ; D. Affaires, 1998, p. 242. Contre: CA Rennes, 9 juill. 1975, D. 1976, p. 417, note SCHMIDT Joanna ; RTDCiv. 1976. 547, obs. DURRY Georges ; CA Paris, 9 oct. 1995, D. 1995. IR. 267.

²⁹⁵ Cass. com., 11 janv. 1984, Bull. civ. IV, n° 16, RTD civ, 1985, p. 159, obs. MESTRE Jacques et MOUSSERON Pierre, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDCom., 1998, p. 44, Cass. com., 12 fév. 2002, CCC, 2002, n° 90, note LEVENEUR Laurent.

²⁹⁶ VON BAR Christian, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, vol II, 1996, Verlag C. H. Beck, p. 402 et s.

Le système de la clause générale des faits générateurs, qui ne définit pas exactement les caractères du comportement dommageable qui pourront donner naissance à la responsabilité délictuelle, a été accueilli, entre autres, par les droits français, suisse, brésilien et italien, à travers des clauses générales de responsabilité délictuelle.

En France, une telle clause est présente dans l'article 1382 du Code civil, selon lequel : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », à cela s'ajoute l'article 1383 : « Chacun est responsable du préjudice qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». En Suisse, l'article 41-1 du Code des obligations : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un préjudice à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». En Italie, l'article 2043 du Code civil dispose : « Tout fait dolosif ou fautif qui cause un préjudice injuste à autrui, oblige celui qui l'a commis à le réparer »²⁹⁷, en application du principe *neminem lædere*, selon lequel un préjudice causé par un comportement contraire à la bonne foi est un préjudice injuste²⁹⁸. L'article 927 du Code civil brésilien dispose que « celui qui, par acte illicite (articles 186 et 187), cause un préjudice à autrui, est obligé de le réparer »²⁹⁹.

Même si cette méthode constitue une évolution par rapport au système de *common law*, étant donné qu'elle supprime la casuistique inhérente au système de la typicité, elle engendre un risque d'élargissement excessif de la responsabilité délictuelle puisqu'elle attache à tout préjudice causé par une négligence une obligation d'indemniser. Il faut relever que dans le droit suisse et brésilien il est nécessaire que le préjudice soit causé de manière illicite, et qu'en droit italien il faut qu'il soit injuste, c'est-à-dire « une lésion d'un intérêt d'autrui qui mérite la protection selon l'ordre juridique »³⁰⁰. La détermination des faits générateurs de la responsabilité extracontractuelle par la notion de faute et de préjudice injuste est établie dans ces systèmes par la jurisprudence. C'est la raison pour laquelle le droit délictuel dans ces systèmes est essentiellement de source jurisprudentielle.

C'est justement le souci d'éviter l'insécurité juridique qui a présidé le choix de certains pays pour des systèmes mixtes de délimitation de faits générateurs de l'obligation d'indemniser, comme dans le système allemand. Dans le premier projet de Code civil allemand

²⁹⁷ Notre traduction.

²⁹⁸ DE CUPIS Adriano, *Il danno. Teoria Generale de la Responsabilità Civile*, 3^e éd., Milano, Giuffrè, 1979, p. 49.

²⁹⁹ Notre traduction.

³⁰⁰ GALGANO Francesco, *Diritto Privato*, 13^e éd., Padova, Cedam, 2006, p. 354.

de 1887, il y avait une clause générale de responsabilité extracontractuelle de style français³⁰¹. Cette solution, ainsi que la solution d'une clause générale du style de celle présente aujourd'hui dans le Code des obligations suisse, ont été éloignées dans le deuxième projet de Code civil de 1895, pour ne pas correspondre au concept dominant en Allemagne sur la fonction judiciaire et aussi afin d'éviter les abus constatés dans de nombreuses décisions des tribunaux français. Le texte approuvé par cette commission visait ainsi à fournir au juge un critère objectif d'appréciation des conditions du devoir d'indemniser, en précisant les modalités d'illicéité déterminante de la responsabilité et des droits par elles protégés. Cette solution a été retenue enfin par le BGB. Le droit délictuel allemand est ainsi marqué par une attitude de prudence en matière de dommages-intérêts. Soit ces dommages portent atteinte à des biens juridiques essentiels, comme la vie, l'intégrité physique et la propriété, engendrant donc la responsabilité extracontractuelle ; soit ils résultent de la violation d'une obligation déjà existante et doivent être indemnisés par la responsabilité contractuelle. C'est le phénomène appelé de fugue vers le contrat. Le préjudice pur qui ne résulte de la violation d'aucune obligation n'est en principe pas indemnisable³⁰².

Le droit allemand fixe ainsi des lignes d'orientation qui permettent au juge d'identifier avec une certaine sécurité les comportements dommageables considérés comme délictuels, évitant ainsi un élargissement démesuré de la responsabilité extracontractuelle et l'insécurité juridique propre à la clause générale. En revanche, ce système pose un problème quand il s'agit de trouver un fondement pour indemniser un préjudice à un bien patrimonial non inclus dans les faits générateurs délictuels prévus et qui ne fasse pas partie d'une obligation contractuelle violée. C'est le cas des dommages précontractuels.

Le système de la typicité des faits générateurs est adopté par le droit anglais et américain. Les origines de ce système remontent à l'ancien droit anglais où l'action n'était conçue comme un moyen juridique d'obtenir la reconnaissance d'une prétention mais avant une *form of action* appropriée était une condition de cette reconnaissance. Toute action se basait sur un *writ*, c'est-à-dire, un ordre émis au nom du roi déterminant l'adoption d'un comportement par celui qui a commis le délit, sous peine de devoir se soumettre à un jugement et à la décision ainsi rendue. Celui qui voulait obtenir la reconnaissance d'un droit devant les tribunaux royaux devait s'adresser à la chancellerie et y choisir le *writ* approprié à sa situation.

³⁰¹ Cfr. ZWEIGERT Konrad et KÖTZ Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 3^e éd., 1996, p. 620.

³⁰² LARENZ Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, vol. I, Allgemeiner Teil, pp. 122 et 369.

En l'absence d'un *writ* approprié à la situation concrète, la reconnaissance de ce droit était exclue - *no writ, no right*. Les *writs* ont ainsi limité historiquement les types d'illicites déterminant l'obligation d'indemniser: les torts.

Malgré l'exclusion de la *form of action* au XIX siècle, le système du précédent a favorisé la préservation des catégories traditionnelles de la responsabilité délictuelle. C'est la raison pour laquelle on observe jusqu'aujourd'hui en *common law* l'inexistence d'un principe général de la responsabilité précontractuelle.³⁰³ Cette rigidité est atténuée par la possibilité accordée à la jurisprudence de créer des nouveaux *torts* et d'élargir le domaine de ceux déjà existants par le recours à l'analogie. C'est ce que nous observons en Angleterre surtout avec le *tort of negligence*. Ce *tort* englobe « tout comportement que viole le standard de comportement prudent envers l'autre selon la loi, causant un dommage à la personne du lésé ou à son patrimoine, et dans certaines circonstances peut causer un préjudice économique »³⁰⁴. Les conditions pour le devoir d'indemniser par négligence sont alors l'existence d'un devoir de prudence, la violation de ce devoir et le préjudice à autrui³⁰⁵. La notion de prudence occupe une place prépondérante dans la délimitation par la jurisprudence anglaise des biens protégés par le droit délictuel. Dans ce sens, Fleming considère que « chaque nouveau devoir crée, en effet, une nouvelle cause d'action »³⁰⁶.

En *common law*, malgré l'absence d'un principe général de responsabilité extracontractuelle, on observe actuellement une tendance expansive du droit délictuel³⁰⁷, dans le sens inverse du droit allemand. Les principales manifestations de ce phénomène se trouvent en Angleterre, où les tribunaux admettent, visant à dépasser les restrictions imposées au domaine contractuel par l'exigence de la *consideration* et par le principe de la *privity of contract*, l'application des normes de responsabilité délictuelle dans des hypothèses analogues à celles que nous avons mentionné à propos du phénomène de fugue vers le contrat en droit allemand.

³⁰³ Dans le droit anglais certains auteurs reconnaissent ce principe: SALMOND, HUESTON et BUCKLEY, *The Law of Torts*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 18 et 21 ; CANE Peter, *The anatomy of tort law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 21.

³⁰⁴ KAYE Peter, *An Explanatory Guide to the English Law of Torts*, Chichester, Barry Rose Law Publishers, 1996, p. 2. Notre traduction.

³⁰⁵ MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 65.

³⁰⁶ FLEMING, *The Law of Torts*, 8^e éd., Sydney, The Law Book Co., 1992, p. 5. Notre traduction.

³⁰⁷ MARKESINIS Basil, *An Expanding Tort Law - The price of a Rigid Contract Law*, LQR 1987, pp. 354 et s. ; MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, pp. 12 et s. Cfr. aussi ATIYAH Patrick, *An Introduction to the Law of Contract*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2004, pp. 380 et s.

Par exemple, la décision rendue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd*³⁰⁸. Dans l'espèce, des clients demandent l'indemnité du préjudice subi en raison d'une information erronée à propos de la solvabilité d'une personne, fournie par une banque à laquelle ils ont fait confiance. Le tribunal a décidé qu'il existe un devoir de prudence pour celui qui fournit une information, dont la violation peut engendrer la responsabilité *in tort* en raison des préjudices économiques résultant de l'utilisation de cette information³⁰⁹. Cette jurisprudence a été complétée par la décision rendue par le même tribunal dans l'affaire *Caparo Industries plc c. Dickman*³¹⁰. La demanderesse avait acquis des actions d'une société faisant confiance à une expertise de comptes qui les évaluait erronément. La Chambre de Lords ne reconnaît aucun devoir de prudence à la charge de la société d'expertise en raison de l'absence d'une proximité suffisante entre les parties.³¹¹

En droit allemand des hypothèses de ce type trouveraient une solution en appliquant la responsabilité contractuelle. Dans le droit anglais, même si les préjudices de l'espèce sont purement patrimoniaux et si les droits en question appartiennent au droit des contrats, aucune violation d'une obligation contractuelle ne pourrait être constatée, en raison de l'absence de *consideration* et en fonction de la règle de la *privity of contract*. C'est la raison pour laquelle les tribunaux anglais se sont tournés vers la responsabilité délictuelle afin de permettre le dédommagement des préjudices subis par les victimes³¹².

§2 - Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

Il se peut que dans certaines hypothèses un dommage puisse constituer simultanément un délit et une violation d'une obligation contractuelle. Par exemple, le contrat conclu n'est pas exécuté et le cocontractant se rend compte qu'une information précontractuelle utile, mais non essentielle, était inexacte ou manquante. Se pose alors la question de savoir quel régime de responsabilité sera applicable à ces situations.

³⁰⁸ (1963) 2 All E.R. 575 ; (1964) A.C. 465 ; BEALE Hugh, BISHOP William et FURMSTON Michael, *Contract Cases and Materials*, Butterworths, London, Dublin, Edimburgh, 2001, pp. 27 et s.

³⁰⁹ Cfr. Opinion de Lord Morris of Borth-Y-Gest (1963) All E.R. 575, p. 594.

³¹⁰ (1990) 1 All ER 508 ; reproduite partiellement in BEALE Hugh, BISHOP William et FURMSTON Michael, *Contract Cases and Materials*, Butterworths, London, Dublin, Edimburgh, 2001, pp. 28 et s.

³¹¹ (1990) All ER , p. 576.

³¹² Cfr. Opinion de Lord Devlin dans la décision rendue dans l'affaire *Hedley Byrne* : « une promesse de prêter un service sans *consideration* ne peut pas être exécuté comme un contrat par celui qui l'a réalisé, mais si le service a été réalisé par négligence, la victime peut demander la réparation *in tort* ». Cfr. 1963 All ER 575 (p. 608). Notre traduction.

D'après la théorie du non-cumul, consacrée par le droit français, les règles de la responsabilité extracontractuelle ne sont pas applicables en présence de l'inexécution d'une obligation contractuelle³¹³. Étant remplies les conditions de la responsabilité contractuelle, le demandeur ne peut pas se prévaloir des règles de responsabilité délictuelle même si cette solution est la plus conforme aux intérêts de celui-ci. Le droit contractuel est ainsi reconnu comme un droit spécial face au droit de la responsabilité délictuelle.

Pour soutenir la théorie du non-cumul plusieurs arguments sont avancés. En premier lieu, le respect de la volonté du législateur serait frustrée si l'une des parties pouvait choisir entre les deux régimes en fonction de ses intérêts. En deuxième lieu, le respect de l'autonomie de la volonté, puisque l'application de la responsabilité délictuelle aux hypothèses d'inexécution d'une obligation contractuelle serait contraire à la volonté des parties quand celles-là auraient prévu dans le contrat l'exclusion de la responsabilité en cas d'inexécution de cette obligation. En troisième, le non-cumul aurait aussi pour fondement le principe de l'économie procédurale: l'article 1351 du Code civil français fait dépendre l'attribution de force de chose jugée de l'identité des parties, de l'objet, de la demande et de la cause. Cette force n'est attribuée que par rapport aux fondements légaux invoqués par le demandeur. Si le cumul était possible, il serait permis au demandeur de proposer deux actions substantiellement identiques sur les fondements de dispositifs légaux différents.

Pour comprendre la théorie du non-cumul il faut d'abord relever deux caractéristiques du régime de responsabilité civile du droit français: d'une part, le caractère moins favorable pour la victime de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle, en raison notamment de la restriction du préjudice indemnisable *ex contractu* aux conséquences de l'inexécution ou du retard prévisible par le débiteur au moment de la conclusion du contrat et de l'exigence de la mise en demeure du débiteur. D'autre part, la formule très large de la clause générale de responsabilité délictuelle prévue à l'article 1382 du Code civil, à laquelle sont reconduites toutes les violations fautives des obligations contractuelles, à la différence des systèmes allemand et de *common law* où le préjudice purement patrimonial causé par négligence ne peut pas être à l'origine de la responsabilité délictuelle. Si le demandeur pouvait choisir le régime applicable, tout débiteur d'une obligation contractuelle serait soumis

³¹³ Cfr. PLANIOL Marcel, RIPERT Georges et ESMEIN Paul, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, Première partie, LGDJ, 1952, pp. 669 et s. ; CORNU Gérard, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, in Etudes de droit contemporain. Sixième Congrès International de Droit Comparé: Hamburg: 1962, pp.239 et ss ; MAZEAUD Henri et Léon et TUNC André, Traité

systématiquement à la responsabilité délictuelle. Les normes plus restrictives de la responsabilité contractuelle seraient ainsi privées de toute valeur pratique³¹⁴.

Dans divers systèmes juridiques le préjudice purement patrimonial n'est indemnisé que s'il est précédé d'une relation spéciale entre les deux parties en cause, soit un contrat ou une relation précontractuelle permettant de déduire un devoir prendre soin des intérêts financiers de l'autre partie. C'est le cas du droit allemand et suisse, où seulement les violations de droits subjectifs ou de dispositions légales de protection des intérêts d'autrui sont des fondements pour une responsabilisation délictuelle.³¹⁵ Dans la *common law* aussi, en absence d'une *special relationship* entre les parties, le devoir d'éviter de causer un préjudice se limite au dommage physique ou à la propriété.³¹⁶ La *common law* considère que le préjudice purement patrimonial appartient au domaine du droit des contrats. La seule exception qui justifie l'indemnisation *in tort* du préjudice purement financier concerne les situations dans lesquelles il existe des déclarations faussées lors des négociations ou dans la formation du contrat. Cette position, qui rapproche ainsi l'idéologie du droit allemand de la *common law*³¹⁷, s'expliquent par des raisons historiques qui ont fait que le droit des délits est employé exclusivement pour assurer la protection de la vie, de l'intégrité physique et patrimoniale - *life, limb and property*.³¹⁸ L'une des principales raisons d'adoption de ce système est la protection de la liberté d'action des personnes qui pourrait être limitée par une protection excessive du patrimoine.

Les systèmes qui prévoient expressément les biens juridiques protégés par la responsabilité délictuelle, comme le système allemand, visent à supprimer les effets nocifs d'une possible application excessive de la responsabilité délictuelle par l'admission du cumul des responsabilités, afin de limiter le nombre des potentiels titulaires d'un droit à dommages et

théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^e éd., Montchrestien, 1957, pp. 226 et s.

³¹⁴ Sur le sujet voir LORENTZ Romain, dommage purement patrimonial. Rapport français, RIDC 2-2006, p. 393 et s.

³¹⁵ §§ 823 et 826 du BGB. Voir en droit allemand KÖTZ Hein, *Economic Loss in Tort and Contract*, RabelsZ 1994, pp. 423 et s. ; VON BAR Christian, *Limitation and Mitigation in German Tort Law*, in SPIER Jaan (dir.) *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996, pp. 17 et s. En droit suisse voir KELLER Alfred, « Schweiz », in VON BAR Christian (dir.) *Deliktsrecht in Europa*, Köln, Heymanns, 1993, p. 9.

³¹⁶ MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 84. Dans le droit nord-américain voir sur le sujet DOBBS Dan, *Direct and General Limits on Tort Damages in the United States*, in SPIER Jaan (dir.), *The Limits of Liability*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996, p. 27.

³¹⁷ MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 43.

intérêts. La jurisprudence et la doctrine allemandes admettent, quand sont remplies dans une même situation les conditions des responsabilités délictuelles et contractuelles, un concours de demandes ou de fondements d'une même demande. Étant applicables les règles d'une ou d'autre des formes de responsabilité, ou les deux à la fois, selon le choix du demandeur ou la décision du juge. Un courant doctrinal plus ancien soutenu par le Tribunal Fédéral³¹⁹, voit dans le concours une pluralité de demandes différentes qui existent de façon autonome ayant pour objet une même prestation. Selon un courant plus récent, le lésé ne dispose pas de deux différentes demandes qu'il peut porter en justice alternative ou cumulativement, mais d'une seule demande fondée sur des dispositifs légaux différents.

Il existe plusieurs arguments en faveur de cette position. D'une part, il n'existe pas de rapport de spécialité entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, puisque toute violation d'un contrat n'est pas un acte illicite au sens du §823 du BGB qui n'est pas aussi large que la règle correspondante en droit français. En faveur du concours des responsabilités, on peut affirmer qu'en droit allemand est exclue la possibilité d'indemniser les victimes de préjudices non patrimoniaux – *Schmerzensgeld* – dans les actions d'ordre contractuel, à la différence du droit français qui admet l'indemnité de ce type de préjudice indépendamment de la nature contractuelle ou délictuelle, comme nous l'avons étudié auparavant. Selon Larenz il s'agit d'une réduction téléologique du domaine d'application des règles délictuelles en faveur des règles contractuelles³²⁰.

En suisse, la jurisprudence du Tribunal Fédéral admet le concours de demandes si l'examen des dispositifs légaux régulateurs du type contractuel en question ne suggère pas qu'ils visent à régler de façon exhaustive la responsabilité dans cette matière³²¹.

On trouve dans le Code civil italien une clause générale délictuelle formulée dans de termes aussi large que ceux du droit français. On pourrait ainsi supposer que le droit italien présente le même régime de concours de responsabilité civile. Pourtant, en Italie la

³¹⁸ Pour le droit anglais MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 44 ; pour le droit allemand voir DEUTSCH Erwin, *Zum Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung*, FS Michaelis, pp. 26 et s.

³¹⁹ BGH, 4 mars 1971, BGHZ 55, p: 392 ; aussi 7 novembre 1985, BGHZ 96, p. 221.

³²⁰ Cfr. LARENZ Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer Verlag, 1960, p. 270, Rapport de VLACHOS Georges, RIDC, 1962, Vol. 14, pp. 648-651.

³²¹ Arrêt du 20 janvier 1911, ATF, vol. 37/II, p. 1 et s ; et arrêt du 21 mai 1941, ATF, vol. 67/II, p. 132 et s. ; v. aussi GAUCH Peter, SCHLUEP Walter, SCHMID Jörg et REY Hein, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, Zurich, 1998, p. 168.

jurisprudence constante de la *Corte di Cassazione*³²² et la doctrine³²³ considèrent que le lésé à la possibilité de choisir le régime de responsabilité plus favorable dans ces hypothèses. Cette différence se justifie par la distinction dans la détermination des faits générateurs de la responsabilité délictuelle opérée par la doctrine et la jurisprudence italiennes. La doctrine italienne opère une délimitation du concept de préjudice injuste qui l'approche du fait illicite des droits allemand et suisse. D'où la similitude des solutions consacrées dans ces ordres juridiques au sujet de concours de responsabilité.

Dans la *common law* la doctrine admet, avec certaines exceptions, le concours de responsabilités. La Chambre de Lords a réitéré, de façon expresse, la possibilité pour la victime d'une inexécution contractuelle qui constitue à la fois un délit, de choisir l'un des deux régimes de responsabilité pour demander la réparation du dommage, sauf si les parties ont limité la responsabilité dans le contrat³²⁴. Cette approche a aussi été révélée par la célèbre affaire *Hedley Byrne c. Heller*, jugé par la Chambre de Lords en 1963, concernant la responsabilité délictuelle pour des préjudices purement patrimoniaux résultant d'une information erronée fournie par négligence.

Aux États-Unis, est admis le concours de responsabilités dans les hypothèses où l'inexécution d'un contrat cause une lésion physique au créancier et lorsque le débiteur viole un devoir de prudence résultant du contrat³²⁵. Mais étant donné le caractère fluctuant de la jurisprudence sur ce sujet, il n'est pas possible d'établir une règle générale sur le régime de ce concours.³²⁶ Certaines décisions reconnaissent au demandeur le droit de choisir entre ces demandes concurrentes si la question en cause a un caractère procédural ou, si elle a un caractère substantiel, à condition que la demande se fonde sur un préjudice patrimonial.³²⁷

³²² Arrêts du 16 avril 1951, FI 1951, Parte I, col. 1190 ; du 18 avril 1951, Giur. Ital. 1952, Parte I, Sezione I, col. 290 ; et du 20 octobre 1956, Giur. Ital. 1957, col. 16. V. aussi ROSSELLO, concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Nuova giurisprudenza civile ed commerciale, 1985, II, pp. 317 et s.

³²³ SCONAMIGLIO R, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, NssDI, vol. XV, pp. 677 et s ; DE CUPIS Adriano, Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Ann. Dir. Compar. E Studi Legisl. 1963, pp. 249 et s. ; VISINTINI Giovanna, Trattato breve della responsabilità civile, CEDAM, 2005, p. 223.

³²⁴ Dans ce sens, voir les discours dans l'affaire *Henderson c. Merrett Syndicates Ltd.* (1994) 3 All E.R. 506, par Lord Goff, p. 533, et Lord Browne-Wilkinson, p. 544. Voir aussi les arrêts rendus par la Chambre d'appel dans les affaires *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Mardon*, (1976) 2 All E.R. 5 p. 22 et 26 et *Batty and another c. Metropolitan Property Realizations Ltd. And others*, (1978) 2 All E.R. 445. Dans la doctrine voir Tallon Denis et Harris Donald, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 415.

³²⁵ Cfr. Keeton Page et Robert, *DOBBS Dan et OWEN David, The Law of Torts*, 5 éd., St. Paul, West Publishing Co., 1988, pp. 660 et 663.

³²⁶ Dans ce sens, Prosser Dean, *The Borderland of Tort and Contracts*, in *Selected Topics on the Law of Torts*, Arbor, 1953, p. 380 et s.

³²⁷ Keeton Page et Robert, *DOBBS Dan et OWEN David, The Law of Torts*, 5 éd., St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 666.

Ainsi, le demandeur pourra choisir entre les deux régimes de responsabilités si l'action se fonde sur des préjudices contractuels. En revanche, en ce qui concerne les dommages personnels la jurisprudence tend à appliquer la responsabilité délictuelle, en conformité avec la doctrine du « point le plus grave »³²⁸, même si les préjudices résultent de l'inexécution d'une obligation contractuelle.³²⁹ Il faut également noter que dans certaines hypothèses de préjudices patrimoniaux, les juges américains peuvent choisir eux-mêmes la responsabilité qui leur paraît la plus adéquate à la situation concrète en raison des règles en présence. Cette faculté a été mise en œuvre, par exemple, par la Cour Suprême de Pennsylvanie dans l'affaire *Griffith c. United Airlines*³³⁰, concernant la demande du bénéficiaire d'un testament d'une victime d'un accident d'avion contre les tiers qui ont causé les préjudices en tant que préposé de la compagnie.

L'analyse comparatiste du concours de responsabilités révèle que cette question dépend largement des caractéristiques propres de cette institution dans les différents ordres juridiques, rendant impossible l'analyse *in abstracto*. Ainsi, une définition assez large des faits générateurs de la responsabilité délictuelle avec une régulation très détaillée de la responsabilité contractuelle amène, comme en France, à l'exclusion de la possibilité de cumul afin de préserver le domaine de la responsabilité contractuelle. En revanche, le besoin de combler certains aspects moins favorables à la partie lésée dans une ou autre des responsabilités, comme en droit allemand, détermine la possibilité de choix par le demandeur. En *common law* on vérifie que ce problème est moins pertinent en raison du système de précédent et du caractère factuel de la jurisprudence qui analyse de façon singulière chaque situation juridique.

L'étendue de la catégorie délictuelle en droit international privé peut soulever des difficultés de qualification ou d'articulation avec d'autres règles de conflits³³¹. Plus généralement, l'évolution de la structure des droits internes a même parfois conduit à se demander si, une fois acquis le droit à réparation du préjudice subi selon la loi régissant la

³²⁸ KEETON Page et Robert, DOBBS Dan et OWEN David, *The Law of Torts*, 5 éd., St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 667.

³²⁹ Dans ce sens, l'arrêt rendu par la Cour Suprême de Californie en 1958 dans l'affaire *Comunale c. Traders & General Insurance Company*, 328 P. 2d 198.

³³⁰ Cour Suprême de Pennsylvanie, *Griffith c. United Airlines*, 203 A 2d 796.

³³¹ Ainsi, la vocation de la loi délictuelle à déterminer la transmissibilité du droit à réparation, doit cohabiter avec celle de la loi successorale. V. à ce sujet: Cass. crim., 4 juin 1941, DC 1942.4, note M. NAST ; S. 1944, I, p. 133, note BATIFFOL Henri ; JCP 1942, II, 2017, note MAURY ; TGI Pontoise, 8 mars 1966, RCDIP 1966, p. 463, note BATIFFOL Henri ; TGI Paris, 21 décembre 1966, RCDIP, 1967, p. 722, note H. BATIFFOL.

responsabilité, il ne conviendrait pas d'ériger la réparation elle-même en une catégorie autonome, affectée d'un rattachement propre³³².

§3 - La réparation comme catégorie de rattachement

Traditionnellement en droit international privé la réparation ne bénéficie d'aucun traitement spécifique et se trouve rattachée à la source de la responsabilité. En réalité, le seul arrêt qui traite de la question semble être l'arrêt *Lenten* rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 9 mars 1966³³³. Il s'agissait de la loi applicable aux conséquences dommageables de l'abordage, survenu en haute mer, d'un bateau de pêche français par un navire hollandais. La Cour de cassation énonce en termes généraux qu'« en matière de responsabilité délictuelle, le droit à la réparation du préjudice subi, étant la conséquence de la responsabilité, est déterminé par la loi qui régit celle-ci ». La doctrine française semble considérer l'évaluation des préjudices et intérêts comme une simple question de fait, n'intéressant pas les conflits de lois.³³⁴ L'assimilation de la responsabilité à l'obligation de réparer un préjudice a masqué la véritable nature de la notion de réparation³³⁵. La notion de réparation n'est pas perçue comme une notion autonome.

Néanmoins, selon M. Boskovic³³⁶, il faut créer une nouvelle catégorie juridique en droit international privé et européen en faveur de la réparation. Cette catégorie engloberait le contenu indiscutable de la réparation, autant dire ses modalités, l'évaluation des dommages-intérêts, la détermination de la monnaie de compte, ainsi que celle des intérêts, les dommages-intérêts punitifs, certaines conventions relatives à la réparation ainsi qu'à la solidarité.³³⁷ D'après cet auteur, les questions relatives à la réparation ne peuvent pas être classées correctement dans les catégories procédure ou responsabilité. Selon lui, « il s'avère que ces catégories obéissent trop exclusivement aux impératifs qui leur sont propres, pour répondre de manière satisfaisante aux problèmes posés par la réparation. Elles ne peuvent combler le vide que laisse l'absence d'une catégorie appropriée »³³⁸.

³³² V. en ce sens, BOSKOVIC Olivera, La réparation du préjudice en droit international privé, LGDJ 2003.

³³³ RCDIP, 1966, p. 636 ; D. 1966, p. 577, JCP G, 1967, II, 14994.

³³⁴ BOUREL Pierre, Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles, LGDJ, 1961, p. 255.

³³⁵ Cf. THIBIERGE CATHERINE, Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité, RTDCiv. 1999.561.

³³⁶ BOSKOVIC Olivera, La réparation du préjudice en droit international privé, LGDJ 2003, p. 139 et s.

³³⁷ Ibid. p.84 et s.

³³⁸ Ibid. p. 141.

Sans doute, la notion de *remedy* en droit anglais a une assise beaucoup plus solide que celle de réparation en droit français. On peut trouver les termes *the law of remedies* définis comme « la branche du droit qui traite des remèdes qui peuvent être exécutés à bon droit lorsque diverses sortes de droits ont été violés » et plus loin, le terme *remedy* lui-même défini comme « le droit à réparation qui va, dans la mesure du possible, rectifier les conséquences de la violation d'une obligation par l'autre partie dans la relation juridique »³³⁹. Il s'agit là d'une catégorie à part entière que nous ignorons en France³⁴⁰, mais la pertinence de cette catégorie peut être discutable.

À notre avis, la classification de la réparation dans la catégorie responsabilité fournit une solution satisfaisante. La création d'une nouvelle catégorie pourrait créer une multiplicité de lois applicables à la même situation. Malgré de bons arguments, M. Boskovic n'arrive pas à justifier l'indépendance conceptuelle de la réparation par rapport à la source de l'obligation. Il ne justifie pas non plus la différenciation du traitement de ces questions entraînant une multiplicité de lois applicables. Il n'est pas évident que le dépeçage soit la solution à privilégier au détriment de celle reposant sur un rattachement unique plus adapté à l'obligation non-contractuelle en cause. En effet, le rattachement à la loi de la responsabilité confère aux juges une plus grande flexibilité, très importante en commerce international. Elle facilite, par exemple, la prise en considération des conditions économiques et sociales du pays de résidence habituelle du demandeur.

Le règlement Rome II semble prendre le parti du droit français sur ce sujet. L'article 15 dispose clairement que le domaine de la loi applicable à la responsabilité englobe « les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables » (alinéa 1), ainsi que « l'existence, la nature et l'évaluation des préjudices, ou la réparation demandée » (alinéa 3)

CHAPITRE 2 - METHODES DE QUALIFICATION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Les systèmes juridiques nationaux utilisent traditionnellement deux méthodes pour réaliser le classement des situations internationales dans une catégorie juridique : la

³³⁹ WALKER David, *The Oxford companion of law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 1056.

³⁴⁰ VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 2008, LGDJ, 3^{ème}, p. 301.

qualification *lege fori*, qui consiste dans la qualification selon les catégories juridiques du droit du for et la qualification *lege causae*, selon les catégories juridiques de la loi potentiellement applicable. Des difficultés peuvent cependant apparaître en raison de l'existence de conflits de qualifications, où les divers systèmes juridiques en conflit peuvent classer une même situation dans des catégories juridiques différentes.

Le choix entre les deux méthodes dépend directement de la politique législative de chaque pays. Il est évident en effet que la qualification *lege causae* est incompatible avec un régime fondé sur le bilatéralisme de la règle de conflit, puisqu'elle exige que la définition des catégories de rattachement soit empruntée au droit étranger susceptible de s'appliquer, alors même que ces catégories constituent une partie intégrante des règles de conflit soumise au contrôle de l'État du for. La qualification *lege fori* (Section 1) est en fait inséparable d'un système de règles de conflit bilatérales, adopté par la plupart des systèmes nationaux. Dans la mesure où il appartient à l'État du for de déterminer le droit étranger applicable aux situations non soumises à sa loi interne, il lui revient nécessairement de préciser la matière propre à chaque règle de conflit.

Par contre, la qualification *lege causae* (Section 2) semble s'imposer dans les domaines pour lesquels le droit international privé du for laisse place à l'unilatéralisme. Dans ces hypothèses, l'État du for s'en remet aux règles de conflit d'un État étranger, donc également à la qualification des catégories de rattachement de ces règles.

En raison du développement croissant de conventions internationales, et surtout du droit communautaire européen, des nouveaux éléments se sont intégrés au droit international privé et influencent le mécanisme de la qualification correcte de la responsabilité précontractuelle (Section 5). L'avènement de l'approche comparative de la qualification (Section 3) a permis le droit international privé de gérer l'interopérabilité de systèmes et le développement d'une qualification communautaire autonome (Section 4).

SECTION 1 - LA REALITE CRITIQUABLE DE LA QUALIFICATION *LEGE FORI*

À suivre l'enseignement classique en France, la question de la qualification *lege causae* ou *lege fori* a été résolue définitivement par la jurisprudence dans un arrêt

*Caraslanis*³⁴¹, par lequel la Cour de cassation optait pour la qualification *lege fori*, en classant la situation de fait internationale qui lui est soumise dans une catégorie du for, indépendamment de toute considération de la qualification retenue par un droit étranger. Selon MM. Mayer et Heuzé pour qui « la qualification *lege fori* est seule défendable », « le problème de la qualification s'analyse en un problème d'interprétation de la volonté de l'auteur des règles de conflit ».³⁴²

Mais on adresse souvent des critiques à la qualification *lege fori*, lui reprochant de ne pas être respectueuse des lois étrangères. Les catégories juridiques dont la jurisprudence de droit international privé use comme référence pour appréhender ces institutions étrangères ne sont, en effet, que des constructions intellectuelles propres au système du for. Or, s'il ne rencontre pas la même distinction dans les droits étrangers, il risque de méconnaître sa réalité juridique ou tout au moins de se méprendre sur sa véritable nature³⁴³.

En réalité, toute assimilation d'une institution à une autre ne peut que dénaturer et l'une et l'autre de ces institutions. Cette dénaturation résultera tout simplement du besoin de rechercher systématiquement les éléments communs permettant une identification des catégories juridiques étrangères aux catégories juridiques du for en ignorant sciemment les éléments de divergences et donc les spécificités de l'institution étrangère.³⁴⁴ Même si MM. Mayer et M. Heuzé défendent la qualification *lege fori*, ils rappellent également « qu'un grave danger guette l'interprète de la règle de conflit : l'excessive prise en considération des classifications retenues par le droit interne du for »³⁴⁵. Certes, la qualification *lege fori* est, sans doute, la plus appropriée pour réaliser les objectifs de la règle de conflit bilatérale, mais la réduction des qualifications aux seules conceptions du for est un pur artifice lorsque l'institution en cause est inconnue de ce droit ou lorsqu'en cas de renvoi, le droit international privé étranger ne voit pas sa propre qualification respectée.

SECTION 2 - L'UTILITE DE LA QUALIFICATION *LEGE CAUSAE* EN CAS D'INSTITUTION INCONNUE

³⁴¹ ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, GAJFDIP n° 27, Caraslanis, 5^e éd., 2006, p. 250, n° 7.

³⁴² MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, Paris, Montchrestien, 2007, n° 156 et s.

³⁴³ ELHOUEISS Jean-Luc, Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé, JDI 2005, p. 284.

³⁴⁴ Ibid. p. 284.

³⁴⁵ P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, Paris, Montchrestien, 2004, n° 165.

La doctrine classique ne procède à aucune analyse concrète des lois potentiellement applicables au moment de la qualification, soient elles la loi du for ou une loi étrangère. Le recours à la *lex fori* pour déterminer la qualification se fait d'emblée, indépendamment de toute vérification de l'applicabilité de cette loi, au titre du caractère interne de la règle de conflit. La qualification *lege causae* est ainsi présentée comme une atteinte non pas à la loi matérielle du for mais à la règle de conflit du for. En revanche, dans la qualification *lege causae* ce n'est plus le rapport de droit international qui est qualifié mais la norme matérielle qui est étudiée pour vérifier si elle englobe ledit rapport de droit dans son champ d'application spatial.³⁴⁶

La qualification *lege causae* est souvent présentée comme à l'origine du conflit de qualifications lui-même. MM. Ancel et Lequette soutiennent que « confiant à chaque droit le travail de qualification, c'est-à-dire le soin de dénombrer les matières qu'à son avis embrasse la catégorie juridique qu'il est appelé à régir, la méthode (...) engendre un cumul ou conflit positif de désignation qui interdit toute solution si l'on n'est prêt à sacrifier une loi à l'autre (..) La méthode engendre le conflit, elle ne le résout pas »³⁴⁷. Une telle présentation ne laisse effectivement aucune place à la qualification *lege causae* qui apparaît comme illogique et contre-nature, l'argument du cercle vicieux - développé déjà par Niboyet³⁴⁸, constituant un obstacle important à l'adoption de la qualification *lege causae*.

Comme l'ont souligné MM. Ancel et Lequette, Bartin n'arrive à découvrir un conflit de qualifications dans l'affaire *Bartholo* que parce que « l'opération de qualification est dédoublée : il y est procédé une fois selon la loi maltaise et une fois selon la loi française »³⁴⁹. En raisonnant comme si l'ensemble de ces ordres juridiques était potentiellement applicable, Bartin aurait négligé une règle fondamentale de la démarche savignienne, celle de « l'antériorité de l'ordre interne sur l'ordre international ».³⁵⁰ Or, à ce stade du raisonnement conflictuel savignien, aucun système juridique ne peut être présumé applicable : le juge saisi ne peut puiser les solutions des problèmes de qualifications qu'il affronte qu'au sein du for. C'est l'argument de « cercle vicieux » qui a été opposé par les adversaires de la qualification *lege causae*. Cet argument consiste en somme à ce qu'on ne puisse pas savoir la loi applicable au fond qu'une fois le conflit de qualifications résolu et la règle de conflit appropriée précisée. La

³⁴⁶ ELHOUEISS Jean-Luc, Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé, JDI, 2005, p. 299.

³⁴⁷ ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, GAJDIP n° 27, Caraslanis, p. 247, n°3.

³⁴⁸ NIBOYET Jean-Paul, Traité de droit international privé français, Paris, Sirey, t. I, 1947, 2éd., n° 416.

³⁴⁹ ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, GAJDIP, n° 9, 5° éd., 2006, Bartolo, p. 76, n° 6.

³⁵⁰ ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, GAJDIP, n° 27, Caraslanis, 5° éd., 2006, p. 250, n° 7.

qualification *lege causae* est ainsi rejetée par la doctrine classique au motif essentiel qu'elle n'est pas apte à s'insérer dans la technique savignienne de résolution du conflit de lois.

Certes, la qualification *lege fori* respecte le sens de la règle de conflit, mais corrompt le sens de la loi matérielle étrangère éventuellement applicable. D'ailleurs, ignoré au stade du choix de la catégorie de rattachement, le conflit est incontournable au moment de l'application de la loi matérielle étrangère, qui s'appliquera alors en dehors de toute volonté d'application. La technique de la qualification *lege causae* a finalement le mérite d'être fondée sur l'universalité des rattachements, lui conférant sa plus grande légitimité. En effet, alors que la qualification *lege fori* puise ses solutions dans les catégories du for, par essence différentes des catégories étrangères, la qualification *lege causae* puise ses solutions au sein des différentes législations applicables.

M. Elhoueiss propose ainsi, que le choix entre ces différentes législations se fasse à partir des critères de rattachement, territoriaux ou personnels, indépendamment de toute qualification préalable. C'est le critère de rattachement qui devrait conditionner l'application de la législation, étrangère ou non. La détermination de ce critère, tiré de la règle de conflit du for, constituerait alors le point de départ du raisonnement internationaliste.³⁵¹ Selon la qualification *lege causae*, la qualification de droit français ne jouerait alors un rôle dans la résolution du litige que dans la mesure où le critère de rattachement français désigne le système juridique français.

Certaines doctrines ont cherché à atténuer les inconvénients de la qualification *lege fori* par la prise en considération des catégories juridiques de la *lex causae*. En premier lieu, ce fut la proposition de Batiffol pour qui, dans les hypothèses d'introduction d'une institution étrangère inconnue du for, il faudrait procéder à une analyse *lege causae* de cette institution avant de réaliser la qualification *lege fori*. Cette qualification *lege causae* préalable se ferait à titre informel, pour comprendre la nature du problème posé, le classement dans le for reprenant aussitôt après ses droits. Il est admis qu'à titre préliminaire, avant de faire jouer la qualification *lege fori*, le juge peut interroger le droit étranger dont émane l'institution en cause, pour en vérifier la nature et permettre au juge du for de procéder à la meilleure qualification possible.³⁵²

³⁵¹ ELHOUEISS Jean-Luc, Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé, JDI, 2005, p. 308.

³⁵² BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité élémentaire de droit international privé, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 294 s. ; BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, Dalloz, 1956, p. 37-47.

Aujourd'hui, le problème de la qualification internationale est résolu, au sein de l'Union européenne, par l'interprétation uniforme faite par la Cour de justice des communautés européennes (ci-après, CJCE) des normes communautaires, y compris en établissant des qualifications autonomes. Cependant, le problème persiste par rapport aux nouvelles institutions juridiques qui peuvent surgir et, surtout, aux figures inconnues en Europe, originaires d'un pays tiers dont le droit a été désigné comme applicable. C'est le cas, par exemple, comme nous le verrons, de la divergence de qualification de la responsabilité précontractuelle entre le règlement Rome II et le droit suisse et turc. Si la divergence entre qualification contractuelle ou délictuelle n'est plus essentielle dans les droits suisse et turc, cette divergence a une importance indéniable pour le droit international privé.

L'attachement dogmatique au principe de la qualification *lege fori* aboutit également à des résultats paradoxaux en matière de renvoi.³⁵³ L'hypothèse du renvoi prend en considération la qualification propre à la règle de conflit du système de droit international privé désigné comme applicable, puisque la détermination d'un droit national comme applicable, implique également l'application du droit international privé de cet État.

Ainsi, en cherchant systématiquement à procéder au classement des lois dans des catégories abstraites par la qualification *lege fori*, la doctrine semble avoir créé une différence artificielle entre les conflits de rattachements et de catégories, divergence qu'une partie de la doctrine propose de résoudre par le jeu du renvoi de qualifications. Ce conflit ne résulte pas de la diversité des critères de rattachement mais de la conception propre que se fait chaque législation du contenu des catégories de rattachement dans laquelle elle classe une situation juridique. Le renvoi a donc ici pour origine un conflit de qualification entre la *lex fori* et la *lex causae*³⁵⁴. Admettre le renvoi de qualifications ne serait que la conséquence directe de l'admission du principe de la qualification *lege causae* de la catégorie de rattachement en cas de renvoi.³⁵⁵

³⁵³ Voir LEQUETTE Yves, Le renvoi de qualification, in Mélanges HOLLEAUX, 1990, pp. 249 s., JAYME Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne, dans Rec. des Cours, tom. 251 (1995), pp. 111-114 ; RIGAUX François, La théorie des qualifications en droit international privé, 1956, pp. 313-314 et 317-318 ; WENGLER Wilhelm, Réflexions sur la technique de qualifications en droit international privé, RCDIP, 1954, p. 688.

³⁵⁴ LEQUETTE Yves, Le renvoi de qualifications, In Mélanges Holleaux, p. 259, n° 17.

³⁵⁵ Ibid. n° 17 ; également, BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité élémentaire de droit international privé, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 310. Contre le renvoi de qualifications, LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, 7^e éd., 2001, Dalloz, n° 198-3.

La théorie du renvoi de qualification utilise le même fondement et la même méthode que le renvoi traditionnel basé sur le conflit négatif de rattachements³⁵⁶. C'est la seule manière pour le renvoi de qualifications de trouver un fondement juridique. Ainsi, étant donné que le règlement Rome II, dans son article 24³⁵⁷, exclut expressément le renvoi en raison d'un conflit négatif de rattachements, le renvoi de qualifications ne doit pas être envisageable en Europe en matière de détermination de la loi applicable à la responsabilité précontractuelle.

L'exclusion du renvoi par le règlement Rome II ne s'explique pas par la nature des questions de droit en cause³⁵⁸, le renvoi pouvant s'appliquer, en théorie, à la matière délictuelle, sauf s'il existe une règle de conflit à caractère substantiel. Cette exclusion s'explique surtout par la menace d'atteinte à l'uniformité et à la prévisibilité qu'un tel mécanisme fait planer sur un texte conventionnel international. Puisqu'il a un caractère universel, le règlement peut désigner les lois d'États tiers. Si l'on acceptait d'appliquer les règles de conflit de ces États, par hypothèse distinctes de celles des États membres, ce renvoi risquerait de conduire à une loi dont la compétence n'était pas prévue.³⁵⁹ Le texte tend en effet à l'harmonie des solutions dans l'espace communautaire. En effet, tous les États de l'Union n'admettent pas le jeu du renvoi – c'est le cas du Portugal et des Pays-Bas – de sorte qu'en tolérer l'usage pourrait finalement conduire à l'application d'une loi substantielle différente selon l'État membre dont les juridictions seraient saisies.

En conséquence, la désignation d'une loi par les règles de conflit uniformes signifie la désignation des règles matérielles de ce droit, à l'exclusion de ses règles de droit international privé, y compris lorsque le droit désigné est celui d'un État tiers.

SECTION 3 - DE L'APPROCHE COMPARATIVE A LA NOTION AUTONOME

Le droit international privé et le droit de l'Union européenne ont en commun de gérer l'interopérabilité de systèmes. Par définition, ces disciplines mettent en présence des notions juridiques nées dans des contextes hétérogènes que le juriste doit s'efforcer de faire coexister.

³⁵⁶ DROZ Georges, *Regard sur le droit international privé comparé*, Rec. des cours de La Haye, 1991, t. IV, n° 366 et s. ; contre LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 7^e éd., 2001, n° 198.

³⁵⁷ « Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé ».

³⁵⁸ PIEDELIÈVRE Stéphane, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) - 2^{ème} partie*, GP, 30 octobre 2007 n° 303, p. 9.

³⁵⁹ LÉGIER Gérard, *Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, JCP G, n° 47, 21 Novembre 2007, I, p. 18.

Dans ce contexte, la comparaison cherche à déceler une équivalence fonctionnelle des institutions juridiques, au-delà de leur configuration formelle.

Même si le législateur national utilise des termes empruntés à sa législation interne, ces termes ne peuvent pas avoir le même contenu et la même construction que dans le droit national interne, parce qu'ils répondent à des objectifs de situations internationales³⁶⁰. Il s'agit donc d'un contenu et d'une construction qui peuvent être conçus par des données du droit comparé. Du moment que certains pays ont voulu régler leurs relations mutuelles et harmoniser leurs propres systèmes à travers une convention internationale, ils doivent tenir compte de la signification qu'un contenu peut avoir dans tous ces systèmes³⁶¹.

S'agissant de conventions ouvertes et d'application universelle à toute situation et à tout rapport ayant un caractère international, comme c'est le cas des règlements Rome I³⁶² et II, il faut prendre en considération pour l'interprétation des termes utilisés, non seulement les droits des pays contractants, mais plus largement la pratique internationale et les données du droit comparé. Le contenu des concepts utilisés doit répondre à de données internationales et universelles que seul le droit comparé peut procurer³⁶³. C'est le cas des règlements communautaires Rome I et II, la CJCE devant dans l'avenir interpréter ces règlements selon une approche comparative et cherchant à donner une qualification autonome des notions présentes dans ces textes, indépendamment des notions retenus par les systèmes juridiques nationaux.

La CJCE a déjà élaboré une définition autonome de plusieurs concepts servant à définir les règles de compétence et le champ d'application de la Convention de Bruxelles. Ainsi en-a-t-il été des notions de matière civile et commerciale³⁶⁴, matière délictuelle et extracontractuelle³⁶⁵, ou encore du lieu où le fait dommageable s'est produit³⁶⁶. La Cour a même reconnu ouvertement la priorité de l'interprétation autonome sur la méthode de renvoi au droit national.³⁶⁷

³⁶⁰ VOULGARIS Ioannis, Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé, in Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Société de Législation Comparée, 1999, p. 198.

³⁶¹ NIBOYET Jean-Paul, Le problème de qualifications sur le terrain des traités diplomatiques, dans RCDIP, 1935, pp. 1 s.

³⁶² Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

³⁶³ Voir ROCHFELD Judith, CJCE et notions autonomes de droit contractuel, RDC, 2005, p. 1001.

³⁶⁴ CJCE 14 octobre 1976, Eurocontrol, Aff. C29/76.

³⁶⁵ CJCE, 27 septembre 1988, Kalfelis, Aff. C189/87.

³⁶⁶ CJCE 30 novembre 1976, Mines de Potasse d'Alsace, Aff. C21/76.

³⁶⁷ CJCE 13 juillet 1993, Mulox, Aff. IBC. C125/92 et CJCE 9 janvier 1997, Rutten, Aff. C383/95.

Le cas est différent si le concept utilisé est propre à un seul système ou à un groupe de systèmes, comme c'est le cas du terme *trust* propre aux systèmes de la *Common Law*. Dans ce cas, le contenu du terme et l'interprétation du concept se feront par référence à ces systèmes, qui connaissent l'institution désignée par ce concept.³⁶⁸

La comparaison en vue de définir le contenu de ces concepts ne se fait pas par des critères conceptuels, par essence variables, mais par un critère fonctionnel, donc fixe ; ce critère fonctionnel de comparaison découle, non seulement du terme correspondant utilisé et de la fonction remplie en droit interne par l'institution que ce terme désigne, mais également de la structure et du caractère d'homogénéité sur un plan international qui sont exigés par l'utilisation du rattachement de la règle.³⁶⁹

La méthode d'interprétation autonome, développée par la CJCE est appelée à connaître un essor considérable avec le développement du droit international privé communautaire faisant suite à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. L'opération de qualification doit se faire dans l'indépendance du droit interne du for et dans la dépendance du droit communautaire ou, du moins, de la jurisprudence communautaire. Autrement dit, avec l'interprétation autonome du droit international privé communautaire, le droit matériel de la *lex fori* se trouve dépossédé du rôle qui lui est traditionnellement assigné dans l'opération de qualification. Il ne doit plus être le support conceptuel à la qualification du litige au regard des règles de droit international privé.

Sur le plan des principes, l'interprétation autonome confère donc à la qualification des règles de droit international privé un tour résolument inédit. Il ne s'agit pas d'une qualification *lege fori*, ni même d'une qualification *lege causae*, car l'ordre juridique au regard duquel celle-ci doit s'opérer n'est pas celui qui désigne la règle de conflit. Lorsqu'elles ont fait l'objet d'une interprétation autonome par la CJCE, les règles communautaires tendant à résoudre les conflits de lois relèvent devant les juridictions internes d'un mode nouveau de qualification, *lege*

³⁶⁸ À titre d'exemple il faut mentionner ici l'art. 1^{er} § 2 h du Règlement CE 593/2008, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), qui exclut le *trust* et sa constitution du domaine d'application de ce Règlement.

³⁶⁹ VOULGARIS Ioannis, *Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé*, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Société de Législation Comparée*, 1999, p. 203.

commune en quelque sorte³⁷⁰. C'est la loi commune, en l'espèce le droit communautaire, qui est réputée gouverner l'opération de qualification.³⁷¹

On prête bien souvent à cette méthode d'interprétation de nombreuses qualités, notamment celle de permettre une application uniforme des textes sur lesquels elle porte et de proscrire ainsi tout risque de *forum shopping*. Pourtant, un examen plus attentif permet de constater que l'interprétation autonome ne parvient pas réellement aux fins qui lui sont assignées. La réception par les cours et les tribunaux des États membres des notions autonomes définies par la CJCE fait en réalité place à un retour de la *lex fori*, lequel limite considérablement l'aptitude de celles-ci à obtenir une application uniforme du droit international privé communautaire.

Les juridictions internes n'ont pas cette liberté. Pour qualifier *lege commune*, elles doivent nécessairement se fonder sur un système préexistant. En l'absence, pour le moment en tout cas, de celui-ci, elles ne peuvent en pratique se passer de leur *lex fori* afin de procéder à l'opération de qualification au regard d'une notion autonome.³⁷² Cette résurgence devant les juridictions internes de la *lex fori*, à la fois en matière d'interprétation et de qualification des notions communautaires, limite considérablement la portée uniforme de l'interprétation autonome. Elle entraîne une relativité dans l'application des textes de droit international privé communautaire que seul un *corpus* de droit matériel européen est en mesure d'endiguer, comme nous le verrons dans la dernière partie de cette thèse.

La méthode comparative est au cœur des travaux doctrinaux transnationaux qui ont fleuri ces dernières années, comme nous analyserons dans le deuxième livre de cette thèse, visant à proposer des règles servant de modèle pour l'harmonisation du droit privé européen.

En résumé, nous connaissons l'adhésion dépourvue de toute ambiguïté, de la jurisprudence française à la qualification *lege fori*³⁷³. Adhésion qui semble se confirmer par la lecture et la logique des Règlements Rome I et II. Néanmoins, il faut admettre que la loi étrangère peut avoir un rôle à jouer dans le processus même de la qualification. Comme l'a très justement relevé Batiffol³⁷⁴, l'opération de qualification comporte deux phases : une phase

³⁷⁰ Ce type de qualification n'est pas sans lien avec l'idée défendue, en son temps, par Rabel selon laquelle les conflits de qualifications pourraient être supprimés en ayant recours à des catégories distinctes de celles du for et dotées d'une portée universelle. V., par cet auteur, Le problème de la qualification, RCDIP, 1933, p. 201.

³⁷¹ AUDIT Mathias, L'interprétation autonome du droit international privé communautaire, JDI 2004-3, p. 813.

³⁷² Ibid. p. 815.

³⁷³ Cass.civ. 1, 29 juin 1955, Caraslanis, RCDIP, 1955, p.723, note BATIFFOL Henri.

³⁷⁴ BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Droit International Privé, LGDJ, 1981, p. 342, n° 294.

d'analyse et une phase de jugement. Dans la qualification *lege fori*, la phase d'analyse devrait être menée *lege causae*. Seule la phase du jugement est nécessairement soumise à la loi du for. Un problème de qualification peut se poser à ce niveau pour le juge français si l'instrument en cause n'est pas connu de son droit. Nous pouvons imaginer l'hypothèse d'une nouvelle forme ou document précontractuel inconnu du droit du for.

Selon Bucher et Bonomi, la référence exclusive au droit matériel du for est insuffisante car ce droit est fait pour des situations internes, et le droit étranger désigné peut connaître des institutions inconnues du droit du for, de sorte qu'il convient, à propos d'un « rapport de droit né sous l'emprise d'une loi étrangère », d'effectuer une « certaine qualification préliminaire selon la loi étrangère », indispensable pour identifier l'institution en cause ; de plus, l'application du droit étranger peut nécessiter une « qualification secondaire ».³⁷⁵

Mais avant tout, il faut actuellement prendre en compte la qualification autonome du droit communautaire de la responsabilité précontractuelle, établie par l'arrêt *Tacconi* et confirmé par les règlements Rome I et II, représentant aujourd'hui la catégorie française applicable pour la qualification en droit international privé.

Étant déterminé le caractère délictuel de la responsabilité précontractuelle, selon la qualification française et communautaire, il convient maintenant d'établir les règles selon lesquelles le droit international privé va déterminer la loi applicable à la responsabilité précontractuelle.

SECTION 4 - LA QUALIFICATION COMMUNAUTAIRE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Dans son arrêt *Tacconi* du 17 septembre 2002, la CJCE s'est prononcée pour la qualification délictuelle³⁷⁶ du contentieux concernant la rupture des pourparlers précontractuels « en l'absence d'engagement librement assumé par une partie envers l'autre »³⁷⁷. Le demandeur

³⁷⁵ BUCHER Andreas et BONOMI Andrea, Droit international privé, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2004, n° 533 et s.

³⁷⁶ Donc relevant de l'option de 5 § 3 et non de 5 § 1 du règlement Bruxelles I.

³⁷⁷ CJCE 17 sept 2002, C-334/00, RCDIP, 2003, p. 668, note RÉMY-CORLAY Pauline ; JCP G, 2003, I, p. 152, n° 8, obs. VINEY Geneviève ; Defrénois, 2003, 254, obs. LIBCHABER Rémy ; Revista Española de Derecho Internacional, 2002, vol. LIV, pp. 878-881, REQUEJO ISIDRO Marta ; JDI, 2003, pp. 668-671, HUET André ; MANKOWSKI Philip, Die Qualifikation der culpa in contrahendo. Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, IPRax., 2003, n° 2, pp. 127-135 ; FRANZINA Pietro, La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo, Rivista de diritto internazionale, 2003, vol. LXXXVI, núm. 3, pp.

invoquait la rupture par le défendeur de son obligation de bonne foi, imposée au cours des pourparlers par l'article 1337 du Code civil italien. Cette qualification était difficile en raison des divergences des droits des États membres, la responsabilité délictuelle étant retenue pour les uns, comme la France, la contractuelle pour les autres, comme l'Allemagne, la quasi contractuelle par la Suisse, ou encore d'autres mécanismes, comme l'*estoppel* en Angleterre³⁷⁸.

§1 - Une qualification cohérente

Retenant une solution en harmonie avec celle de la CJCE, les auteurs du règlement Rome II ont inclus la responsabilité précontractuelle dans son champ d'application défini par l'article 2. Parallèlement, les obligations résultant d'une relation précontractuelle ont été formellement exclues du domaine du règlement Rome I³⁷⁹.

L'élaboration de règles destinées à préciser le domaine de la loi applicable à la responsabilité précontractuelle par le règlement Rome II s'explique par les divergences apparues entre les États, notamment sur le terrain de la qualification, divergences qui, si elles n'étaient pas supprimées, risquaient d'empêcher l'harmonisation envisagée. Le caractère délictuel est ainsi prépondérant dans le domaine communautaire. On maintient la cohérence entre les instruments communautaires de droit international privé - Règlements Rome I, II et Bruxelles I³⁸⁰.

Deux conceptions s'opposent sur l'intégration de notions autonomes au sein du droit communautaire. La question est de savoir si les qualifications retenues, en application des textes de Bruxelles, doivent être reconduites lors de la mise en œuvre des règlements Rome I et

714-745 ; VINAIXA I MIQUEL Monica, La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del convenio de Bruselas de 1968, Revista de derecho comunitario europeo, année n°6, n° 13, 2002, p. 977. Dans le même sens, voir Paris, 1^{re} ch., sect. D., 3 avril 2002, Arrêt Finagro, LPA, 15 octobre 2002 n° 206, p. 16 ; BERTOLI Pierre, Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza fonderie meccaniche Tacconi, Rivista de diritto internazionale privato e processuale, 2003, p. 109.

³⁷⁸ Voir MUIR WATT Horatia, Les pourparlers: de la confiance trompée à la relation de confiance, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz Thèmes et commentaires, 2003, p.53.

³⁷⁹ BOLLÉE Sylvain, À la croisée des règlements Rome I et Rome II: la rupture des négociations contractuelles, D. 2008, p. 2161 ; LIBCHABER Rémy, Defrénois, 28 février 2003 n° 4, p. 254.

³⁸⁰ Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. ARENAS GARCIA Rafael, La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 2006, t. VI, pp. 393-415, spéc. 396.

Rome II³⁸¹ Plusieurs auteurs³⁸² apportent à cette question une réponse positive. Selon Mme Gaudemet-Tallon, « il est souhaitable que les textes qui sont à la base d'un véritable droit international privé européen soient, aussi souvent que possible, interprétés de façon convergente et, en particulier, que la notion de « matière contractuelle » ait la même signification pour les conflits de lois et pour les conflits de juridictions »³⁸³. Il est certain que l'unité de qualifications a des avantages indéniables en vue de favoriser la simplicité, cohérence et sécurité juridique. En tout état de cause, la probabilité qu'elle reçoive le soutien de la CJCE est assez importante³⁸⁴.

À l'opposé, un autre courant doctrinal se prononce en faveur d'une possible divergence des qualifications³⁸⁵. Repoussant « la tentation du parallélisme », les partisans de cette conception voient, « entre le conflit de juridictions et le conflit de lois, une fausse symétrie » et jugent l'« unité des qualifications hors de propos »³⁸⁶. La Cour de cassation donne des signes de ce qui pourrait être un ralliement à cette thèse. Le premier concerne la sous-traitance internationale : bien que l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage relève, en vertu de la jurisprudence *Jakob Handte*, de la matière délictuelle pour ce qui est de la détermination du tribunal compétent, la haute juridiction, dans le champ des conflits de lois, rend ses arrêts sur le fondement de la Convention de Rome relative aux obligations contractuelles, et ce pour décider que la loi française est une loi de police³⁸⁷. Second signe dans le même sens, la Cour affirme que les contrats de distribution ne sont pas des contrats de services au regard de l'article 5-1 « b » du règlement Bruxelles I³⁸⁸, alors que le

³⁸¹ T. AZZI, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009, p. 1621.

³⁸² HENRY Alexandre, Qualification et conflits de juridictions, thèse, Reims, 2005, n° 617 s. ; KENFACK Hugues, Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation ?, JDI, 2009, vol. 1, n° 10 ; NOURISSAT Cyril, Le champ d'application du règlement Rome II, in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Litec, 2008, p. 13, spéc. p. 20.

³⁸³ GAUDEMET-TALLON Héléne, Compétence et exécution des jugements en Europe, LGDJ, 3^e éd., 2002, n° 183.

³⁸⁴ BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, Droit international privé, t. II, PUF, 2007, n° 959 ; MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, Montchrestien, 9^e éd., 2007, n° 752-1.

³⁸⁵ AZZI Tristan, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009, p. 1621.

³⁸⁶ NIBOYET Marie-Laure et GEOFFRE de La PRADELLE Géraud de, Droit international privé, LGDJ, 2007, n° 252 ; HAFTEL Bernard, La notion de matière contractuelle en droit international privé, thèse, Paris II, 2008, n° 44 s.

³⁸⁷ Depuis Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, Agintis, D. 2008, Pan. 1510, obs. COURBE Patrick ; RTDCom. 2008, p. 456, obs. DELEBECQUE Philippe ; JCP G 2008. II. 10000, note d'AVOUT Louis. En dernier lieu, Cass. civ. 3, 25 févr. 2009, D. 2009, AJ. 806, obs. DELPECH Xavier.

³⁸⁸ Depuis Cass. civ. 1, 23 janv. 2007, D. 2007, Jur. 1575, note KENFACK Hugues, Pan. 2571, obs. BOLLÉE Sylvain ; JCP G 2007, II, 10074, note AZZI Tristan ; RTDCom. 2007, p. 588, obs. BOULOC Bernard, et p. 630, obs. DELEBECQUE Philippe ; RDC 2007, p. 887, obs. DEUMIER Pascale ; JDI 2008, p. 521, note JACQUET Jean-Michel. En dernier lieu, Civ. 1, 9 juill. 2008, RCDIP 2008, p. 863, note SINDRES David.

considérant n° 17 du règlement Rome I les range pourtant dans cette catégorie. Cette conception dualiste de la qualification a cela de critiquable qu'elle opère, non plus entre deux ordres juridiques, mais au sein d'un même ordre juridique, en l'occurrence communautaire³⁸⁹. Or, la qualification est un élément essentiel de l'ordre juridique : la rigueur de l'une contribue à la cohérence de l'autre. Dans la mesure du possible, il est donc préférable d'éviter, pour une situation donnée, une pluralité de qualifications.

Si la valeur normative est discutable³⁹⁰, les préambules des règlements Rome I et Rome II n'en constituent pas moins une source privilégiée pour qui cherche à interpréter ces instruments. Le considérant n° 7 de chacun de ces textes invite à faire en sorte que son « champ d'application matériel » et ses « dispositions » soient « cohérents » non seulement par rapport à l'autre règlement en matière de conflit de lois, mais aussi par rapport au règlement Bruxelles I. C'est bien là suggérer que soient retenues des qualifications identiques³⁹¹. La responsabilité précontractuelle constitue une parfaite illustration de cette convergence entre les textes communautaires de droit international privé³⁹². Le juge communautaire estime, en application des textes de Bruxelles, que la responsabilité pour rupture de pourparlers est de nature délictuelle³⁹³. Sont exclues du champ d'application du règlement Rome I (article 1. 2. « i »), « les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat » sont en effet couvertes par le second en tant qu'obligations non contractuelles (article 12)³⁹⁴.

§ 2 - Domaine de la sous-catégorie responsabilité précontractuelle en droit communautaire

³⁸⁹ AZZI Tristan, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009, p. 1621.

³⁹⁰ LEMAIRE Sophie, Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I, D. 2008, Dossier 2157.

³⁹¹ KENFACK Hugues, Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?, JDI, 2009, p. 1 ; NOURISSAT Cyril, Le champ d'application du règlement Rome II, in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, LexisNexis, Litec, 2008, p. 13.

³⁹² Sur la question, voir BOLLÉE Sylvain, A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles, D. 2008, Dossier 2161 ; SERAGLINI Christophe, Le droit international privé de la période précontractuelle, in DESHAYES Olivier (dir.) L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 77.

³⁹³ CJCE 17 sept. 2002, Tacconi, précitée.

³⁹⁴ V. aussi le considérant n° 10 du règlement Rome I. Pour une vue d'ensemble de l'article 12, voir VOLDERS Bart, Culpa in Contrahendo in the Conflict of Laws: a Commentary on Article 12 Rome II, in: SARCEVIC Petar, VOLKEN Paul et BONOMI Andrea (dir.), Yearbook of Private International Law 2007, vol. IX, Munchen, Sellier, 2008, p. 127 et s.

Le règlement Rome II ne distingue pas les hypothèses de responsabilité précontractuelle couvertes par l'article 12³⁹⁵, ce qui soulève une importante discussion face à la diversité des situations qui peuvent s'intégrer à la responsabilité précontractuelle, autant dire la violation d'un devoir de bonne foi, la violation d'un devoir de renseignement dans le cas de rupture ou d'annulation d'un contrat, les contrats préliminaires, etc.

Dans ce sens, plusieurs auteurs ont considéré que l'arrêt *Tacconi* ne devait pas servir à exclure définitivement toutes les hypothèses de responsabilité précontractuelle du domaine contractuelle.³⁹⁶ En absence d'une position claire du règlement Rome II, l'analyse du commentaire 30 est de grande importance³⁹⁷.

Ce commentaire explique que « le concept de *culpa in contrahendo* est autonome aux fins du présent règlement, et il ne devrait pas nécessairement être interprété au sens du droit national. Il devrait inclure la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles. L'article 12 ne s'applique qu'aux obligations non contractuelles présentant un lien direct avec les tractations menées avant la conclusion d'un contrat. Par conséquent, si une personne subit des dommages corporels au cours de la négociation d'un contrat, l'article 4 ou d'autres dispositions pertinentes du présent règlement devraient s'appliquer ». Ainsi, ce commentaire incorpore expressément dans le champ d'application du règlement le devoir de renseignement et la rupture de pourparlers, mais aussi les devoirs de protection propres au droit allemand.

À propos des contrats préliminaires, les différends qui peuvent s'élever à leur sujet ont une nature contractuelle, aussi bien sur le terrain de la compétence juridictionnelle que sur celui de la compétence législative. Mais les textes des nouveaux instruments communautaires

³⁹⁵ Article 12 :

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

2. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est: a) celle du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes de ce fait surviennent ; ou b) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment où le fait générateur du dommage se produit, la loi de ce pays ; ou c) s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays ».

³⁹⁶ Cf. PERTEGAS Marta, *The notion of contractual obligation in Brussels I and Rome I*, in MEEUSEN J., PERTEGAS M. et STRAETMANS P. (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Ambers/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2004, pp. 175-190, p. 186 ; HUET André, *JDI*, 2003, vol. 130, núm. 2, pp. 668-671, p. 670.

et leurs commentaires ne sont pas clairs sur la matière. L'article 1. 2 « i » du règlement Rome I écarte du champ d'application du règlement toutes « les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat », sans faire de distinction entre obligations contractuelles et non contractuelles. De son côté, l'article 12 du règlement Rome II n'a trait qu'aux obligations de nature « non contractuelle » résultant de tractations, de sorte qu'il ne s'applique certainement pas aux avant-contrats. De prime abord, ceux-ci ne semblent donc pas être régis ni par le règlement Rome I ni par le règlement Rome II³⁹⁸. En réalité, afin de les soumettre au règlement Rome I, il suffit de considérer qu'ils sont bien des contrats à part entière et non de simples « tractations menées avant la conclusion d'un contrat »³⁹⁹.

À notre avis, il faudrait une disposition propre pour chaque hypothèse de responsabilité précontractuelle, une disposition sur la rupture de pourparlers et une autre sur le devoir de renseignement. Les critères de rattachements retenus pour la responsabilité précontractuelle ont une efficacité différente selon les hypothèses envisagées. Si dans le cas de violation du devoir de renseignement, le rattachement à la *lex contractus* semble le plus approprié, cette solution n'est pas la meilleure en cas de rupture de pourparlers, où la règle devrait prendre en compte l'endroit où les pourparlers se sont déroulés et en cas de pourparlers à distance, la loi de la résidence habituelle commune. En outre, un renvoi exprès de l'article 12 du règlement Rome II aux dispositions du règlement Rome I devrait éviter la polémique sur le régime applicable aux contrats préliminaires.

Malgré ces quelques imprécisions, nous pouvons nous féliciter des dispositions du règlement Rome II. Le fait d'avoir une qualification autonome uniforme et de s'agir d'un règlement universel, qui exclut encore le renvoi, a apporté une solution aux éventuels conflits de qualifications puisqu'une loi unique sera appliquée à tout le litige précontractuel, celle du contrat selon le règlement Rome I, évitant tout risque de multiplicité de lois applicable à une même situation. Le conflit de qualification devient ainsi caduc. Sauf pour le cas d'institution inconnue du droit du for et encore non interprété par la CJCE.

³⁹⁷ Cf. GARCIA RUBIO Maria, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 22 ; ALVAREZ GONZALEZ Santiago, *La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en el DIPr. español*, *Revista española de derecho internacional*, 1990, vol. XLIII, n° 1, pp. 125-152, spéc. 127.

³⁹⁸ LAGARDE Paul, *Rapport de synthèse*, In CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 201, spéc. p. 202.

³⁹⁹ Voir BOLLÉE Sylvain, *A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles*, D. 2008. Dossier 2163 ; SERAGLINI Christophe, *Le droit international privé de la période précontractuelle*, in DESHAYES Olivier (dir.) *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, n° 11.

TITRE II - METHODES DE DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

L'enjeu du règlement du conflit de lois est important en matière de responsabilité délictuelle, car hormis quelques secteurs partiellement harmonisés au sein de l'Europe, comme la responsabilité du fait des produits, de profondes différences affectent toujours le contenu substantiel des droits nationaux et sont au demeurant source de *forum shopping*.

La loi applicable à une situation internationale peut être déterminée selon l'application d'une règle de conflits de lois ou par l'application d'une règle matérielle uniforme, sans avoir besoin de passer par la longue démarche conflictuelle. Il n'existe pour le moment aucune règle matérielle applicable à la responsabilité précontractuelle au niveau international.

Il faut d'abord mentionner que certaines conventions d'unification du droit des contrats omettent la discipline de la responsabilité précontractuelle. C'est le cas de la Convention de Varsovie de 1929, de la Convention de Genève de 1956 et la Convention de Berne de 1980, en matière de transports. La Convention de la Haye du 11 juillet 1964 portant loi uniforme sur les contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels exclut explicitement de son domaine, dans l'article 8, la formation et la validité du contrat. La Convention de la Haye du 11 juillet 1964 sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels n'établit aucun devoir des parties pendant la période précontractuelle, ni même la possibilité de responsabilité. En outre, les Conventions d'Ottawa de 1988 sur le leasing et le factoring internationaux accueillent le principe de la bonne foi, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980, mais elles ne règlent pas la formation des contrats.

En ce qui concerne la Convention de Vienne, adoptée au sein des Nations Unies et entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 1988⁴⁰⁰, une partie de la doctrine a avancé des

⁴⁰⁰ NUYTS Arnaud et WATTÉ Nadine, Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique, JDI, 2003, p. 365 ; P. WINSHIP, Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention, The International Lawyer, 1983, p. 1 à 18 ; FARNSWORTH Allan, Formation of Contract in International Sales : The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender, Éd. Galston & Smit, p. 3-18 ; SCHLECHTRIEM Peter et SCHWENZER Ingeborg, Commentary on the U.N. Convention on the International sale of Goods (CISG), Éd. Oxford, 2^e éd., 2005, § 14-24 ; VISCASILLAS María del Pilar, La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, éd. Tirant lo Blanch, 1996, p. 47 ; WITZ Claude, CVIM : Interprétation et questions

théories pour expliquer son application à l'ensemble de la responsabilité précontractuelle. En effet, un courant doctrinal rattache la responsabilité précontractuelle à la Convention de Vienne sur le fondement du principe général de bonne foi, au sens de l'article 7, alinéa 1^{er} de la Convention⁴⁰¹, ou encore de l'alinéa 2 du même article⁴⁰².

Cependant, cette extension du champ d'application de la Convention semble minoritaire, la doctrine majoritaire considérant que les négociations sont exclues du champ d'application de la Convention, en raison de la difficulté d'établir un principe général à partir de l'article 7 alinéa 2, préconisant le recours exclusif aux droits nationaux au travers des règles de conflit.⁴⁰³

M. Witz explique clairement que l'inclusion de la responsabilité précontractuelle dans le champ d'application de la Convention de Vienne trouve de fortes résistances en doctrine. Si la doctrine est d'accord pour inclure dans le champ d'application de la Convention les obligations précontractuelles survenues après l'émission d'une offre de contracter et pour exclure les obligations relatives à la sécurité physique du précontractant et celles ayant pour objet d'assurer la transparence du processus de conclusion des ventes électroniques ; elle diverge, cependant, sur l'admission de l'hypothèse d'une rupture de pourparlers antérieure à l'émission d'une offre.⁴⁰⁴

Il faut, en effet, constater que la Convention de Vienne est muette sur la rupture de pourparlers⁴⁰⁵. Elle n'envisage pas les pourparlers en tant que tels, non plus que l'éventuelle responsabilité des parties en raison des préjudices qu'elles peuvent causer pendant cette période⁴⁰⁶. Pour sanctionner la partie fautive d'une rupture de pourparlers nous sommes donc devant une impasse. La Convention de Vienne est silencieuse sur ce sujet et n'offre aucun moyen pour résoudre la difficulté. Le recours aux principes généraux dont elle s'inspire ne

non couvertes, RDAI, n° 3-4, 2001, p. 253 ; du même auteur : Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, JDI, 2006, p. 5 ; Vincent HEUZÉ, La formation du contrat selon la CV: quelques difficultés, RDAI, n° 3-4, p. 286.

⁴⁰¹ BONELL Michael Joachim, Vertrag handlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechts-übereinkommen, 1990, p. 693 et s

⁴⁰² MAGNUS Ulrich, Die allgem Grundsätze im UN-Kaufrecht, RabelZ 1995, p. 481 et s.

⁴⁰³ HEUZÉ Vincent, La formation du contrat selon la CVIM, quelques difficultés, RDAI 2001, p. 286.

⁴⁰⁴ WITZ Claude et SCHLECHTRIEM Peter, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, Dalloz-Sirey, 2008, p. 118.

⁴⁰⁵ AUDIT Bernard, La vente internationale de marchandises, LGDJ, 1990, p. 55 ; FELEMEGAS John, The United Nations Convention on Contracts the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International, 2000-2001, pp. 115-265.

⁴⁰⁶ HEUZÉ Vincent, Traité des contrats, LGDJ, 2000, p. 139.

donne pas un résultat satisfaisant. Ne reste alors, que le recours au droit national applicable par le biais de la règle de conflit de lois.

Partant de la constatation que les dispositions de la Convention ne traitent pas de la période précontractuelle proprement dite, il est clair que la Convention ne la vise pas⁴⁰⁷ et que le régime juridique applicable dépend du fondement juridique donné à la responsabilité précontractuelle, la règle de conflit de loi applicable en découlant⁴⁰⁸.

Il est important de se rapporter aux travaux préparatoires de la Convention de Vienne, organisés sous les auspices des Nations Unies, pour mieux comprendre les raisons qui ont poussé les rédacteurs à ne pas les y inclure.

Le comportement des parties au cours de leurs négociations a été évoqué à plusieurs reprises lors des travaux préparatoires et un groupe de travail avait même été spécialement constitué pour son examen⁴⁰⁹. Pendant les travaux préparatoires de la CVIM, à sa neuvième session⁴¹⁰, le « Groupe de Travail II » a proposé l'inclusion d'un article 5 où apparaît l'obligation pour les parties d'observer le principe de la bonne foi au cours de la formation du contrat⁴¹¹. A été ajoutée une proposition qui donnait à la partie victime d'une violation de la bonne foi pendant la formation du contrat, la possibilité de réclamer une compensation⁴¹². Ce texte ne figurait plus dans le projet lui-même, mais, a été à nouveau défendu, avec un certain nombre de précisions complémentaires, par la délégation de la RDA⁴¹³ lors de la conférence de Vienne en 1980⁴¹⁴. Cette proposition, pourtant, n'a pas été adoptée.

⁴⁰⁷ NEUMAYER Karl et MING Catherine, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausanne, CEDIDAC, 1993, p. 76.

⁴⁰⁸ NEUMAYER Karl et MING Catherine, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausanne, CEDIDAC, 1993, p. 75 ; SCHLECHTRIEM Peter et SCHWENZER Ingeborg, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods*, Éd. Oxford, second edition, 2005, p. 102.

⁴⁰⁹ Rapport A/CN.9/142 voir <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/11th.html> ; Rapport A/CONF.97/11 voir *Yearbook IX, Uncitral (1978)*, A/CN.9/SER.A/1978 ; HEUZÉ Vincent, *La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés*, RDAI, n° 3-4, 2001, p. 280 ; HONNOLD John, *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 4^e éd., 2009, p. 89. SCHLECHTRIEM Peter et SCHWENZER Ingeborg, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods*, 2^e éd, Oxford, 2005.

⁴¹⁰ Rapport A/CN.9/142.

⁴¹¹ Proposition du représentant de l'Hongrie : « I - In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith (Rapport A/CN.9/142, § 70-I).

⁴¹² C'est le représentant de l'ancienne République Démocratique Allemande (RDA) qui a proposé cette inclusion : « III - Dans le cas de violation des devoirs de bonne foi pendant la formation du contrat de vente, l'autre partie pourra réclamer le remboursement des frais inutilement réalisés » Rapport A/CN.9/142, § 70 - III. (notre traduction)

⁴¹³ Rapports A/CONF.97/C.1 (13/03/1980) et A/CONF.97/C.1 (18/03/1980).

⁴¹⁴ HEUZÉ Vincent, *Traité des contrats*, LGDJ, 2000, p. 139.

Toutes les propositions d'insérer un article visant expressément la bonne foi dans la formation du contrat ont été explicitement écartées par les rédacteurs. On ne peut pas aller contre la volonté des rédacteurs et l'esprit de la Convention. L'exclusion expresse de la disposition relative à la responsabilité précontractuelle signifie, clairement, que cette matière n'est pas soumise aux règles de la Convention.

La principale raison de cette exclusion semble être les divergences⁴¹⁵ de conception entre les pays de *common law* et de droit civil, la *common law* n'acceptant jusqu'à aujourd'hui aucun principe général de bonne foi. S'il existe en *common law* des formules pour protéger les parties en pourparlers, comme nous le verrons, la protection reste bien en deçà de la protection offerte par les pays de droit civil. Les discussions qui se sont déroulées pendant les travaux préparatoires, mettent en évidence cette divergence. En effet, la *common law* adopte traditionnellement la théorie de *aleatory* ou *venturesome* sur les pourparlers⁴¹⁶. Selon cette théorie les pourparlers sont une activité à risque, où les conséquences doivent être supportées par les parties. Dans ce sens, la jurisprudence anglaise ne reconnaît pas un principe général de bonne foi⁴¹⁷. Aux États-Unis, même si l'UCC reconnaît le principe de bonne foi, il le fait uniquement dans le cadre de l'exécution du contrat⁴¹⁸.

De manière générale, les auteurs issus des pays de tradition coutumière voient dans le silence de la Convention une démonstration claire de la volonté des rédacteurs de laisser la solution de ces problèmes aux lois nationales existante. La critique est fondée sur l'aspect vague et peu clair de la notion de bonne foi, reposant sur une exhortation morale qui ne devrait pas être incluse dans un texte conventionnel.⁴¹⁹

La *common law* connaît l'hypothèse de la rupture de négociations et offre des moyens de sanctionner la partie qui agit avec une mauvaise intention mais d'une manière différente. La différence est qu'en *civil law* le principe du *pacta sunt servanda* gouverne le droit des contrats et la faute d'une rupture de pourparlers est basée sur l'idée de la parole non tenue. En droit de la *common law*, le principe *pacta sunt servanda* n'a pas un rôle prépondérant dans la formation

⁴¹⁵ JACQUET Jean-Michel, Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources, Mélanges en honneur de Philippe Kahn, Litec, 2000, p. 75.

⁴¹⁶ KOTTENHAGEN, Freedom of contract to forcing parties into agreement: the consequences of breaking off negotiations in different legal systems, *Ius Gentium* 2006, n° 69-70.

⁴¹⁷ William Lacey (Hounslow) Ltd. c. Davis [1957] 1 WLR 932, spéc. 934.

⁴¹⁸ Voir FARNSWORTH Allan, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. L. Rev. 217, 221 (1987).

⁴¹⁹ BONELL Micheal Joachim, in BIANCA Cesare Massimo et BONELL Michael Joachim, Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan, 1987, p. 74.

du contrat⁴²⁰. C'est seulement dans le cas d'une tromperie, d'une extorsion ou d'une escroquerie que l'on peut envisager la responsabilité de celui qui a rompu les négociations. Ce sont ces éléments qui vont justifier l'intervention du juge.

Mais, suivant l'avertissement de M. Bertrand de Coninck, « l'étude de la problématique de la rupture de négociations en *common law* appelle la plus grande prudence. La matière ne présente aucune systématique. Dans un système empreint de la règle du précédent, la casuistique y est fort présente et la formulation de toute règle générale reste hasardeuse. Il faut donc se garder d'appréhender chaque construction en vase clos »⁴²¹.

Comme les conceptions sont différentes, on ne peut pas imposer une notion au détriment de l'autre. Devant cette impasse, les rédacteurs du texte conventionnel ont cherché une solution de compromis⁴²² dont le résultat est l'actuel article 7 de la CVIM⁴²³. Cette solution n'a pas résolu le problème de fond, plus précisément la question de savoir si l'article 7 est ou non applicable à la période de négociations. Même si certaines décisions ont reconnu l'intégration du principe de la bonne foi à la Convention, en application de l'article 7, la jurisprudence résiste à l'appliquer aux pourparlers⁴²⁴. À notre avis, les rédacteurs de la Convention ont voulu exclure de son champ d'application la rupture de pourparlers. Il ne s'agit pas d'une lacune, puisque le sujet a été discuté, mais les rédacteurs ont préféré ne pas l'inclure dans le texte de la Convention.

Il convient aussi d'éloigner deux autres arguments qui sont invoqués pour justifier une possible extension du champ d'application de la Convention à la responsabilité précontractuelle. D'une part, le fait que la Convention de Vienne connaisse le principe de bonne foi⁴²⁵ n'impose pas son application à la phase précontractuelle, puisque le devoir de bonne foi n'est propre ni au droit des contrats, ni au droit des délits ; il est devenu un principe

⁴²⁰ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 174.

⁴²¹ CONINCK Bertrand de, Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles in FONTAINE Marcel (dir), Le processus de formation du contrat, LGDJ et Bruylant, 2002, p. 18.

⁴²² Voir rapport A/CN.9/142 ; HONNOLD John, Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention, Éd. Kluwer, Law International, 4^e éd., 2009, p. 102. Aussi selon SCHUTZ Markus, UN-Kaufrecht und Culpa in contrahendo, thèse cité par Vincent HEUZÉ, La formation du contrat selon la CV: quelques difficultés, RDAI, n°3-4, p. 285.

⁴²³ FELEMEGAS John, The United Nations Convention on Contracts the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Éd. Kluwer Law International (2000-2001), p. 115-265.

⁴²⁴ GODERRE Diane Madeline, International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention, 66 U. Cincinnati Law Review, 1997, p. 258-281.

⁴²⁵ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 165 et s.

général du droit dès lors qu'un acte juridique est bilatéral⁴²⁶. Il faut ainsi que l'application de la bonne foi à la période précontractuelle soit expressément prévue.

D'autre part, l'argument selon lequel si le texte conventionnel s'occupe de l'offre et de sa révocation, il n'y a pas de raison d'en écarter les pourparlers, n'a aucune raison de prospérer⁴²⁷. Comme nous l'avons déjà démontré, il y a une grande différence entre la période de formation et la période de conclusion du contrat. Les régimes juridiques applicables aux pourparlers proprement dits et à l'offre sont tout à fait différents et répondent à des conditions, principes et objectifs divers. Les règles applicables à l'émission et révocation de l'offre, par exemple, ne trouvent pas d'équivalent dans la phase précontractuelle.

De cette manière, comme il est impossible de trouver dans le texte ou dans les principes généraux dont la Convention de Vienne s'inspire, un moyen d'inclure la responsabilité précontractuelle dans son champ d'application, il faut chercher la solution du litige non dans des dispositions matérielles internationales, mais dans le droit national applicable. Il est donc nécessaire d'avoir recours aux règles de conflits de lois. Dans le domaine de la responsabilité précontractuelle, les règles de droit international privé se trouvent dans les dispositions du règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, en date du 11 juillet 2007 Rome II, qui a doté les États membres de la Communauté d'un corps de règles uniformes destinées à trancher les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles (Chapitre 1). Après avoir présenté les objectifs et domaine d'application du règlement, nous allons analyser les différents critères de rattachement qu'y sont prévus à propos de la responsabilité précontractuelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES DELITS : LE REGLEMENT ROME II

Le règlement Rome II complète le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I, relatif aux conflits de juridictions, et le Règlement Rome I, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, pour former le troisième volet d'un vaste triptyque que constitue le droit international privé européen des obligations. Il convient alors d'apprécier en profondeur ce texte fondamental pour la discipline de la responsabilité précontractuelle dans le

⁴²⁶ BEIGNIER Bernard, La conduite des négociations, RTDCom, n° 51, 1998, p. 463.

commerce international, à commencer par les objectifs poursuivis par ces dispositions (Section 1), et ensuite son champ d'application et domaine de la loi désignée comme applicable (Section 2).

SECTION 1 - L'ÉVOLUTION PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONALE PRIVÉ DES DELITS

Le règlement Rome II est fruit de quatre années de négociations conduites pour la première fois selon la procédure de codécision décrite par l'article 251 du Traité instituant la Communauté européenne. La première tentative d'une norme sur la loi applicable aux obligations fut l'avant-projet de convention CEE de 1972⁴²⁸. L'adhésion ensuite du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark imposait la reprise des discussions. Alors que les pays dits continentaux retenaient le principe traditionnel de la compétence de la loi du lieu du délit, l'Angleterre et le Pays de Galles, d'une part, et l'Écosse, d'autre part, avaient adopté une règle de conflit cumulative exigeant en général que la demande fût recevable en vertu à la fois de la *lex fori* et de la *lex loci delicti*. L'unification des règles de conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles se révélait alors, dans une large mesure, inconcevable, eu égard notamment aux divergences apparemment irréductibles entre les États membres. D'où le choix de limiter le champ d'application des règles à venir aux seules obligations contractuelles, qui aboutirent à la conclusion de la Convention de Rome le 19 juin 1980⁴²⁹.

Les travaux ont été repris aux années quatre-vingt-dix à la suite de deux importants événements. En premier, le net rapprochement des systèmes qui s'est réalisé grâce à une importante réforme en 1995 du droit international privé du Royaume-Uni⁴³⁰. La nouvelle loi abroge la règle cumulative et donne une compétence de principe à la *lex loci delicti*. Dans ce contexte favorable, le Groupement européen de droit international privé – GEDIP – adoptait à Luxembourg en septembre 1998 une proposition pour une convention européenne sur la loi

⁴²⁷ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 170 et s.

⁴²⁸ Sur lequel LAGARDE Paul, Tr. Com. Fr. Dip, 1971-1973, p. 147 ; FOYER Jacques, L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles : JDI, 1976, p. 555.

⁴²⁹ LÉGIER Gérard, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JCP G, n° 47, 21 Nov. 2007, I 207, p. 14.

⁴³⁰ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, chap. 42, § 11, RCDIP 1996, p. 337.

applicable aux obligations non contractuelles et qui allait servir de base aux négociations ultérieures⁴³¹.

Ensuite, l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 1999, du Traité d'Amsterdam du 10 novembre 1997 est venue modifier l'approche du problème, la coopération civile étant désormais, selon l'expression consacrée, « communautarisée »⁴³². Le 3 décembre 1998, le Conseil Justice et Affaires Intérieures décida la mise en place d'un plan d'action visant à réaliser les dispositions de ce nouveau Traité concernant l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, plan d'action prévoyant en son article 40 « c », que « Les mesures suivantes devraient être prises dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du Traité : (...) élaboration d'un instrument juridique sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles »⁴³³. C'est sur le fondement de ces textes que le recours au règlement fut décidé, instrument qui permettait d'échapper aux lenteurs inhérentes à la ratification des conventions internationales et à la diversité des dates d'entrée en vigueur.

Le 3 mai 2002, la Commission diffusait un premier avant-projet de proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, sur lequel elle demandait l'avis de toutes les parties intéressées.⁴³⁴ Après examen des contributions, la Commission prépara un nouveau texte : c'est la proposition de règlement en date du 22 juillet 2003. La procédure de codécision fut ensuite engagée. Le 21 février 2006, la Commission soumettait donc une proposition modifiée de règlement⁴³⁵, objet elle aussi de nombreux amendements présentés par le Parlement le 18 janvier 2007⁴³⁶. En persistant les désaccords, un comité de conciliation, institué par l'article 251-4 TCE, composé de membres du Parlement et du Conseil, dut alors être constitué. Le 25 juin 2007, un projet commun⁴³⁷ fut approuvé par le comité, avant d'être adopté par le Conseil le 28 juin, puis voté par le Parlement le 10 juillet⁴³⁸, et devient le règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007.

⁴³¹ Texte in RCDIP 1998, p. 802.

⁴³² JO C 340, 10 novembre 1997 ; v. KOHLER Christian, Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam, RCDIP, 1999, p. 1 et s ; BRUNEAU Chantal, Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes, JCP G, 2000. I. 266.

⁴³³ JO C 19, 23 janvier 1999, p. 1.

⁴³⁴ Entre temps il est apparu l'avant projet et les commentaires très pragmatiques et objectifs du Groupe de droit international privé d'Hamburg (29/10/2002), 67 *RabelsZ* 1 (2003).

⁴³⁵ COM (2006) 83 final, p. 6.(24) A6-4081/2006.(25) PE-CONS 3919/07.

⁴³⁶ A6-0257/2007

⁴³⁷ PE-Cons. 3619/2007 - C6-0142/2007

⁴³⁸ A6-0257/2007

Le législateur a mis en œuvre un cadre flexible de règles de rattachement en remplacement de l'ancienne territorialité uniforme⁴³⁹. La Commission a priorisé, dans la recherche des règles de conflits plus ajustées, la prévisibilité des solutions quant à la loi applicable, et, par conséquent, la sécurité juridique et l'harmonisation des lois applicables. À partir du moment où les parties savent avec suffisamment de certitude quel droit gouverne leur différend, elles disposent des éléments juridiques pour négocier en connaissance de cause. En vue d'assurer le plus possible la prévisibilité, le règlement, contrairement à la Convention de Rome, ne pose pas le principe de la compétence de la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus forts. Pas davantage il ne recourt à la technique des présomptions, employée par cette Convention, puisque l'expérience a révélé à son sujet que, dans certains États, des juges recherchaient tout de suite le pays avec lequel l'espèce a les liens les plus étroits sans se préoccuper des présomptions. Ce sont donc des rattachements préétablis, de type classique, qui ont été retenus⁴⁴⁰. Cependant, une clause d'exception est tout même prévu, pour garder une certaine flexibilité nécessaire dans des circonstances spéciales⁴⁴¹.

En outre, le règlement a donné préférence à l'équilibre entre les intérêts des parties, écartant, en principe, les techniques qui favorisent le lésé, tel l'octroi d'une option, même s'il contient certaines règles spéciales qui dérogent à la règle générale, l'assouplissement étant nécessaire dans certaines circonstances pour rétablir cet équilibre. Une place importante est également conférée à la volonté des parties qui peuvent, en général, convenir de la loi applicable. Afin de préserver l'uniformité et la prévisibilité de son application, le Règlement a, comme il est d'usage dans les textes internationaux ou négociés, exclu le mécanisme du renvoi, dans son article 24.

Le règlement Rome II s'inscrit pleinement dans ce processus de spécialisation du droit international privé puisqu'il prévoit des rattachements spéciaux pour certains faits dommageables, comme, par exemple, la *culpa in contrahendo*. Le concept de *culpa in contrahendo* est défini par l'article 12 du règlement comme « les tractations menées avant la conclusion d'un contrat ». Il englobe la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles. L'expression *culpa in contrahendo* est présente dans les versions

⁴³⁹ d'AVOUT Louis, Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II), D. 2009 p. 1629, v. aussi : Cass. civ. 1, 1^{er} juin 1976, Luccantoni, D. 1977. Jur. 257, note MONÉGER Françoise ; JDI, 1977. 91, note AUDIT Bernard ; 25 mai 1948, Lautour, ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, GAJFDIP n° 27, Caraslanis, 5^e, 2006, p. 250, n° 19.

⁴⁴⁰ Exposé des motifs, qui parle de règles « fixes », p. 13.

⁴⁴¹ SYMEONIDES Symeon C., Tort Conflicts and Rome II: A View from Across, in Festschrift für Erik Jayme, Sellier European Law Publishers, 2004, p. 935.

espagnole, anglaise, française, italienne et portugaise. Dans la version hollandaise est employée l'expression responsabilité précontractuelle et dans la version allemande l'expression faute dans les pourparlers contractuels, *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*. Il est regrettable que les rédacteurs aient préféré le terme *culpa in contrahendo* à celui de responsabilité précontractuelle dans certaines versions du règlement. Ils auraient mieux fait de franciser ce terme. Le terme *culpa in contrahendo* prête à confusion avec la théorie allemande de même nom qui a nature contractuelle et possède un domaine matériel plus restrictif que celui de la responsabilité précontractuelle.

SECTION 2 - L'APPLICABILITE DU REGLEMENT ROME II

Pour établir l'applicabilité du règlement à un litige, il faut vérifier quelques conditions. En premier lieu, à l'instar de n'importe quelle norme, le champ d'application du règlement Rome II présente quatre dimensions : temporelle, personnelle, matérielle et spatiale (Sous-section 1). En deuxième lieu, il est nécessaire de vérifier si le règlement n'est pas en conflit avec une autre convention applicable à la matière (Sous-section 2). En dernier lieu, il convient de vérifier le domaine d'application de la loi désignée comme applicable par le règlement, afin de savoir si cette loi intègre tout le litige ou si une autre loi sera en concurrence (Sous-section 3).

SOUS-SECTION 1 - CHAMP D'APPLICATION DU REGLEMENT

La dimension temporelle ne pose pas de problème, puisque le propre règlement, à l'article 32, dispose qu'il s'applique aux faits générateurs de préjudices survenus après son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009. En revanche, les dimensions spatiale (§1) et matérielle (§2) soulèvent des importantes considérations.

§1 - Champ d'application spatial du règlement : un texte universel

Comme tout texte de droit international privé, le règlement ne s'applique qu'en présence d'une situation affectée d'un élément d'extranéité⁴⁴², c'est-à-dire se rattachant à l'ordre juridique d'au moins deux États au moment où le juge statue. À cet égard, il s'applique « dans

les situations comportant un conflit de lois » (article 1^{er}), c'est-à-dire, suivant les travaux préparatoires du texte, à « des situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à la vie sociale interne d'un pays et qui donnent vocation à s'appliquer à plusieurs systèmes juridiques ». La formule retenue reproduit exactement celle utilisée à l'article 1er de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les rédacteurs de cette dernière s'étant abstenus de toute définition du contrat international. Or, les auteurs avaient justement fait remarquer que, contrairement aux apparences, cette Convention pouvait en vérité s'appliquer à des contrats purement internes⁴⁴³. Une clause d'*electio juris* en faveur d'un droit étranger suffit en effet à fonder l'application de cette Convention à un contrat purement interne, le choix de loi suffisant pour internationaliser le contrat. Il n'existe aucune raison de penser qu'il en ira autrement sous l'empire du règlement, qui pourrait donc s'appliquer à des situations dénuées d'internationalité.

Toujours est-il que, pour regrettable qu'elle puisse sembler en matière contractuelle, la solution retenue par la Convention de Rome présente le mérite d'éviter qu'un contrat purement interne à l'origine et qui serait délocalisé par la suite, par exemple en raison du déplacement d'une partie dans un autre État, soit soumis à une loi autre que celle que les contractants avaient pu initialement envisager. C'est peut-être ce qui explique la pratique consistant à introduire une clause de choix de loi, généralement en faveur du droit du for, dans les contrats purement internes.

L'approche ne paraît pas vraiment choquante dans le domaine des obligations extracontractuelles, les intéressés n'ayant pas en principe choisi *a priori* la loi régissant leur relation. Il est vrai que l'hypothèse pourrait néanmoins se concevoir en cas de rupture des pourparlers, les parties envisageant leur rupture dans l'optique d'un droit étranger. Ce choix de loi provoquerait alors l'application du règlement. Mais il faut alors aussitôt préciser que, devant une telle occurrence, les rédacteurs de celui-ci ont, à l'instar de ceux de la Convention de Rome, prévu que « lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du préjudice, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des

⁴⁴² ELHOUEISS Jean-Luc, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, JDI 2003, p. 39 et s.

⁴⁴³ GAUDEMET-TALLON Hélène, J.-Cl. « Europe », fasc. 3200, n° 51 : « La convention paraît bien applicable à un contrat qui, objectivement présente les caractères d'un contrat interne, mais auquel les parties ont conféré un caractère international en le soumettant à une loi étrangère ». En ce sens également, évoquant à ce propos le « laxisme » de la Convention : MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, Montchrestien, Domat, 2004, n° 700.

dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord » (article 14, § 2). La question se pose néanmoins de ce à quoi correspondent « ces dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ». Il s'agit à l'évidence de dispositions impératives. Le but de cet article étant d'empêcher les parties d'échapper artificiellement au joug d'une loi à laquelle elles doivent se soumettre. Il convient de considérer, comme les travaux préparatoires le révèlent, que sont ici visées « les règles d'ordre public interne d'un pays ».

L'objectif d'uniformité implique que les règles de conflit édictées par l'instrument communautaire servent à désigner indistinctement les lois des États tiers et des États membres. C'est le caractère qualifié d'« universel » que l'article 3 attribue au règlement, suivant une tendance très marquée dans les conventions élaborées par la Convention de la Haye et par le droit communautaire⁴⁴⁴. Le maintien, en parallèle, de règles de conflit nationales aurait inéluctablement entravé l'effort d'unification et passablement complexifié l'état du droit. L'ensemble des dispositions de Rome II forme ainsi pour chacun des États membres le droit international privé commun.

Le règlement ne se limite donc pas aux situations intra-communautaires. Cette question a cependant été débattue lors des travaux préparatoires. C'est essentiellement l'argument tiré du défaut de compétence de la Communauté pour régir les rapports avec les États tiers qui a été invoqué pour contester le caractère universel attribué au règlement⁴⁴⁵. La résidence habituelle de l'une des parties dans un État membre ou la citoyenneté européenne de l'une d'elles ne saurait suffire à justifier l'emprise du droit communautaire sur de tels litiges impliquant deux européens pour un délit survenu dans un pays tiers, par exemple⁴⁴⁶.

Les rédacteurs du règlement ont également eu le souci d'assurer une égalité de traitement entre les justiciables communautaires. Ils ont considéré artificielle la séparation

⁴⁴⁴ LAGARDE Paul, La réciprocité en droit international privé, Rec. cours. La Haye, 1977-1, t. 154, pp. 103-214 ; du même auteur : La condition de réciprocité dans l'application des Traités internationaux : son application par le juge interne, RCDIP, 1975, p. 25 et s. ; VAN HOUTTE, La réciprocité des règles de conflit dans les Conventions de La Haye, Revue belge de droit international, 1991, p. 491 et s. ; v. notamment le Règlement Rome I, article 2.

⁴⁴⁵ V. le rapport de la House of Lords, The Rome II Régulation : Session 2003-04, p. 24 : <http://www.publications-parliament.uk/pa/1d200304/Idselect/1deucom/66/66.pdf> [consulté le 20 octobre 2009]

⁴⁴⁶ BRIERE Carine, Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JDI, n° 1, 2008, doct. 2, p. 36

entre litiges intra-communautaires et extracommunautaires, dès lors que l'imbrication des relations économiques aboutit à conférer à toute situation un caractère intra-communautaire⁴⁴⁷.

Le Danemark, qui n'a pas adopté le règlement, ne se trouve pas lié par ses dispositions, conformément aux articles 1 et 2 du Protocole sur la position de cet État annexé au Traité sur l'Union européenne et au Traité instituant la Communauté européenne. Le règlement l'indique d'ailleurs expressément : « aux fins du présent règlement, on entend par « État membre », tous les États membres, à l'exception du Danemark » (article 1er, § 4). Le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande part du même principe, mais permet à ces États de participer à l'adoption et à l'application d'une mesure dérivée, c'est exactement ce qu'ils ont fait pour le règlement Rome II. L'exclusion signifie seulement que les tribunaux danois peuvent continuer à se prononcer en application de leurs propres règles de conflit, ce qui réintroduit le risque d'un forum shopping. Il n'est toutefois pas certain que cette différence perdure. Ainsi, alors qu'il ne se trouvait pas contraint, pour les mêmes raisons, par les dispositions du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, le Danemark a négocié avec la Commission, sur autorisation du Conseil, un accord visant finalement à en permettre la mise en œuvre. Il n'est pas impossible - cela s'avère même sans doute probable - qu'il en ira de même s'agissant du règlement Rome II, lorsque les autorités danoises auront pu apprécier les effets de celui-ci.

§2 - Champ d'application matériel du règlement

À l'exemple du règlement Bruxelles I, le règlement Rome II envisage les obligations en matière civile et commerciale. Il n'est pas inutile de rappeler que, selon la Haute juridiction communautaire, un litige opposant un particulier à l'Administration, agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, n'entre pas la matière civile et commerciale⁴⁴⁸.

Le champ d'application du règlement englobe toutes les obligations non contractuelles, ce qui englobe les délits et les quasi-délits, c'est-à-dire, synthétiquement, les faits juridiques.

⁴⁴⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles présentée par la Commission le 22 juillet 2003 : « Comment qualifier, par exemple, un litige qui ne concerne, dans un premier temps, que le ressortissant d'un seul État membre et le ressortissant d'un État tiers, mais qui devient par la suite un litige intéressant plusieurs États membres, par exemple parce que la partie communautaire appelle en la cause son assureur établi dans un autre État membre ou parce que la dette litigieuse fait ultérieurement l'objet d'une cession de créance. En l'état de l'imbrication des relations économiques dans le Marché intérieur un litige présente toujours un caractère potentiellement intra-communautaire », p. 11.

Mais, le règlement ne soulignant pas ce qu'il faut entendre par « obligations non contractuelles », il y a tout lieu de craindre que certaines difficultés émergeront à ce propos, analogues à celles qui ont pu éclore lorsqu'il s'est agi de définir les notions de contrat et de délit en vue de l'application respective des articles 5, § 1 et 5, § 3 de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I. Il appartiendra donc, là encore, à la CJCE de se livrer à une exégèse de cette notion, en s'appuyant sur la jurisprudence qu'elle a édifiée sur le fondement de ces deux derniers textes, et dont il convient ici de rappeler brièvement la teneur puisqu'elle devrait logiquement être transposée aux fins de la mise en œuvre du règlement Rome II.

Selon cette juridiction, l'existence d'un contrat suppose la présence d'« un engagement librement assumé d'une partie envers une autre »⁴⁴⁹, ce qui a conduit à exclure du domaine de l'article 5, § 1 de l'action en responsabilité visant à sanctionner un comportement précontractuel⁴⁵⁰, solution dont le règlement Rome II tire toutes les conséquences en incluant des règles concernant la *culpa in contrahendo*. Tout comme la notion de contrat, celle de délit présente un caractère autonome, et couvre « toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, paragraphe 1 »⁴⁵¹. La notion de délit apparaît ainsi comme subsidiaire, ce qui tendrait à signifier que ce qui ne relève pas de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ou du futur règlement Rome I devrait ressortir du règlement Rome II.

L'article 2 du règlement Rome II indique que « toute atteinte résultant d'un fait dommageable, d'un enrichissement sans cause, d'une gestion d'affaires ou d'une *culpa in contrahendo* relève de son champ d'application. Le règlement couvre donc le domaine de la responsabilité civile pour faute ou sans faute ainsi que celui des quasi-contrats classiques. Concernant à la fois la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et la responsabilité objective, le règlement se réfère dès lors à un concept plus large et plus neutre que celui de

⁴⁴⁸ CJCE, 14 octobre 1976, Eurocontrol, JDI 1977. 707, obs. HUET André ; RCDIP 1977, p. 772, note DROZ Georges.

⁴⁴⁹ CJCE, 17 juin 1991, Jakob Handte, RCDIP, 1992, p. 726, note GAUDEMET-TALLON Hélène ; JDI 1993, p. 169, obs. BISCHOFF Jean-Marc ; CJCE 20 janvier 2005, Engler, JCP G, 2005, I, 169. Reprenant cette solution, v. : Cass. civ.1, 17 janvier 2006, JCP G, 2006. II. 10151, note BRUNEAU Chantal ; aussi Cass. civ.1, 27 mars 2007, pourvoi n° 05-22.121.

⁴⁵⁰ CJCE, 17 septembre 2002, Tacconi, Rec. CJCE 2002, I, p. 7357, JCP G, 2003. I. 152, n° 8, obs. VINEY Geneviève, Defrénois, 2003. 254, obs. LIBCHABER Rémy.

⁴⁵¹ CJCE, 27 septembre 1988, Kalfelis, Rec. CJCE 1988, p. 5565 ; JDI 1989, p. 457, obs. HUET André.

délit⁴⁵². Il s'agit du critère du fait dommageable, plus approprié, d'autant que la notion de délit ne recouvre pas la même acception dans tous les États membres.

En ce qui concerne la fonction préventive et dissuasive de la responsabilité civile, la notion d'obligation non contractuelle à laquelle se réfère le règlement prend en considération les préjudices ou les faits générateurs de préjudices susceptibles de survenir ou de se produire. Là encore, la volonté des législateurs de coordonner la compétence législative et la compétence juridictionnelle est manifeste. L'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I autorise le demandeur à assigner le défendeur devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Sur la question des dommages potentiels, contrairement à ce qu'il en était initialement pour la Convention de Bruxelles, toute ambiguïté dans l'interprétation du règlement Rome II est levée à ce sujet. La loi applicable à une action tendant à réparer un préjudice qui s'est effectivement réalisé est la même que celle qui régit l'action visant à empêcher la réalisation de celui-ci.

Les rédacteurs du règlement Rome II ont expressément écarté de son champ d'application, dans l'article 1^{er}, certaines matières. Dans notre étude, il convient de mentionner l'exclusion des obligations non-contractuelles découlant de l'usage d'instruments négociables – lettres de changes, billets à ordre, etc – parce que les Conventions de Genève, du 7 juin 1930 et du 19 mars 1931, règlent les questions sur lesquelles des désaccords subsistent entre les États membres sur le terrain de la qualification (article 1^{er}, §2, « c »).

Les obligations contractuelles découlant, selon le règlement, « du droit des sociétés, associations, personnes morales » ne sont pas non plus régies par celui-ci. Sont ici visées, entre autres, les actions en responsabilité engagées contre les organes sociaux, alors même, à notre sens, que les poursuites seraient engagées sur le fondement d'un texte de pur droit civil, tel l'article 1382 du Code civil en France (article 1^{er}, § 2, « d »). En outre, sont aussi ignorées « les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation » (article 1^{er}, § 2, « g »), ainsi que le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille (article 1^{er}, §2, « a » et « b »).

Enfin, le règlement énonce qu'il ne s'applique pas à la preuve et à la procédure (article 1^{er}, § 3). Il est vrai que ces questions relèvent en principe de la *lex fori*, et ne concernent pas en tant que telle la relation litigieuse, même si elle est indiscutable que les règles procédurales

⁴⁵² BRIERE Carine, Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JDI, 2008, n° 1, doct. 2, p. 38.

influencent de manière décisive le contenu des droits et obligations substantielles des parties. Néanmoins, la loi applicable à l'obligation non contractuelle devrait être mise en œuvre lorsque, sur cette question, elle pose des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve (article 22, § 1^{er}).

Des difficultés assez marginales, selon la doctrine⁴⁵³, peuvent cependant surgir en raison du manque de cohérence entre les instruments communautaires. Par exemple, l'exclusion de la responsabilité de l'arbitre du champ d'application du règlement Bruxelles I ne se retrouve pas dans le règlement Rome II. Il est donc possible d'envisager l'hypothèse où le règlement pourra déterminer la loi applicable à la responsabilité délictuelle de l'arbitre qui a commis une faute précontractuelle. Dans ce cas, il va falloir combiner les règles de droit commun de la compétence internationale du juge français avec la règle de conflit du règlement Rome II, d'origine communautaire.

SOUS-SECTION 2 - RELATION AVEC D'AUTRES CONVENTIONS INTERNATIONALES

En ses articles 27 et 28, le règlement envisage successivement les relations que celui-ci entretient, d'une part, avec les autres textes communautaires, et d'autre part, avec les conventions internationales existantes. Dans le domaine de la responsabilité précontractuelle, il n'existe pour le moment aucun instrument international ou communautaire applicable.

L'article 17 de la loi française, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique prévoit une règle de conflit de lois en faveur de la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'opérateur de commerce électronique est établi. Cette règle a été créée sans autorisation de la directive européenne qu'elle a transposé et qui nous l'avons vu ne visait pas à créer des règles de conflits. Avec l'entrée en vigueur du règlement Rome I, cette disposition ne s'applique plus, étant donné la primauté du règlement communautaire sur les dispositions de loi interne.⁴⁵⁴

⁴⁵³ CLAY Thomas, *L'arbitre*, vol. 2, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2001, spéc. n° 940-941 ; NOURISSAT Cyril, *Le champ d'application du règlement « Rome II »*, in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 27.

⁴⁵⁴ FALLON Marc et MEEUSEN Johan, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, RCDIP 2002, p. 435 et s., spéc. 486. Voir aussi PIZZIO Jean-Pierre, *Le droit communautaire et le commerce électronique*, in *Commerce électronique*, colloque Marrakech, nov. 2001, Cah. dr. entr., 2002, p. 15 ;

Concernant les relations avec d'autres dispositions du droit communautaire⁴⁵⁵, l'article 27, pose le principe que le règlement « n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles ».

Bien que le texte soit rédigé au présent, il ne conviendrait pas d'en limiter la portée aux dispositions existantes. Il faut raisonnablement l'entendre comme permettant aussi d'édicter de nouvelles règles de conflit, conformément à la règle *specialia generalibus derogant*.⁴⁵⁶ Il en va différemment pour les conventions internationales.

Quant aux relations avec des conventions internationales existantes, l'article 28 précise que le règlement l'emporte sur les conventions conclues entre États membres qui traitent des matières relevant du nouveau texte communautaire, conformément au principe de primauté du droit communautaire. Seulement l'application des conventions internationales antérieures serait protégée, ce qui ne s'applique pas à notre sujet, en l'absence d'un texte international dans la matière. De plus, dans les matières relevant du règlement Rome II, les États membres ne peuvent plus conclure de conventions internationales postérieures. Cette compétence appartient désormais à la Communauté.

SOUS-SECTION 3 - DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

Le règlement contient, dans l'article 15, une liste non exhaustive des questions soumises à la loi désignée comme applicable (§1). L'élaboration de règles destinées à préciser le domaine de la loi applicable s'explique par les divergences apparues entre les États qui risquaient d'empêcher l'harmonisation envisagée, notamment sur le terrain de la qualification, comme, par exemple, au sujet de la prescription (§2).

et, plus généralement, WILDERSPIN Michael et LEWIS Xavier, Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres, RCDIP, 2002, p. 1. Pour une vive critique de ce principe, HEUZÉ Vincent, De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen in Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 393.

⁴⁵⁵ Cf. KADNER GRAZIANO Thomas, La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé. L'exemple des futurs règlements Rome II et Rome I : appréciations des différentes options, critique et proposition, Revue Suisse de droit International et de droit européen 2006, n° 3, p. 279. ; v. aussi GUERCHOUN Frédéric, Les conflits de conventions et d'actes communautaires en droit international privé (Le point de vue du juge étatique), thèse mult. Paris I, 2002 ; et BRIERE Carine, Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement Rome II et les conventions internationales, JDI, 2005, p. 677, spéc. p. 682 et s.

§1 - Un domaine étendu

D'abord, il est prévu que la loi applicable à la responsabilité délictuelle régit les conditions et l'étendue de la responsabilité. Le terme « conditions » vise les éléments constitutifs de la responsabilité. La nature de celle-ci et la notion de faute doivent classiquement être définies par la loi de l'obligation non contractuelle qui détermine aussi les personnes responsables et les éventuelles limites ou causes d'exonération ou de partage de la responsabilité en cas de pluralité d'auteurs.

Ensuite, l'existence et la nature des préjudices susceptibles d'ouvrir droit à réparation relèvent également de la loi régissant l'obligation non contractuelle qui précise les modes de réparation, d'évaluation du préjudice et désigne les personnes qui ont droit à réparation. Comme nous l'avons mentionné pour écarter une catégorie de rattachement autonome en matière de réparation, la même loi est applicable à l'existence de l'obligation et aux dommages-intérêts, malgré les suggestions formulées par le Parlement européen en faveur d'une dissociation.

Cependant, la solution retenant une loi identique pour l'existence de l'obligation et les dommages-intérêts peut poser un problème. En effet, la loi mise en œuvre n'aura parfois pas de véritable lien avec le lieu où le préjudice sera subi par la victime, ce lieu, par exemple, celui de sa résidence habituelle, risquant d'être distinct de celui où le préjudice est survenu. Ceci illustre les inconvénients résultant d'un rattachement unique pour le traitement de deux questions pouvant être aisément dissociées, l'une concernant la détermination de la responsabilité, l'autre la réparation. Qu'il s'agisse de dommages-intérêts compensatoires ou punitifs, la loi applicable est la même, celle de l'obligation non contractuelle. Qu'ils soient compensatoires ou non, les dommages et intérêts « étant liés à une même situation de responsabilité »⁴⁵⁷, il semble normal de ne pas leur appliquer des lois différentes.

La loi régissant le fond du litige détermine aussi les mesures que le tribunal peut prendre pour permettre la prévention, la cessation et la réparation du préjudice. Les mesures prévues par cette loi ne pourront toutefois être adoptées qu'à la condition d'être possibles selon la *lex fori*, dont la compétence en matière de procédure n'est pas évincée.

⁴⁵⁶ LÉGIER Gérard, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JCP G, n° 47, 21 Novembre 2007, I 207, p. 17.

La loi applicable est compétente aussi pour régler la transmission de l'action en réparation. Cela peut se comprendre en cas de cession entre vifs, la cessibilité participant de la nature de la créance⁴⁵⁸. Mais le règlement affirme également la compétence de cette loi lorsque la transmission intervient dans le cadre d'une succession. Or, il semble ici plus logique de se référer à la loi successorale, les héritiers agissant en qualité de continuateur de la personne du défunt, ce qui pose un problème d'organisation des successions⁴⁵⁹. En vérité, le texte s'aligne sur la position adoptée par les Conventions de La Haye de 1971 et 1973 (article 8, § 5). On n'imagine toutefois pas que la loi applicable à la responsabilité supplante la loi successorale en ce qui concerne l'identification des successibles ou leur part successorale, sans quoi ces questions trouveraient une réponse variant suivant l'existence dans le patrimoine du défunt d'une éventuelle créance délictuelle ou quasi contractuelle.

La loi désignée comme applicable détermine de surcroît la charge de la preuve (article 22, § 1^{er}). La compétence de la *lex fori* aurait pu être retenue, étant donné les liens que cette question probatoire entretient avec la procédure. Toutefois, le fardeau de la preuve est indissociable du droit sur lequel elle porte. Le jeu de la loi applicable au fond ne peut donc être exclu, au point d'ailleurs que la jurisprudence en a consacré la vocation dans le domaine des faits juridiques⁴⁶⁰. Le règlement consacre son article 18 à l'« action directe contre l'assureur ». La règle de conflit instituée consacre une option au profit de la partie lésée: celle-ci est fondée à agir sur le fondement, soit de la loi applicable à l'obligation non contractuelle, soit de celle régissant le contrat d'assurance. Comme toute règle de conflit à caractère optionnel, celle-ci traduit une faveur envers l'une des parties, ici la personne lésée.

Il convient d'observer que certains éléments du litige, dont la résolution aura des conséquences directes sur la question de la responsabilité, seront soumis à d'autres lois qu'il faudra combiner avec la loi désignée comme applicable à la responsabilité. C'est le cas, notamment, de la loi applicable de la procédure qui va s'appliquer à la preuve, seule exception à la charge et aux présomptions légales ; l'évaluation concrète du dommage ne pourra

⁴⁵⁷ ANCEL Marie-Elodie, Contrefaçon internationale : le juge français face aux dommages-intérêts punitifs étrangers in L'évaluation du préjudice de la contrefaçon : Cah. dr. entr. 2007, n° 4, p. 51, spéc. p. 54.

⁴⁵⁸ V. article 12, § 2 de la Convention de Rome : « La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur ».

⁴⁵⁹ En ce sens, v. Cass. crim., 4 juin 1941, JCP G, 1942. II. 2017, note MAURY J., S. 1944, 1, 133, note BATIFFOL H. ; DC 1942, 4, note NAST.

⁴⁶⁰ HUET André, J.- Cl. Procédure civile, fasc. 57-20, n° 38 ; MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, 9 éd, 2007, n° 501.

totale­ment échapper à son emprise. En outre, la recevabilité d'une action collective est habituellement soumise à une application cumulative de la loi du for et de la loi du groupement⁴⁶¹. Les implications processuelles de ce type d'actions sont telles qu'on ne voit pas comment la loi du for pourrait abandonner son empire sur ce point. De la même manière, la responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales ne manquera pas de soulever le problème de l'application concurrente de la *lex causae* et de la *lex societatis* sur la question de la possibilité de percer le voile de la personnalité morale. Enfin, M. Boskovic remarque que les mesures pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation mettront en présence *lex causae* et loi du for dans « une combinaison qui va se révéler délicate ».⁴⁶² Selon le règlement Rome II, ces mesures ne seront soumises à la *lex causae* que dans la limite des pouvoirs conférés au tribunal par sa loi de procédure. Si l'on considère que les mesures provisoires sont intégrées dans ce dispositif, cela irait à l'encontre de la solution admise par l'article 31 du règlement Bruxelles I en vertu duquel le tribunal accorde des mesures provisoires conformément à sa propre loi, sans aucune restriction⁴⁶³.

§2 - L'intégration de la prescription

Si le débat relatif à la nature juridique de la prescription est relativement dépourvu d'incidence pratique en droit interne, il joue un rôle essentiel en droit international privé car il conditionne le choix du critère de rattachement. Pour un juriste anglais, le terme *prescription*, si courant dans les pays de la famille romano-germanique, ne désigne que le mécanisme qui permet d'acquérir des droits. C'est le concept de *limitation of action* qui équivaut à notre prescription extinctive. Tandis qu'en droit français la prescription éteint les droits du demandeur, en droit anglais, la *limitation of action* est l'impossibilité d'agir, passé un certain délai⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Cass. crim., 15 octobre 1959, RCDIP, 1963, p. 56, note LOUSSOUARN Yvon ; CA Paris, 17 mars 1960, RCDIP, 1961, p. 147, note LOUSSOUARN Yvon ; cf. en général NIBOYET Marie-Laure, Action de groupe et droit international privé, RLDC, novembre 2006, p. 78.

⁴⁶² BOSKOVIC Olivera, Le domaine de la loi applicable, in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 191.

⁴⁶³ Sur l'ensemble de la matière, KESSEDJIAN Catherine, Mesures provisoires et conservatoires : à propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international, JDI, 1997, p. 1 ; SANTA-CROCE Muriel, Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international, GP, 2000, n° 62, p. 3.

⁴⁶⁴ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive, RDC, 01 juillet 2004 n° 3, p. 801.

Deux conceptions s'opposent en droit international privé au sujet de la prescription. D'une part, la thèse processualiste selon laquelle la prescription entraînerait uniquement l'extinction de l'action en justice, qui est celle adoptée traditionnellement ; et, d'autre part, la thèse substantialiste, selon laquelle la prescription éteindrait l'obligation elle-même. Retenir la qualification procédurale de la prescription conduit à désigner la loi du for ; mettre en avant sa qualification substantielle porte à désigner la loi de l'institution qu'elle régit.

À l'époque où la thèse processualiste prévalait encore en droit interne français, H. Motulsky recommandait déjà l'adoption d'une autre qualification pour les besoins du droit international privé⁴⁶⁵, ceci notamment afin d'éviter le forum shopping auquel conduit l'application de la *lex fori*⁴⁶⁶.

La loi française, du 17 juin 2008⁴⁶⁷, portant réforme de la prescription extinctive prévoit une disposition de droit international privé dans ce même sens⁴⁶⁸ : l'article 2221 du Code civil dispose que « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte ». S'abstenant de trancher le débat portant sur le point de savoir si la prescription éteint le droit – conception substantialiste – ou seulement l'action – conception processualiste –, le législateur n'a pourtant pas négligé de prévoir une solution établie par la jurisprudence de longue date pour la question pratique de la loi applicable dont on faisait auparavant dépendre le sort du débat théorique opposant droit et action. En cas de conflit de lois sur la prescription, c'est la nature du droit invoqué qui permet de déterminer la loi applicable.

Afin de justifier la compétence de la loi du fond, appelée à régir les délais de prescription comme les délais préfixés, on observe généralement que le délai constitue un élément de l'organisation du droit dont il détermine le contenu. Cette solution prévaut désormais, non seulement dans la jurisprudence française, mais aussi dans les autres pays de tradition civiliste. Cette thèse a reçu la consécration du droit communautaire en matière

⁴⁶⁵ HUET Jérôme, Jcl. Droit international, v. Action en justice, n° 86 et les références.

⁴⁶⁶ Soit le fait de saisir un juge dont la loi connaît des délais plus longs que ceux de la loi ayant naturellement vocation à s'appliquer : par exemple, le juge français lorsque la prescription est soumise, en droit français, au délai trentenaire de droit commun.

⁴⁶⁷ MALAURIE Philippe, La réforme de la prescription civile, Defrénois 2008, art. 38842, n°s 10-11, p. 2035-2036 ; L. LEVENEUR, Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions, CCC, 2008, comm. n° 195 ; BÉNABENT Alain, Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive, D. 2007, p. 1800 ; KAYSER Jan, in La loi portant réforme de la prescription en matière civile et les modes alternatifs de règlement des conflits, JCP E 2008, 1938, n° 12 ; BANDRAC Monique, La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, RDC, 01 octobre 2008 n° 4, p. 1413 ; MIGNOT Marc, Réforme de la prescription : le point de départ du délai, Defrénois, 28 février 2009, n° 4, p. 393 ; LASSERRE-KIESOW Valérie, Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, RDC, 01 octobre 2008 n° 4, p. 1454.

contractuelle, à article 12-1 du règlement Rome I et, principalement pour notre sujet, en matière délictuelle à l'article 15 du règlement Rome II.⁴⁶⁹

Par-delà les divergences, surtout par rapport au droit anglais⁴⁷⁰, le droit de la prescription fait l'objet d'un important mouvement d'harmonisation et d'importantes tendances internationales se dégagent.⁴⁷¹ Le premier facteur d'harmonisation vient d'une vaste vague de réformes législatives internes. Au cours de ces dernières années, celles-ci ont porté, soit spécifiquement sur le droit de la prescription, soit sur des pans entiers du droit des obligations, soit sur tout le droit civil à travers une refonte du Code civil incluant de ce fait le droit de la prescription⁴⁷². On peut observer une tendance à adopter certaines dispositions codifiées par les principes Unidroit et les principes du droit PDEC, dans le sens d'une uniformisation des délais, d'un délai de droit commun plus court, d'un délai qui ne commence à courir que lorsque le débiteur connaissait ou aurait dû connaître l'existence de sa créance, de l'admission des clauses contractuelles qui modifient la durée des délais⁴⁷³. Les PDEC utilisent le terme *prescription*, renvoyant ainsi à la conception substantialiste de la prescription, les principes Unidroit utilisent le terme *limitation periods*, renvoyant ainsi à la conception processualiste de la prescription.

Ayant délimité le champ d'application et le domaine de la loi applicable, il faut maintenant analyser les règles de conflit retenues par le règlement Rome II pour déterminer la loi compétente, dans l'ordre d'analyse utilisé par le juge.

CHAPITRE 2 - REGLES DE CONFLIT APPLICABLES A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

⁴⁶⁸ Voir COURBE Patrick, La prescription en droit international privé, in Les désordres de la prescription, Publications de l'Université de Rouen, 2001, p. 70.

⁴⁶⁹ Rome II - Article 15 - La loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du présent règlement régit notamment: h) le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance fondées sur l'expiration d'un délai, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension d'un délai de prescription ou de déchéance.

Rome I - Article 12- 1. La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment: d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai.

⁴⁷⁰ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive, RDC, 01 juillet 2004 n° 3, p. 808.

⁴⁷¹ Sur lesquelles voir ZIMMERMANN Reinhard, Comparative Foundations of a European law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2002.

⁴⁷² Pour une liste des pays qui ont engagé une réforme, ZIMMERMANN Reinhard, Comparative Foundations of a European law of Set-off and Prescription, Cambridge University Press, 2002, p. 66 et s.

⁴⁷³ L'article 2254 de la loi française du 17 juin 2008.

Dans la pratique, le règlement ayant réglé le problème de la question préalable (Sous-section 1), le juge va tout d'abord vérifier si les parties ont choisi la loi applicable à leur litige (Sous-section 2). À défaut de choix, il va appliquer les autres règles de conflit prévues, commençant par la loi du contrat (Sous-section 3), puis la résidence habituelle commune (Sous-section 4), le lieu de survenance du préjudice (Sous-section 5), et enfin l'application exceptionnelle de la clause échappatoire (Sous-section 6).⁴⁷⁴

SECTION 1 - QUESTION PREALABLE

Il faut, avant d'appréhender la responsabilité précontractuelle, s'interroger sur le point de savoir si les négociations n'ont pas abouti à la formation d'un véritable contrat, excluant par là même cette responsabilité. Ainsi, en vertu de la Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, « 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 » (article 8, § 1^{er}), étant toutefois relevé que « pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent » (article 8, § 2). Autrement dit, il revient à la *lex contractus* et à elle seule de qualifier de précontractuelle la rupture. C'est ensuite qu'il convient de tirer les conséquences du caractère éventuellement délictuel de cette rupture, en lui associant le critère de rattachement qui justifie cette nature. Celui-ci correspond, en droit international privé français, à la *lex loci delicti*, avec toutes les difficultés qui s'attachent à la mise en œuvre de cette règle lorsque le fait générateur et le préjudice sont dissociés.

Prenons l'exemple d'une action en dommages et intérêts pour rupture fautive des négociations, présentée de façon subsidiaire à une action principale tendant à la reconnaissance

⁴⁷⁴ Pour une vue d'ensemble des règles de conflit du règlement Rome II: KRAMER Xandra E., *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued - Introductory Observations, Scope, System, and General Rules*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2008, n° 4, pp. 414-424 ; AHERN John et BINCHY Willian, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime*, *Martinus Nijhoff Publishers*, 2009 ; HARTLEY Trevor, *Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation*, 2008, *ICLQ*, n° 57, p. 899 ; JOUBERT Natalie, *Les règles de conflit spécialisés en matière de délits dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)* in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie, *Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris: Litec, 2008 ; KADNER GRAZIANO Thomas, *Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*, *RCDIP*, 2008, p. 443.

de l'existence du contrat. Cette demande subsidiaire devrait logiquement, faute de contrat, relever de la qualification délictuelle et de la loi applicable aux délits. Cependant, on pourrait être tenté, au nom du traitement cohérent de ces deux questions intimement liées et posées au juge dans une même instance, de remettre en cause cette qualification de principe et d'appliquer également à la demande subsidiaire la loi désignée par la règle de conflit contractuelle. Même si la question est ici plutôt celle de l'inexistence du contrat, on pourrait estimer que l'éventuelle sanction de sa non-formation relève du domaine de la loi du contrat. Ainsi, la loi du contrat, selon laquelle il n'y a pas contrat, régirait néanmoins cette question, alors même que ses règles substantielles internes prévoient peut-être que la responsabilité encourue en cas de non-formation du contrat est délictuelle.

Les deux questions sont trop interdépendantes et, pour maintenir une certaine cohérence, il convient effectivement de les soumettre à une seule loi, celle du contrat. Cependant, on aboutirait alors à une curieuse différence de régime selon le contexte dans lequel les questions seront posées au juge. En effet, si une partie invoque directement et principalement la rupture fautive des négociations par son cocontractant et réclame des dommages et intérêts à cet égard, la qualification sera certainement délictuelle. En revanche, si la même partie invoque la même demande seulement à titre subsidiaire, au cas où sa demande principale en reconnaissance de l'existence du contrat serait rejetée, la qualification retenue pour cette demande subsidiaire serait alors contractuelle.

Le règlement Rome II se démarque de cette polémique, à bon escient sans doute, à travers, à nouveau, une série de rattachements en cascade⁴⁷⁵. En tout premier lieu, « la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu » (article 12, § 1^{er}). La solution est heureuse, qui évite l'application de deux lois différentes, l'une relative à la qualification précontractuelle de la rupture, l'autre à la sanction de celle-ci, en prévoyant l'application de la *lex contractus* désignée suivant les règles du Règlement Rome I, voire, en cas de vente, au regard de celles de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Lorsque la loi du contrat ne peut pas être déterminée, d'autres rattachements sont alors prévus. Cette hypothèse apparaît assez subsidiaire puisqu'il sera presque toujours possible

d'identifier la *lex contractus*, d'autant que c'est à partir de cette loi que le caractère précontractuel de la situation sera affirmé. L'occurrence vise sans doute les cas dans lesquels les discussions entre les parties avaient à peine débuté⁴⁷⁶, de sorte qu'il est encore impossible d'identifier, à ce stade, un rattachement pertinent au regard du contrat.

SECTION 2 - CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

Comme les obligations extracontractuelles ont pour source la loi, la compétence d'un droit choisi par les parties était autrefois rarement envisagée à leur sujet. Mais l'analyse a évolué ces dernières décennies. Puisque, en droit interne, la victime et l'auteur du préjudice ont la possibilité d'en régler les conséquences en concluant une transaction, on ne voit pas ce qui les empêcherait, en présence d'un élément d'extranéité, de convenir aussi de la loi applicable (§1), du moins dans un cadre déterminé et sous certaines conditions (§2). Le choix de la loi applicable a des avantages indéniables tant pour les parties que pour le juge (§3).

Le Règlement fait preuve d'innovation en introduisant comme rattachement principal en matière délictuelle le principe de l'autonomie de la volonté, ce principe étant normalement réservé à la matière contractuelle. Certes, le droit international privé de certains États européens adoptait déjà l'élection de loi en tant que rattachement principal en matière de responsabilité extracontractuelle⁴⁷⁷. Mais dans la plupart de pays, soit la volonté concordante des parties figure dans une position subsidiaire⁴⁷⁸, soit elle est admise parfois par la jurisprudence, comme en France⁴⁷⁹.

§1 - La consécration de l'autonomie de la volonté : l'article 14 du Règlement

Le choix de la loi est prévu à l'article 14 du règlement en tant que rattachement de principe, ne dépendant pas de l'inapplicabilité de la *lex loci delicti* pour être appliqué⁴⁸⁰. Le

⁴⁷⁵ GUERCHOUN Frédéric et PIEDELIÈVRE Stéphane, Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (2^{ème} partie), GP, 30 octobre 2007 n° 303, p. 10.

⁴⁷⁶ Ibid. p. 11.

⁴⁷⁷ Art. 42 EGBGB ; art. 132 de la LDIP suisse ; § 35 al. 1 de la LDIP autrichienne ; art. 39 al. 1 de la LDIP liechtensteinoise.

⁴⁷⁸ Art. 42 de l'EBGB allemand ; art. 6 de la LDIP de la responsabilité extracontractuelle néerlandaise ; art. 1219 al. 3 de la partie III du Code civil russe ; art. 1.43 al. 3 du Code civil Lituanien.

⁴⁷⁹ Cour de Cassation française 19.4. 1988 (Roho c. Caron et autres), RCDIP, 1989, p. 68, note BATIFFOL Henri.

⁴⁸⁰ BERTOLI Paolo, Party Autonomy and Choice-Of-Law Methods in the « Rome II » Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 229 et s.

règlement représente une avancée très importante pour harmoniser cette question en Europe et consolider l'autonomie de la volonté comme un critère de rattachement fondamental en matière extracontractuelle. Les auteurs y voient un vecteur de prévisibilité et de sécurité juridique appréciable. De plus, on fait remarquer que le choix de la loi applicable permet de corriger, comme en toute matière, l'incertitude ou le caractère insatisfaisant de la règle de conflit ainsi que de réduire la durée et donc le coût des procédures.

Cet article n'exprime aucune restriction quant à la loi qui peut être choisie et l'intitulé « *Liberté de choix* » confirme qu'il n'y en a pas. Il faut donc en déduire, comme cela est fait dans le cadre de la Convention de Rome, que les parties sont entièrement libres et peuvent attribuer compétence à la loi d'un pays sans rapport avec la situation. Selon M. Boskovic⁴⁸¹, la possibilité d'un choix illimité apparaît ainsi tout particulièrement contestable dans une matière dans laquelle l'autonomie de la volonté ne s'imposait pas. Le choix parmi un certain nombre de lois prédéterminées⁴⁸² aurait sans doute été préférable. L'article 14 encadre néanmoins la faculté de choix⁴⁸³ qui ne peut s'effectuer qu'à un moment précis, selon un mode prédéterminé. La portée de ce choix est également limitée.

§2 - L'accord des parties

Selon les cas, l'option de législation est ouverte soit à l'une des parties, en l'occurrence le demandeur en réparation dans les domaines d'actes restreignant la libre concurrence et celui de l'environnement, soit à l'ensemble des parties au litige et doit donc être le résultat d'un accord entre elles. Pour le choix de la loi applicable à la phase précontractuelle, seule la deuxième hypothèse nous intéresse. Mais ce choix ne sera admis qu'à quelques conditions relatives à sa portée (A), au moment (B), à l'objet (C) et à la loi choisie (D).

A - La portée du choix

Le droit français admettait déjà le choix de loi effectué *a posteriori*⁴⁸⁴. Ce type d'accord tend à éluder la règle de conflit et a notamment été admis en matière délictuelle⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ BOSKOVIC Olivera, L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II, D. 2009, p. 1640.

⁴⁸² Par exemple, entre la loi du for, la loi du fait générateur ou la lex contractus.

⁴⁸³ DE BOER Thomas, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law, 2008, n° 9, p. 19.

⁴⁸⁴ V. l'article 12, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile.

Toutefois, l'article 14 du règlement, ainsi comme les législations nationales mentionnées, ont recours à un mécanisme différent⁴⁸⁶. Une véritable règle de conflit fondée sur l'autonomie de la volonté est instaurée. Cette règle retient un rattachement alternatif à certains autres rattachements objectifs dégagés par les auteurs du règlement. L'accord pouvant intervenir entre les parties n'est donc pas un accord procédural mais un accord de fond constitutif de la règle de conflit⁴⁸⁷, comme cela est le cas en matière contractuelle avec la Convention de Rome.

L'article 14 exige que le choix soit « exprès ou résulte de façon certaine des circonstances (...) ». Le choix peut donc être tacite, à condition qu'il ne soit pas purement hypothétique, le choix peut être tacite. La marge d'appréciation laissée au juge dans l'interprétation de la volonté des parties risque d'aboutir à des divergences de jurisprudence. Les juridictions de certains États membres sont plus souples que d'autres lorsqu'il convient d'apprécier le choix des parties, comme le démontre l'application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui fait aussi référence au choix résultant de façon certaine des circonstances.

Quelques restrictions sont prévues sur la portée d'un accord valable. La première dispose que le choix « ne porte pas préjudice » aux droits des tiers (article 14-1, *in fine*), ce qui est tout à fait légitime. La deuxième concernant certaines dispositions de l'article 14 qui tendent indirectement à protéger la partie faible.

Dans la mesure où le texte communautaire ne restreint pas le choix des parties à la *lex fori*, celles-ci peuvent retenir une autre loi qui ne correspond pas à celle du pays où tous les éléments de la situation sont localisés. Dans ce cas, les règles d'ordre public interne de ce pays ne peuvent être écartées par le biais d'une élection de droit. À défaut de choix des parties, les normes de ce pays auraient été applicables puisqu'il s'agit d'une situation purement interne. Une telle situation entre, malgré tout, dans le champ d'application du règlement par l'effet de l'élection de droit. À l'instar de la Convention de Rome, une situation n'a pas besoin d'être objectivement internationale pour relever de la sphère de compétence du règlement.

B - L'admission du dépeçage

⁴⁸⁵ Cass. civ. 1, 19 avr 1988 : RCDIP 1989, p. 68, note BATIFFOL Henri.

⁴⁸⁶ BRIERE Carine, Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JDI, 2008, n° 1, doct. 2, p. 59.

La possibilité pour les parties de procéder au dépeçage, en d'autres termes de choisir plusieurs lois pour plusieurs aspects de leur relation, n'est pas prévue par le texte du règlement. La CJCE aura donc une totale liberté d'interprétation. Selon M. Boskovic, « on peut penser que dans une matière dans laquelle l'autonomie de la volonté ne s'impose pas avec évidence le dépeçage ne devrait pas être admis »⁴⁸⁸. Certes, en vertu de l'article 12-1, la loi applicable en matière de responsabilité précontractuelle est, en principe, la loi qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu, mais rien ne s'oppose à ce que les parties fassent un choix pour leur futur contrat et un autre choix pour la responsabilité non-contractuelle découlant des pourparlers.

C - Choix *ex ante*

Le règlement prévoit que les parties peuvent choisir la loi applicable par un accord postérieur à la survenance du dommage. Cette condition d'ordre temporel posée vise à permettre aux parties d'apprécier réellement la portée de leur choix de loi applicable.

Si l'élection de droit *ex ante* est limitée, elle n'est pas exclue. Le choix de la loi avant la survenance du dommage n'est envisageable que si les parties « exercent toutes une activité commerciale », ce qui implique évidemment que le fait se soit produit dans l'exercice de cette activité. On est en tout cas en droit de s'interroger sur l'opportunité, dans des situations internationales, du critère de « l'activité commerciale », qui n'est pas entendu de la même manière d'un système juridique à l'autre. En outre, il n'y a pas de raison de traiter différemment à cet égard les commerçants et les autres professionnels, notamment les professions libérales. Certes, la CJCE précisera l'interprétation qui est à retenir, mais, on peut penser que la notion d'activité professionnelle aurait été plus adaptée⁴⁸⁹.

L'article 14 n'est pas clair sur la question de savoir si ce qui est exigé est juste une activité commerciale ou si, pour pouvoir conclure un accord *ex ante*, les parties doivent être en relation contractuelle. Il est certain que c'est cette dernière hypothèse qui était en priorité visée, mais la formulation définitive du texte semble ouvrir la possibilité d'un accord *ex ante* même

⁴⁸⁷ Contre: SLIM H., Responsabilité civile délictuelle en droit international privé : J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 225-10, 2004, n° 23. Sur la distinction entre l'accord procédural et l'accord de fond, voir FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 272, p. 246 et s.

⁴⁸⁸ BOSKOVIC Olivera, L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II, D. 2009 p. 1643.

en l'absence de relation préexistante. Il est probable que la CJCE raisonne en la matière comme elle l'a fait à propos des contrats de consommation dans le contexte du règlement Bruxelles I, excluant les contrats mixtes, c'est-à-dire conclus à la fois pour un usage professionnel et personnel, du champ d'application des dispositions spécifiques. On peut se demander si l'accord doit être conclu à l'occasion de l'activité commerciale. Le texte ne semble pas l'exiger, et pourtant on peut hésiter devant une telle interprétation qui se départirait de celles habituellement retenues dans le contexte de la Convention de Rome et du règlement Bruxelles I.

En outre, pour qu'un choix *ex ante* soit possible, l'accord doit avoir été librement négocié. On déduit tout naturellement de cette exigence qu'une clause de choix ne pourrait pas figurer dans des conditions générales ou simplement être stipulée dans un contrat d'adhésion.

D - Le choix de la loi d'un État tiers et ses limites.

Le point 3 de l'article 14 vise à garantir l'application d'un standard minimum communautaire. Ainsi lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un ou plusieurs États membres, le choix de la loi d'un pays tiers ne peut avoir pour conséquence d'éviter les normes communautaires auxquelles il ne peut être dérogé par un accord⁴⁹⁰.

En premier lieu, dans l'hypothèse de choix d'une loi d'un État tiers comme applicable à une situation objectivement interne à un État-membre, ce choix est licite, mais il ne peut porter atteinte à l'application des dispositions de la loi du pays où tous les éléments sont localisés et auxquelles elle « ne permet pas de déroger par accord ». Les dispositions en question sont toutes les règles impératives du droit interne de cet État, et non pas seulement les lois de police et de sûreté dénommées dans le règlement « dispositions impératives dérogatoires » (article 16).

En deuxième lieu, c'est l'hypothèse de choix d'une loi d'un État tiers comme applicable à une situation intracommunautaire, peu important que ce soit dans un seul ou plusieurs États membres. Dans ce cas, il s'agit d'empêcher l'éviction des dispositions

⁴⁸⁹ Ibid. p. 1641.

⁴⁹⁰ Sur le sujet, voir POCAR Fausto, La codification européenne du droit international privé: vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les états tiers?, in Mélanges en honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 697.

impératives du droit communautaire. Donc, comme précédemment, ce choix est licite, mais ne peut avoir pour effet d'écartier ces dispositions.

Concernant les directives nécessitant une transposition, l'article 14 point 3 du règlement indique que les normes qui ne peuvent être écartées ne correspondent pas aux dispositions telles que prévues par le droit communautaire mais aux dispositions « telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for ». Lorsque les États membres transposent une directive, ils peuvent retenir des dispositions plus protectrices que les normes communautaires. La directive peut être aussi mal transposée. Il peut donc exister des différences entre les législations des États membres quant à l'étendue de la protection accordée.

§ 3 - Avantages du choix et perspectives d'application

L'article 14 du règlement vise à favoriser l'application de la loi la plus appropriée pour régir une situation donnée, les parties étant finalement parfois mieux placées que le législateur pour déterminer le droit national dont l'application permettra de prendre dûment en compte leurs intérêts et de mieux régler le litige.

Lorsqu'il existe une relation particulière entre les parties, notamment du fait qu'elles sont liées par des pourparlers, une élection de droit *ex ante* leur permettrait d'être tout de suite au clair sur les bases légales régissant d'éventuelles prétentions délictuelles. Les parties auraient la possibilité de soumettre d'avance l'ensemble de leurs relations juridiques à un droit déterminé et de mettre ainsi, sur un même plan, les divers types de responsabilité pouvant intervenir.

Le choix de la *lex fori* après la naissance du litige est, par exemple, intéressant lorsque l'application du droit étranger ne peut faire l'objet d'un appel et que les parties souhaitent se ménager la possibilité de faire contrôler l'application du droit matériel par les instances supérieures.

Il est ainsi vivement conseillé aux parties de désigner d'entrée de jeu la loi applicable à la négociation, pour assurer la prévisibilité de la loi applicable et les conséquences de ces actes⁴⁹¹. Libre à elles, le contrat définitif conclu, de désigner une loi différente, qu'il vaudra tout de même mieux éviter, car c'est trop compliqué. Une seule et même loi, de bout en bout, tel est

⁴⁹¹ GAUTIER Pierre-Yves, Les aspects internationaux de la négociation, RTDCom. 1998 p. 493.

le pic conflictuel à atteindre. Une savante doctrine considère même que les parties peuvent conclure une convention distincte, « le contrat de choix » de la loi applicable, dont le seul objet est de déterminer quelle loi régira la validité du contrat, indépendamment de ses effets substantiels.⁴⁹²

Il est sans doute trop tôt pour présager de l'avenir de cette faculté offerte aux parties. Il n'est toutefois pas certain, à notre sens, qu'elle sera fréquemment utilisée lorsque le fait générateur est déjà survenu. Certes, le choix de loi peut se révéler utile en pratique, en ce qu'il élimine les difficultés liées à la désignation et à l'application du droit étranger. Mais, lorsque celui-ci est identifié et connu, l'élection d'une autre loi suppose que toutes les parties y aient un avantage⁴⁹³. Or, il est douteux que toutes les parties tirent profit de ce choix de loi. En pratique, seule l'une d'elles y aura intérêt, parce que la consécration de sa prétention s'en trouvera facilitée.

À défaut de choix de loi, l'article 12 regroupe quatre règles qui ont une vocation de principe à s'appliquer à la responsabilité précontractuelle. Dans le §1, une règle donne une compétence de principe à la loi du contrat envisagé, objet des pourparlers. Le § 2 donne une compétence de principe à la loi du lieu de survenance du dommage, mais prévoit une dérogation dans l'hypothèse où les parties résident dans le même pays : la loi de ce pays l'emporte. L'une et l'autre de ces lois sont écartées lorsque la situation présente des liens manifestement plus étroits avec un pays différent : c'est la clause d'exception.

SECTION 3 - LA LOI DU CONTRAT

L'article 12, paragraphe 1, du règlement Rome II dispose que « La loi applicable à une obligation non-contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ». Il s'agit d'un dispositif inédit. Selon lui, pour découvrir la loi applicable à la responsabilité précontractuelle, de nature délictuelle, il faut rechercher la loi applicable au contrat envisagé par les pourparlers.

⁴⁹² Voir HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques et de GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, Masson, 1997, n° 1380 ; NIBOYET Marie-Laure, J.-Cl. *Droit international*, fasc. 552-2, n° 34 et s.

⁴⁹³ GUERCHOUN Frédéric et PIEDELIÈVRE Stéphane, GP, 30 octobre 2007 n° 303, p. 13 (2^{ème} partie), *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)*.

Eu égard au sujet que nous nous proposons de traiter, deux textes internationaux sont importants pour désigner la loi applicable au contrat: la Convention de la Haye de 1955 sur la loi applicable à la vente à caractère international d'objets mobiliers corporels et le règlement communautaire n° 593/2008, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après, Rome II).⁴⁹⁴. La règle de principe est désormais le Règlement Rome I (§1) qui a remplacé la Convention de Rome de 1980, même s'il laisse de la place à la Convention de la Haye de 1955 (§2). Par rapport à la Convention de Rome, le nouveau règlement apporte plus d'objectivité à la détermination de la loi applicable (§3), priorisant la sécurité juridique à la proximité, mais cette dernière trouve encore sa place dans certains dispositifs, notamment par le maintien de la clause d'exception (§4).

§1 - La règle de principe : Le règlement Rome I

L'objectif visé est de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions de litiges même si toute flexibilité n'est pas écartée. Tout en maintenant certaines solutions de la Convention de Rome, le nouveau texte apporte des changements opportuns, notamment en ce qui concerne la détermination de la loi applicable à défaut de choix effectué par les parties. Pour les principaux contrats du commerce international, les solutions sont désormais plus prévisibles. On peut regretter l'absence d'un rapport explicatif, comme ce fut le cas pour la Convention de Rome⁴⁹⁵.

Le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles Rome I se substitue à la Convention de Rome pour les contrats conclus après le 17 septembre 2009⁴⁹⁶. Il couvre toutes les « situations comportant un conflit de lois » relatives « aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale », les matières fiscales, douanières et administratives étant d'emblée exclues. On notera encore qu'en conservant la référence aux situations soulevant un conflit de lois, le texte évite habilement la distinction entre situation

⁴⁹⁴ JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6 (ci-après règlement Rome I) ; KENFACK Hugues, Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?, JDI, 2009, p. 1 ; DEUMIER Pascal et RACINE Jean-Baptiste, Règlement Rome I: le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle, RDC, 01 octobre 2008 n°4, p. 1309.

⁴⁹⁵ GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, Rapport concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE, n. C 282/17, du 31 octobre 1982.

⁴⁹⁶ Sur le champ d'application du Règlement Rome I, voir NOURISSAT Cyril, Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux. Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome-I »), Defrénois, 15 novembre 2009 n°19, p. 2017 et s.

interne et situation internationale dont on connaît l'ambiguïté dans le cadre communautaire⁴⁹⁷. Son champ d'application matériel est semblable à celui de la Convention de Rome de 1980. Le principal changement est l'exclusion du champ d'application du règlement Rome I, à l'article 1^{er}, paragraphe 2, point « i », des obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat, soumises au règlement Rome II. Comme par rapport au règlement Rome II, le règlement Rome I ne s'applique pas au Danemark. Le Royaume-Uni qui a choisi de ne pas manifester d'emblée son intention de participer à l'adoption du règlement Rome I, a cependant notifié son intention d'accepter l'acte.

§2 - La relation avec les conventions internationales existantes⁴⁹⁸

Les rédacteurs du règlement Rome I ont choisi de garder la sobriété puisque son article 23, sur la « Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire », dispose qu'à « l'exception de l'article 7, le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles ». Ainsi, mis à part le domaine spécifique du droit des assurances, qui fait l'objet d'une règle spéciale à l'article 7, le règlement Rome I s'efface devant les règles de conflit intéressant les obligations contractuelles contenues dans des dispositions communautaires.⁴⁹⁹

Les principales conventions concernées sont celle de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et celle de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Selon l'article 25-1: « Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles ». Quant au domaine du commerce international qui nous intéresse ici, le maintien de l'applicabilité de la Convention de 1955 sur la loi applicable au contrat de vente ne devrait

⁴⁹⁷ BERGÉ Jean-Sylvestre, La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé, Tr. com. fr. DIP 2004-2006, Pédone, 2008, p. 29 à 62.

⁴⁹⁸ L'article 27 et le considérant 40 du règlement, le premier réservant l'application des règles de droit international privé insérées dans des actes de droit dérivé existants, le second réservant l'application de celles qui surviendraient à l'avenir.

⁴⁹⁹ Pour la discussion sous l'empire de l'article 20 de la Convention de Rome, voir WILDERSPIN Michael et LEWIS Xavier, Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres, RCDIP, 2002, p. 309 et s.

poser aucun problème particulier dans la mesure où ses règles sont globalement similaires à celles que le règlement adopte en matière de vente.

§ 3 - L'objectivation de la désignation de la loi applicable

L'article 4 du règlement Rome I comprend quatre processus différents : 1) Un ensemble de règles fixes détermine la loi applicable pour certains contrats ; 2) Première règle subsidiaire : lorsque ces règles fixes ne sont pas utilisables (parce que le contrat n'est couvert par aucune d'entre elles ou est couvert par plusieurs d'entre elles), désignation de la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ; 3) Clause d'exception, dérogeant aux deux premières étapes de la désignation, en faveur de l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présenterait des liens manifestement plus étroits ; 4) Deuxième règle subsidiaire désignant la loi de l'État avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits lorsque les deux premières étapes de la désignation sont impraticables, par exemple dans le cas de prestations réciproques.

Si le principe de proximité trouve une place évidente dans la clause d'exception et dans la seconde règle subsidiaire, il est difficile de savoir si les règles fixes et la désignation de la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique tendent à concrétiser ce principe⁵⁰⁰, comme c'était le cas dans la Convention de Rome⁵⁰¹. Les premiers commentaires avaient en effet montré que la présomption liée à la prestation caractéristique, dans son effort de concrétisation du principe de proximité, mènerait par exemple à l'application de la loi du lieu de résidence habituelle du vendeur pour le contrat de vente, rattachement qui est aujourd'hui repris dans la première règle fixe⁵⁰².

La volonté de prioriser la sécurité juridique se manifeste par l'adoption de règles fixes. Dans le règlement Rome I, excepté pour certains contrats, la règle de principe posée par l'article 4 est désormais une liste de huit rattachements principaux concernant des contrats nommés. La détermination de la loi applicable selon cet article vaut pour l'ensemble du

⁵⁰⁰ FRANCQ Stéphanie, Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements, JDI, n° 1, Janvier 2009, p. 57 ; et FALLON Marc, Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne in Mélanges P. Lagarde : Dalloz, 2005, p. 242.

⁵⁰¹ GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, Rapport concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE, n. C 282/17, du 31 octobre 1982, pt 3 du commentaire de l'article 4 ; comp. à propos des liens entre le principe de proximité et la conception (fonctionnelle) de la prestation caractéristique chez Schnitzer, ANCEL Marie-Elodie, La prestation caractéristique du contrat : *Économica*, Paris, 2002, p. 156 à 158.

contrat⁵⁰³. C'est principalement sur cette question de la loi applicable en cas d'absence de choix des parties que le règlement se livre à une modernisation de la Convention de Rome, afin d'assurer davantage de prévisibilité⁵⁰⁴. En effet, en adoptant des règles spécifiques aux contrats les plus importants du commerce international, le règlement Rome I limite considérablement les cas de recherche de la prestation caractéristique.

Des règles plus directes ont été prévues pour les principaux contrats de commerce international, sans, pour autant, changer les solutions retenues par la Convention de Rome. L'avantage le plus important est celui de ne plus avoir à rechercher la prestation caractéristique qui est déjà définie par le règlement⁵⁰⁵, la loi applicable étant celle de la résidence du débiteur de cette prestation. Ainsi, pour les contrats de vente, de prestation de services, de transport ou les contrats relatifs aux droits réels immobiliers, vont respectivement s'appliquer les lois de résidence habituelle du vendeur, du prestataire de services, du transporteur et finalement celle du pays où est situé l'immeuble. Quelques observations complémentaires peuvent être faites sur les adaptations apportées par le règlement Rome I à ces principaux contrats du commerce international.

A - Le contrat de vente dans le règlement Rome I

En ce qui concerne les contrats de vente, deux originalités méritent d'être signalées. D'une part, le règlement envisage le contrat de vente de bien aux enchères et le soumet non pas à la loi du vendeur, mais à celle du pays où la vente a eu lieu, si ce pays peut être déterminé. D'autre part, le règlement envisage le rattachement relatif au « contrat conclu au sein d'un système multilatéral assurant ou facilitant la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour les instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17, de la directive 2004/39/CE selon des règles non discrétionnaires ». Ce contrat est soumis à la loi du pays régissant le système multilatéral en cause. La formule

⁵⁰² LAGARDE Paul, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, RCDIP, 1991, p. 309, n° 29.

⁵⁰³ Le règlement n'a pas repris la disposition de la convention de Rome qui autorisait à titre exceptionnel le juge devant déterminer la loi du contrat à conclure qu'une partie de celui-ci, qui en est distincte, se rattache plus étroitement à une loi différente.

⁵⁰⁴ DARGENT Laurent, Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, D. 2008 p. 1815 ; aussi NOURISSAT Cyril, Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux. Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome-I »), Defrénois, 15 novembre 2009 n°19, p. 2017 et s.

⁵⁰⁵ Articles 4 paragraphe 1, points a) à d), et 5 paragraphe 1, du règlement Rome I

utilisée par le point « h » du paragraphe 1, de l'article 4, est assez obscure. Il s'agit en réalité de contrats portant sur des instruments financiers et négociés sur un marché réglementé.

La règle de l'article 4 §1 « h », exclut les contrats conclus par l'intermédiaire des internalisateurs systématiques. Sont également exclus de cette règle les contrats exécutés par des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titre⁵⁰⁶ car elle ne concerne que les contrats conclus par des systèmes multilatéraux et non leur exécution⁵⁰⁷. Seuls les aspects privés du contrat conclu dans les systèmes multilatéraux de négociation et seuls les marchés organisés sont concernés.

B - Les contrats de vente de marchandises dans la Convention de la Haye de 1955

Il convient de ne pas oublier que pour les ventes de marchandises, les dispositions de l'article 4, paragraphe 1, points « a » et « g », ne devraient pas s'appliquer en France. Ayant ratifié la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, la règle de conflit applicable à un contrat de vente de marchandises en droit français est celle donnée par la Convention, puisque son objet est moins général que celui du règlement Rome I.

La Convention est applicable depuis le 1^{er} septembre 1964 en France et constitue depuis le droit international privé de la vente de marchandises, sans condition de réciprocité. Elle a une vocation universelle. Il suffit en effet, pour qu'elle soit applicable, que le tribunal saisi soit celui d'un état contractant. À présent, sept pays ont ratifié la Convention : Danemark, Finlande, France, Italie, Norvège, Suède et Suisse.

Comme son nom l'indique, elle s'applique aux ventes internationales d'objet mobilier à caractère corporel. Par conséquent, dès lors qu'il s'agit de vente immobilière, vente de biens incorporels, comme les droits d'auteur et les valeurs mobilières, ou de ventes de bateaux, navires ou aéronefs enregistrés, qui s'assimile à celles d'un immeuble, la Convention ne s'appliquera pas. Elle va donc s'appliquer fondamentalement aux ventes internationales de marchandises. Faute d'une définition de la vente, le texte conventionnel précise que seront

⁵⁰⁶ Règl. Rome I, consid. 31 et art. 23.

⁵⁰⁷ Cette exclusion est aussi liée à l'article 2, a de la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations de titres qui prévoit une règle de conflit spéciale pour ces contrats : les opérations de règlement-livraison sont régies par la législation de l'État membre choisie par les participants, ce choix étant une condition nécessaire pour que la reconnaissance comme un « système » par la directive.

assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets à fabriquer ou à produire lorsque la partie qui s'oblige à livrer ou fournir, fournit les matières premières nécessaires.

La Convention de la Haye de 1955 reprend le système dualiste traditionnel des contrats internationaux. Selon l'article 2, les parties peuvent choisir la loi qui va régir leur contrat. La clause doit être expresse, mais le choix peut aussi résulter indubitablement des dispositions du contrat. Ce dispositif est ainsi plus restrictif que celui du règlement Rome I, car les circonstances de la cause ne sont pas prises en compte. Le choix est libre, mais il doit s'agir d'une loi étatique. Il ne peut donc s'agir de principes ou de pratiques internationales. La Convention ne se manifeste pas quant à l'admission du dépeçage et quant à un éventuel choix tardif. Le renvoi est logiquement exclu pour respecter la volonté des parties. En l'absence de choix, le principe est que la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment du contrat (article 3). Cette solution va dans le sens du règlement Rome I car il s'agit du débiteur de la prestation caractéristique.

La convention prévoit encore quelques aménagements à ces règles générales. En premier lieu, la loi de la résidence de l'acheteur s'applique si tout le contrat a été conclu dans ce pays. En deuxième lieu, si la vente revêt des formes particulières, vente en bourse ou vente aux enchères, des autorités locales interviennent et donc il est logique de soumettre le contrat à la loi locale. En dernier lieu, lorsqu'à l'occasion de la vente un problème de qualité de la marchandise vendue se pose, la loi locale du lieu où se trouvent les marchandises s'applique. Il en va de même si l'acheteur refuse les marchandises.

Enfin, il faut évoquer la Convention de la Haye du 22 décembre 1986 qui devait remplacer celle de 1955, puisqu'elle porte aussi sur la loi applicable aux seuls contrats de vente internationale de marchandises. Mais cette convention n'entrera probablement pas en vigueur, car le nombre minimum d'États nécessaires à sa ratification ne sera sans doute jamais atteint.

C - Contrat de franchise

Pour les contrats de prestation de services en général, le rattachement principal à « la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle » n'est pas vraiment original. Le considérant 17 précise en effet que « les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières ». Cette rédaction

est malheureuse et regrettable⁵⁰⁸. D'une part, elle méconnaît la nature de ces contrats en optant pour une conception unitaire. La franchise, tout comme la concession, sont des opérations contractuelles complexes associant un contrat cadre et des contrats d'application⁵⁰⁹. Cette qualification globale et sans distinction n'est pas opportune. D'ailleurs, à juste titre, la Cour de cassation française a décidé que le contrat de concession n'était ni une vente, ni une fourniture de services⁵¹⁰. Les mêmes critiques sont accentuées pour la franchise⁵¹¹. Une distinction doit clairement être effectuée entre les franchises selon qu'elles sont de distribution, de service ou industrielle. Seule la deuxième peut être qualifiée de contrat de fourniture de service, en gardant cependant à l'esprit la distinction entre contrat cadre et contrat d'application. Il est souhaitable que la CJCE se prononce assez vite sur cette qualification pour éviter des divergences de jurisprudence dans les États membres qui auraient pour effet de faire perdre au règlement Rome I son utilité.

D - Contrat de distribution

Le règlement apporte des innovations importantes au sujet des contrats de distribution⁵¹² aux points « e » et « f » du paragraphe 1 de l'article 4. Le premier texte dispose que « le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle » alors que d'après le second « le contrat de distribution (concession) est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ». Cette solution protège les intérêts du

⁵⁰⁸ Sur l'ensemble de la question: BERLIOZ Pierre, La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1-b du règlement Bruxelles I, JDI 2008, p. 675 et s..

⁵⁰⁹ V. notamment FERRIER Didier, Droit de la distribution, 4^e éd, Litec, 2006, n° 534 ; COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 2007, n° 928.

⁵¹⁰ V. récemment Cass. com., 23 janv. 2007, Waeco : D. 2007, AJ 511, obs. CHEVRIER Éric, jurispr. p. 1575, note KENFACK Hugues, pan. 2571, obs. BOLLÉE Sylvain et 2008, pan. 1514, obs. JAULT-SESEKE Fabienne ; JCP G 2007, II, 10074, note AZZI Tristan ; RTDCom. 2007, p. 588, obs. BOULOC Bernard et p. 630, obs. DELEBECQUE Philippe ; RDC 2007, p. 842, obs. BEHAR-TOUCHAIS Martine et p. 887, obs. DEUMIER Pascal ; JDI 2008, p. 521, note JACQUET Jean-Michel (1^{re} esp.). - Cass. com., 5 mars 2008 : D. 2008, AJ 858, obs. DELPECH Xavier et jurispr. p. 1729, note KENFACK Hugues ; RTDCom. 2008, p. 455, obs. DELEBECQUE Philippe ; Cass. civ. 1, 9 juill. 2008, n° 07-17.295 : Procédures 2008, comm. 143, obs. NOURISSAT Cyril.

⁵¹¹ Voir LE TOURNEAU Philippe, Les contrats de franchisage, Litec, 2^e éd. 2007.

⁵¹² Le terme distribution est entendu ici au sens large comme englobant franchise, concession exclusive (sur l'ensemble de la question V. notamment S. Hotte, commentaire sous l'article 4. Cas des contrats de franchise et de distribution : RLDA 2008, n° 1754 ; ANCEL Marie-Elodie, Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I : JDI 2008, p. 561 et s. Le projet de Cadre commun de référence de la Société de Législation Comparée et de l'institut Heri Capitant, définit le contrat de distribution (distributorship) comme l'accord en vertu duquel un fournisseur convient de fournir à un distributeur des produits de façon continue et en vertu duquel le distributeur s'engage à les acheter et à les vendre en son nom et pour son propre compte.

distributeur, sans léser ceux des fournisseurs et, surtout, elle assure la sécurité juridique⁵¹³. Elle intervient dans un contexte particulier de divergence entre les jurisprudences des États européens et même entre les auteurs. En l'absence de choix, les uns sont favorables à l'application de la loi du distributeur alors que les autres préfèrent celle du fournisseur. En se limitant à la France, la Cour de cassation s'est prononcée en 2001⁵¹⁴ et 2003⁵¹⁵ en faveur de l'application de la loi de l'État du concédant. Si cette solution a été critiquée, il était toutefois important que la Haute juridiction maintienne le cap, au risque de déstabiliser les acteurs du commerce international. Cette solution et ce risque sont désormais mis entre parenthèses par la nouvelle rédaction de l'article 4 qui a d'importantes vertus, notamment d'unifier les solutions pour les contrats de « distribution ». Il pourrait même avoir des conséquences positives sur l'application de l'article 5, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I aux contrats de distribution⁵¹⁶, abstraction faite de la question de qualification déjà évoquée⁵¹⁷.

E - Contrats portant sur des immeubles

Les contrats portant sur des immeubles ont également vu leurs règles en partie évoluer. D'après l'article 4, paragraphe 1, point « c », « le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ». Il n'y a guère de changement par rapport à la règle qu'énonçait la Convention de Rome sous forme de présomption. Le domaine de cette règle devrait donc être identique. D'une part, elle vise la vente d'immeuble, les constitutions d'usufruit ou de servitude. D'autre part, les baux d'immeubles sont également concernés. La Convention de Rome évoquait le contrat ayant pour objet un droit d'utilisation d'un immeuble, ce qui englobait par exemple le prêt d'un immeuble. Par souci d'harmonisation avec l'article 22, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I, l'article 4, paragraphe 1, point « c » du règlement Rome I est limité au bail, ce qui est plus restrictif.

⁵¹³ KENFACK Hugues, Rome I et contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs, JCP G 2006, p. 127.

⁵¹⁴ Cass. civ. 1, 15 mai 2001, Optelec : Bull. civ. 2001, I, n° 134 ; JCP G 2001, II, 10634, note RAYNARD Jacques ; JDI 2001, p. 1121, note HUET André ; RCDIP 2002, p. 86, note LAGARDE Paul ; D. 2002, p. 198, note DILOY Christel et p. 1397, obs. AUDIT Bernard ; KENFACK Hugues, L'application des articles 4-1 et 4-2 de la convention de Rome par la Cour de cassation : RLDA 2002, n° 2898.

⁵¹⁵ Cass. civ. 1, 25 nov. 2003, Ammann-Yanmar : Bull. civ. 2003, I, n° 237 ; D. 2004, p. 494, note KENFACK Hugues ; JCP G 2004, II, 10046, note RAYNARD Jacques ; RDC 2004, p. 770, obs. BUREAU Dominique ; RCDIP 2004, p. 102, note LAGARDE Paul ; JDI 2004, p. 1179, note ANCEL Marie-Elodie.

⁵¹⁶ Voir KENFACK Hugues, Rome I et contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs, JCP G, 2006, p. 127.

⁵¹⁷ En application de l'article 5-1 du règlement Bruxelles I, si les juges considèrent que les franchises et les concessions sont des contrats de services, ils appliqueront l'article 5, paragraphe 1, b), en faveur du « tribunal du lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ».

F - Contrat de transport

Les contrats de transport sont régis par l'article 5 du règlement qui leur est désormais exclusivement consacré, logé entre les règles de droit commun de l'article 4 et celles spéciales de protection des parties faibles⁵¹⁸. Un tel traitement de faveur ne semblait pas *a priori* se justifier, le conflit de lois étatiques devant le juge national étant en matière de contrats de transport subsidiaire et périphérique⁵¹⁹. L'importance du transport dans le commerce international justifie cependant des règles propres. Les nouvelles dispositions ne sont pas entièrement originales. Elles effectuent une distinction entre les contrats de transport de marchandises et de personnes.

Le contrat de transport de marchandises, dont la notion est précisée par le considérant 22, est régi par le paragraphe 1 de l'article 5 qui, malheureusement, maintient le rattachement complexe qui figurait à l'article 4, paragraphe 4, de la Convention de Rome. Le texte prévoit l'application de la loi du pays de résidence du transporteur, à condition que le chargement ou la livraison ait lieu dans ce pays ou que l'expéditeur y réside également. Lorsque ce rattachement s'avère défaillant, le nouveau texte propose un autre rattachement en faveur de la loi du lieu de livraison contractuellement convenu. Il s'agit d'un heureux complément qui s'intègre parfaitement dans l'objectif de prévisibilité des solutions en ne laissant pas au juge les pleins pouvoirs lorsque le rattachement objectif est inefficace.

Il convient d'avoir à l'esprit que certains contrats expressément visés par l'article 4, paragraphe 1, et l'article 5, paragraphe 1, sont parmi les plus importants dans le commerce international. En effet, les catégories concernées englobent la vente, contrat le plus courant du commerce international, mais aussi le transport, les franchises, les concessions, les financements et garanties, tout comme les contrats de représentation⁵²⁰ et d'intermédiaires. S'agissant de ces derniers, il convient de relever que la proposition de 2005 contenait une disposition spécifique aux contrats conclus par un intermédiaire qui a finalement été supprimée⁵²¹. Sont également concernés les contrats d'entreprise⁵²², car il s'agit assurément de

⁵¹⁸ Le règlement considère d'ailleurs que le passager doit être spécialement protégé (consid. 32), ce qui pourrait le faire basculer dans les parties faibles. Mais il a été volontairement choisi de présenter les deux catégories de transport ensemble.

⁵¹⁹ Voir JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, *Droit du commerce international* : Dalloz, 2007, n° 570 et s.

⁵²⁰ Cass. civ. 1, 11 juill. 2006, Bull. civ. 2006, I, n° 373.

⁵²¹ Devant le juge français, c'est l'article 6 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation et non le règlement Rome I qui doit s'appliquer.

prestations de services. Très peu de contrats échapperont à son domaine pour relever de l'article 4, paragraphe 2.

§4 - Le maintien d'une dose de proximité

Le principe de proximité est présent notamment dans les paragraphes 2 à 4 de l'article 4 et le paragraphe 3 de l'article 5, ce dernier étant spécifique au contrat de transport. Ces articles montrent que ce principe est désormais résiduel. Il conduira soit à l'application de la loi de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique (A), soit à celle du pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits : la clause d'exception est donc maintenue (B).

A - La résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique

La loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique est issue de l'article 4, paragraphe 2, d'après lequel « lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points « a » à « h » du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle »⁵²³.

L'interprétation du texte peut soulever une difficulté liée à une application excessive de ce dispositif même dans des cas prévus au paragraphe 1. Cette hypothèse ne devrait donc concerner que les contrats assez complexes, mélangeant des éléments de différents types de contrats. Cette catégorie devrait toutefois demeurer résiduelle. S'agissant des modalités d'application du rattachement du paragraphe 2 de l'article 4, il n'y a pas de véritable changement par rapport à la Convention de Rome, sauf peut-être à signaler que dans cette dernière, ce rattachement était de principe alors que désormais il est simplement résiduel dans le règlement. On constate avec étonnement le maintien à la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits dans un système qui privilégie la sécurité juridique.

⁵²² V. par ex. Cass. civ. 1, 14 nov. 2007, n° 06-21.372 (3e esp.) : JurisData n° 2007-041361 ; JDI 2008, p. 521, note JACQUET Jean-Michel ; RCDIP 2008, p. 139, obs. MUIR WATT Horatia.

⁵²³ Cette disposition a été reprise par l'article 5, paragraphe 3, en matière de contrat de transport.

B - La conservation de la clause d'exception

L'article 4, paragraphe 3, du règlement dispose en effet que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». La clause d'exception aura donc été sauvée, même si son caractère d'exception est réaffirmé par l'utilisation de l'adverbe « manifestement »⁵²⁴ et la limitation aux circonstances « de la cause »⁵²⁵.

Elle doit rester confinée à de rares hypothèses et la CJCE va sans doute veiller à ce qu'elle le soit⁵²⁶, d'autant plus que pour identifier le pays qui présente les liens les plus étroits, le considérant 20 apporte une précision qui ne va pas dans le sens de la prévisibilité. Il indique qu'il convient de prendre en compte notamment « l'existence de liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres contrats ». On peut, cependant, se demander s'il s'agit de contrats accessoires, comme les sûretés, qui en l'absence de choix d'une loi par les parties, seraient soumis à la loi qui régit le contrat principal. On s'est demandé s'il était nécessaire que l'autre contrat comporte un choix exprès pour pouvoir influencer la loi applicable à un contrat lié⁵²⁷.

Doit également rester résiduelle le recours à l'article 4, paragraphe 4, d'après lequel « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Il s'agit d'une reprise de l'article 4, paragraphe 5, de la Convention de Rome. Cet article devrait concerner peu de contrats : contrat de transaction⁵²⁸, contrat d'échange ou contrats d'exploitation du droit d'auteur⁵²⁹.

⁵²⁴ Pour des explications: MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 9e éd. : Montchrestien, 2007, n° 729.

⁵²⁵ Sur l'ensemble de la notion: RÉMY-CORLAY Pauline, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois* : Thèse Poitiers, 1997 ; du même auteur, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, RCDIP 2003, p. 37.

⁵²⁶ La Cour de cassation française est dans ce sens. Sous l'empire de la convention de Rome, elle a notamment opéré sa censure en cas d'application de la clause sans procéder à une comparaison avec les rattachements de l'article 4, paragraphe 2: Cass. com., 19 déc. 2006, D. 2007, pan. p. 1755 obs. COURBE Patricket 2567, obs. BOLLÉE Sylvain ; RDC 2007, p. 467, obs. DEUMIER Pierre ; RCDIP 2007, p. 592, (1re esp.), note LAGARDE Paul ; v. également Cass. com., 22 mai 2007, RCDIP 2007, p. 592 (2e esp.), note LAGARDE Paul.

⁵²⁷ CORNELOUP Sabine, *La responsabilité du fait des produits*, in *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 85.

⁵²⁸ Voir JARROSSON Charles, *Le contrat de transaction dans les relations internationales*, RCDIP 1997, p. 657.

⁵²⁹ Voir AZZI Tristan, *Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé: état des questions*, RIDA, oct. 2007, p. 3.

SECTION 4 - RESIDENCE HABITUELLE COMMUNE⁵³⁰

Dans certaines hypothèses, le rattachement de l'article 12 §2, « a », à la loi du lieu du dommage, peut parfois aboutir à la désignation d'une loi qui n'est pas la plus proche du litige ou qui ne favorise pas son règlement. Sur ce problème, les auteurs du règlement ont prévu des rattachements dérogatoires. Selon l'alinéa « b » du même dispositif, une importante concession est faite cependant au rattachement personnel commun des parties. Sans doute l'application de la loi de la résidence commune est elle plus conforme aux attentes des parties en ce qui concerne le régime de responsabilité que celle du lieu, qui peut être purement fortuit, du dommage, et satisfait davantage aux besoins de la mise en œuvre de la réparation si le lésé ne réside pas dans le pays de survenance du dommage. La solution correspond d'ailleurs au besoin, ressenti en France par les juridictions du fond, de mettre à l'écart la loi du lieu du délit lorsque cette dernière ne représente pas le centre de gravité de la situation litigieuse.

Normalement, la résidence⁵³¹ commune des parties est un critère utilisé dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause d'exception afin d'atténuer la rigidité de la règle de conflit de lois classique. Dans le règlement, ce critère sert de rattachement fixe, intervenant indépendamment du jeu de la clause d'exception contenue à l'article 4, point 3, par lequel la loi de la résidence commune pourra être écartée pour une loi plus pertinente. C'est aussi le caractère inadapté de la loi du lieu du dommage qui a conduit les législateurs à formuler de véritables règles de conflit spécifiques pour certaines obligations non contractuelles et à déroger à la règle générale.

Comme nous avons déjà expliqué, même si cette règle est énoncée en second lieu, elle doit jouer en priorité dès lors que les parties résident habituellement dans le même pays. Cette solution se justifie aisément par le constat que, dans le pays en question, les intérêts des deux parties sont *a priori* bien localisés, et le sont sans doute plus effectivement que dans celui où le dommage a pu survenir fortuitement. Ni l'une ni l'autre ne devraient se plaindre que l'on applique la loi du pays de sa résidence habituelle⁵³². De plus, ce facteur de localisation est assez facile à déterminer. Il a connu un grand succès, car nombreuses sont les législations de droit

⁵³⁰ SYMEONIDES Symeon, Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 2008.

⁵³¹ Cette notion est définie par l'article 23 du règlement pour la personne morale comme « le lieu où elle a établi son administration centrale » et pour la personne physique « agissant dans le cadre de son activité professionnelle » comme « le lieu où cette personne a son établissement principal ».

⁵³² L'exposé des motifs relève que cette solution « correspond aux attentes légitimes des deux parties » (p. 13).

international privé qui l'ont directement consacré⁵³³. Dans d'autres pays, la jurisprudence a attribué un rôle à ce facteur par l'intermédiaire de la « concrétisation de la règle des liens les plus étroits »⁵³⁴.

L'article 23 apporte quelques précisions de portée générale, pour la détermination de la résidence dans tout le règlement. En premier, pour les sociétés, associations et personnes morales, la résidence habituelle est située au lieu de leur administration centrale (article 23-1). Mais, quand le délit est survenu à l'occasion de l'exploitation d'un établissement, il a paru nécessaire d'amender la règle afin de tenir compte des apparences et des attentes des parties. Voilà pourquoi le lieu d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement est « traité comme résidence habituelle », lorsque le fait générateur a été commis ou le dommage a été subi dans le cadre de son exploitation (article 23-1). Le même motif explique que, lorsqu'une personne physique agit dans l'exercice de son activité professionnelle, sa résidence habituelle est au lieu de son « établissement principal » (article 23-2).

Ce rattachement personnel à la résidence habituelle des parties ne convient pas pour tout ce qui concerne les règles de conduite auxquelles devait se conformer le défendeur ; c'est ce qui explique qu'il pourra être écarté exceptionnellement, de même que celui à la loi du lieu du dommage, par le jeu de la clause d'exception du troisième paragraphe de l'article 4⁵³⁵.

SECTION 5 - REGLES GENERALES RELATIVES AUX FAITS DOMMAGEABLES

Selon l'article 12§2 : « Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est celle du pays dans lequel le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. Ce dispositif retient un critère déterminé: la loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient. Ce rattachement fixe, apporte la prévisibilité

⁵³³ Selon des modalités différentes : L. suisse 18 déc. 1987, art. 133-1 ; L. belge 16 juill. 2004, portant C. DIP art. 99, § 1, 1° ; L. d'introduction Code civil allemand, réd. 21 mai 1999, art. 40-2 ; D.-L. hongrois 31 mai 1979 ; L. québécoise 18 déc. 1991, art. 3126, al. 2, C. civ, aussi la jurisprudence américaine : *Lessard c. Clarke*, 736 A.2d 1226 (New Hampshire, 1999) ; and *Oyola c. Burgos*, 864 A.2d 624 (Rhode Island, 2005) et le Code civil de la Louisiane, article 3544. Utilisent à la fois la résidence et la nationalité selon une hiérarchie déterminée : Code civil portugais 25 nov. 1966, art. 45-3 ; L. russe 26 nov. 2001, Code civil, art. 1219-2. Certaines exigent un cumul : pour être applicable la loi doit être celle de l'État dont les parties ont la nationalité et où elles résident : L. polonaise 12 nov. 1965, art. 31-2 (RCDIP 1966, p. 323) ; L. italienne 31 mai 1995, art. 62-2.

⁵³⁴ Exposé des motifs, p. 13.

nécessaire aux acteurs d'une instance, puisque le seul critère à prendre en compte, avant tout autre, est celui du lieu de la survenance du dommage. La loi applicable est celle du lieu où s'apprécie concrètement le dommage provoqué par le fait générateur (§1). Ce rattachement est encore complété par un important dispositif qui détermine la prise en compte des règles de sécurité et de comportement (§2), mais on regrette la lacune du règlement par rapport aux hypothèses des dommages survenus dans plusieurs pays (§3).

§1 - Le principe du lieu du résultat dommageable

L'expression « où le dommage survient » apparaît aisée à appréhender, la constatation physique du lieu de survenance concrète du dommage fixera la compétence de la loi. Elle est beaucoup plus facile à établir que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de ce produire » de l'article 5 du règlement Bruxelles I qui a un sens équivoque⁵³⁵. L'expression « fait dommageable » indique le fait qui cause le dommage, celui qui provoque le dommage et non le dommage lui-même.

Dans les hypothèses où il y avait une différence entre le lieu du fait générateur et celui où le dommage survient, une divergence importante se vérifiait dans la jurisprudence des États-membres⁵³⁷. Certains accordaient une prépondérance au lieu du fait générateur⁵³⁸, d'autres au lieu de réalisation du dommage⁵³⁹, d'autres encore offraient un choix à la victime⁵⁴⁰ ou désignaient directement la loi qui lui était la plus favorable⁵⁴¹. Une place était aussi assez

⁵³⁵ Clause d'exception (art. 4.3) ; prise en considération des règles de comportement et de sécurité du lieu du fait générateur (art. 17).

⁵³⁶ Voir LÉGIER Gérard, note ss Cass. civ.1, 8 févr. 1983, JDI 1984, p. 123.

⁵³⁷ LÉGIER cite les positions des législations nationales sur la matière, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JCP G, n° 47, 21 Novembre 2007, I 207, p. 19.

⁵³⁸ Par ex., Code civil portugais 25 nov. 1966, art. 45-1 (RCDIP 1968, p. 369) ; L. autrichienne sur le DIP 15 juin 1978, § 48-1 (RCDIP 1979, p. 174, note introd. F. SCHWIND). - V. aussi dans le sens d'une certaine primauté de la loi du lieu de l'acte dommageable, écartée au profit de l'autre loi si le lésé le demande ou son intérêt le justifie : D.-L. hongrois sur le DIP 31 mai 1979, § 32 (RCDIP 1981, p. 158, note introd. F. MAJOROS) ; L. d'introduction au Code civil allemand, réd. 21 mai 1999, art. 41 (RCDIP 1999, p. 870).

⁵³⁹ Dans le sens de cette prédominance, L. Royaume-Uni, Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, partie III, point 11, à propos des dommages corporels et des dommages matériels ; Loi italienne 31 mai 1995, art. 62-1.- Hors CE, Loi turque 20 mai 1982, art. 25 (RCDIP 1983, p. 141, note N. ULUOCAK) : se prononce clairement, en cas de scission, pour la loi du lieu de réalisation du dommage, sous réserve d'un lien plus étroit avec un autre pays.

⁵⁴⁰ Selon des agencements différents : L. d'introduction au Code civil allemand, réd. 21 mai 1999, art. 40 ; L. italienne 31 mai 1995, art. 62-1.

⁵⁴¹ D.-L. hongrois 31 mai 1979, § 32 ; V. aussi L. yougoslave 15 juill. 1982, sur les solutions des conflits de lois avec les autres États, art. 28 qui pose le principe que « la responsabilité extracontractuelle est régie par celui qui est le plus favorable à le lésé des droits du lieu où le fait dommageable s'est produit ou de celui où les effets se sont réalisés » (RCDIP 1983, p. 353, note S. Cigoj).

souvent accordée à la loi du pays avec lequel la situation présentait les liens les plus étroits⁵⁴². En définitive, les variantes étaient si nombreuses que chaque ordre juridique avait son propre agencement de règles. Par ailleurs, dans les États où les règles de conflit n'étaient pas fixées par des textes, les solutions ne se dégagent pas toujours très clairement. Ainsi, en France, après avoir affirmé en 1983 que la loi compétente était celle du « lieu où le dommage a été réalisé »⁵⁴³, la Cour de cassation, manifestement inspirée par la position de la CJCE à propos de l'interprétation de l'article 5 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, s'était, à partir de 1997⁵⁴⁴, orientée vers un système alternatif, en jugeant que le délit se localisait aussi bien par le fait générateur que par le dommage qui en découlait. Dans des arrêts postérieurs⁵⁴⁵, il semblait que, pour déterminer la loi applicable, il fallait rechercher, dans chaque espèce, quel était parmi ces deux pays celui qui présentait les liens les plus forts avec la situation. Une solution heureuse a été trouvée par le règlement qui, dans un souci de prévisibilité et de sécurité, a préféré un rattachement fixe.

Le considérant n° 16 indique également que le rattachement au pays de survenance du dommage « crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée ». Ce rattachement répond sans doute aux attentes du lésé⁵⁴⁶. Mais cela est moins évident du côté du défendeur, car la règle peut conduire à le déclarer responsable sur le fondement de la loi du lieu de survenance du dommage, alors pourtant que le droit du pays où il a agi ne le considère pas comme tel. Les rédacteurs du règlement n'ont pas jugé opportun d'instituer un aménagement à ce sujet, et ont même tenu à préciser que la *lex loci damni* s'applique, « quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit », ce qui exclut fermement la loi de ce pays. Tout au plus, une place limitée lui est laissée par l'article 17, dans le cadre du respect des normes de sécurité et de comportement.

⁵⁴² L. autrichienne 15 juin 1978, § 48-1 ; L. Royaume-Uni, Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, points 11 et 12 ; D.-L. hongrois, 31 mai 1979, § 32 ; L. d'introduction au Code civil allemand, réd. 21 mai 1999, art. 41 ; L. belge 16 juill. 2004 portant C. DIP, art. 99, § 1er, 3 (RCDIP 2005, p. 154).

⁵⁴³ Cass. civ. 1, 8 févr. 1983 : JDI 1984, p. 123 et la note.

⁵⁴⁴ Cass. civ. 1, 14 janv. 1997 : RCDIP 1997, p. 504, note BISCHOFF Jean-Marc ; D. 1997, p. 177, note SANTA-CROCE Muriel ; JCP G 1997, II, 22903, note MUIR WATT Horatia.

⁵⁴⁵ Cass. civ. 1, 11 mai 1999 : RCDIP 2000, p. 199, note BISCHOFF Jean-Marc ; JCP G 1999, II, 10183, note MUIR WATT Horatia ; JDI 1999, p. 1048 et la note ; D. 1999, somm. p. 295, obs. AUDIT Bernard ; et dernièrement : Cass. civ. 1, 27 mars 2007, n° 05-10.480 : Juris-Data n° 2007-038216 ; Rev. dr. transports 2007, Étude 8, M. FERRER ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 194 ; D. 2007, p. 1074, obs. GALLMEISTER Inès ; RCDIP 2007, p. 405, note BUREAU Dominique.

⁵⁴⁶ LÉGIER Gérard, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JCP G, n° 47, 21 Novembre 2007, I, 207, p. 20.

En ce qui concerne les pourparlers, ils ne se soulèvent aucune difficulté s'ils se sont déroulés dans un seul endroit, le dommage étant considéré comme survenu dans cet endroit. En revanche, dans le cas de pourparlers à distance, on peut se poser la question de savoir si le dommage causé par la rupture ou par une information incorrecte, est survenu dans le lieu où se trouve celui qui a commis le dommage ou au lieu où la partie a reçu la communication de la rupture ou l'information incorrecte ou incomplète.

L'apport majeur de cette disposition de l'article 12§2 du règlement est, sans doute, relative à l'hypothèse du délit complexe : par le choix de la loi du lieu de survenance du dommage à titre de rattachement de principe, la dissociation dans l'espace des éléments constitutifs de la responsabilité n'a donc pas d'impact sur la résolution du conflit de lois, de sorte que le délit plurilocalisé n'appelle même aucun traitement particulier. Privilégiant la loi du lieu de survenance du dommage⁵⁴⁷, le texte communautaire débarrasse ainsi le règlement des conflits de lois en matière de délit complexe des difficultés liées à la prise en considération concomitante de celle du lieu où le fait générateur s'est produit.

Par ailleurs, l'identification du lieu du dommage comme étant celui du lieu du dommage direct, à l'exclusion des dommages induits, fait écho à la jurisprudence *Marinari* en matière de compétence juridictionnelle⁵⁴⁸. La solution permet également de régler la délicate question du préjudice par ricochet, en faveur de la loi du lieu de survenance du dommage subi par la victime par ricochet. Mais selon que le préjudice par ricochet soit considéré comme un préjudice direct⁵⁴⁹, ou que l'on n'y voit qu'une simple suite du dommage initial⁵⁵⁰, la loi applicable à sa réparation pourra varier.

Il n'y a pas à prendre en considération les autres pays où éventuellement en découlent diverses conséquences financières comme la diminution d'un patrimoine, physiques comme le décès suite à des blessures, ou morales comme la douleur ressentie après la perte d'un être cher. Soumettre tous les maillons de la chaîne des conséquences à une seule loi assure mieux la

⁵⁴⁷ Rapp. Cass. civ. 1, 8 février 1983, JDI 1984.123, note LÉGIER Gérard.

⁵⁴⁸ CJCE, 19 septembre 1995, Antonio Marinari, aff. C. 364/93, Europe nov. 1995, n° 408, obs. IDOT Laurence ; JDI 1996, p. 562, obs. BISCHOFF Jean-Marc.

⁵⁴⁹ V. ainsi, TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd. 2005, spéc. n° 711. À propos d'un préjudice par ricochet, Cass. civ. 2, 12 novembre 1986, Bull. civ. II n° 164, p. 111, relevant que « la seule preuve à la charge de la demanderesse était celle d'un préjudice personnel, direct et certain ».

⁵⁵⁰ Cass. civ. 1, 28 oct 2003, LPA 2003, n° 255, note ANCEL Pascal ; voir aussi FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, Droit civil, Les obligations. Le fait juridique, Armand Colin, 10^e éd. 2003, spéc. n° 136 : « mieux vaudrait, sans doute, éviter l'expression même de dommage direct, qui, littéralement interprété, conduirait à exclure toute réparation des dommages subis par ricochet ».

cohérence des solutions. Procéder autrement pourrait conduire à une situation absurde si, en vertu de la loi du lieu de sa survenance, le dommage par ricochet est indemnisable alors que le dommage initial ne l'est pas en vertu de la loi du pays où il s'est réalisé. Ensuite, utiliser comme seul critère le lieu où le dommage initial est survenu a l'avantage d'évacuer les hésitations sur la localisation exacte de chacun des maillons.

Sans doute, le choix du lieu de survenance du dommage marque la volonté de privilégier la fonction réparatrice de la responsabilité extracontractuelle⁵⁵¹. Cela démontre que le dommage est plus au cœur de la responsabilité que la faute, puisque le droit de la responsabilité s'oriente plus vers la réparation du dommage subi que la punition de la faute⁵⁵². Il existe des responsabilités objectives, sans faute, mais pas sans dommage. L'orientation actuelle de la responsabilité civile est de favoriser la réparation des victimes. Le choix du lieu de la survenance du dommage conduit à mettre l'accent sur les conséquences matérielles d'une faute et non sur sa gravité originelle⁵⁵³. Le lieu de survenance du dommage formalise l'endroit où l'équilibre des intérêts est rompu et permet ainsi une meilleure prévisibilité de la loi applicable selon l'appréciation du règlement⁵⁵⁴. Enfin, il apparaît plus simple de prévoir que le lieu de la loi applicable soit le lieu où le dommage a été constaté, qu'il soit physique ou matériel, que d'aller rechercher la loi du lieu où le préjudice a pu être ressenti.

La prévision de l'article 12§2 « a » désignant le pays « où le dommage survient » doit être comprise en combinaison avec l'article 2§3 « b », selon lequel toute mention dans le règlement « concerne également le dommage susceptible de survenir ». La règle de l'article 4, comme toutes les autres du règlement, s'étend donc aux actions préventives, afin d'être adaptée aux développements actuels du droit de la responsabilité, fondés sur le principe de précaution⁵⁵⁵. Ceci est en harmonie avec l'article 5-3 du règlement Bruxelles I.

⁵⁵¹ Voir LÉGIER Gérard, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JCP G, n° 47, 21 Novembre 2007, I, 207, p. 20.

⁵⁵² Cf. VINEY Geneviève, Introduction au droit de la responsabilité, 3^e éd., LGDJ, 2008.

⁵⁵³ Voir BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé : Dalloz, 1956, n° 107, le dommage est le point de départ de l'intervention du droit civil et sa réparation en est l'aboutissement.

⁵⁵⁴ L'avenant 16 exprime que le recours à des règles uniformes devrait améliorer la prévisibilité des décisions et assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée. Le rattachement au pays du lieu où le dommage direct est survenu « *lex loci damni* » crée un juste équilibre entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée et correspond également à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective. Cette appréciation n'est pas sans poser des difficultés pour le défendeur qui peut voir sa responsabilité mise en cause en application d'une loi qui n'est pas la sienne qui ne retenait pas la responsabilité.

⁵⁵⁵ Contrairement à la proposition du GEDIP (art. 3-3), l'avant-projet n'envisageait pas ce cas. Il fut introduit par la proposition du 22 juillet 2003, à la suite des suggestions exprimées lors de la consultation lancée par la

M. Ancel a montré que la distinction entre dommage et préjudice, généralement jugée inutile en droit interne bien que consacrée en droit communautaire, dans son commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 2003⁵⁵⁶. Dans le cadre de la Convention de Bruxelles, la CJCE⁵⁵⁷ a affirmé que « la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » (...) ne vise pas le lieu où le lésé prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État contractant ». Par ailleurs, l'article 5 § 1 du Règlement Rome II retient que seul le lieu de survenance du dommage « direct » est pertinent pour la détermination de la loi applicable ; le ou les lieux de survenance des « conséquences indirectes du dommage » ne doivent pas être pris en considération. Cette distinction peut s'avérer précieuse en droit international privé : « dès lors qu'on admet que, dans certains cas, la *lex loci delicti* puisse être la loi du lieu de réalisation du dommage, il est important de distinguer le lieu de l'atteinte elle-même dans ses aspects matériels (les blessures, la mort, la destruction du bien, la diffusion de l'article de presse diffamatoire ou attentatoire à la vie privée...) et le lieu où le lésé souffre de la lésion de ses intérêts (qui sera, très souvent, le lieu de sa résidence habituelle) »⁵⁵⁸. Si cela ne permet pas de résoudre toutes les difficultés, cela permet au moins « de sortir de la problématique des délits complexes le cas où les intérêts du lésé se trouvent lésés dans un autre pays que celui où l'atteinte s'est matérialisée »⁵⁵⁹.

En ce qui concerne les préjudices purement patrimoniaux, c'est-à-dire, ceux qui consistent en une diminution du patrimoine sans qu'il y ait une atteinte aux droits absolus de l'individu⁵⁶⁰, le rattachement au lieu de survenance du dommage peut s'avérer peu approprié.

On peut imaginer divers cas de figure concernant la responsabilité pour dommage purement patrimonial, notamment les litiges concernant des informations inexactes sur la situation patrimoniale ou la solvabilité concernant d'une personne ou d'une entreprise, informations qui amènent le destinataire à faire des actes de disposition. Si l'information

Commission en mai 2002. La formule « ou menace de survenir » fut donc ajoutée dans le point 1 de l'article 3. Mais elle en a été retirée dans le texte adopté par le Conseil en septembre 2006 pour être hissée au niveau d'une règle commune, applicable toutes les fois où le règlement parle du dommage ; d'où son déplacement dans l'article 2.

⁵⁵⁶ Civ. 1, 28 oct. 2003, LPA 2003, n° 255, note ANCEL Pascal ; D. 2004. Jur. 233, note DELEBECQUE Philippe ; RTDCiv. 2004. 96, obs. JOURDAIN Patrice ; JCP 2004. II. 10006, note LARDEUX Gwendoline ; ibid. I. 163, obs. VINEY Geneviève ; Defrénois 2004. 383, note LIBCHABER Rémy ; CCC 2004, n° 1, note LEVENEUR Laurent ; RCA 2004, n° 30, note GROUDEL Hubert ; Dr. et patr., avr. 2004, p. 113, obs. CHABAS François ; LPA 2004, n° 144, note CHANTELOUP Hélène ; RCDIP 2004. 83, note BUREAU Dominique ; JDI 2004. 499, note LÉGIER Gérard.

⁵⁵⁷ CJCE 19 sept. 1995, aff. C-364/93, *Marinari c/ Lloyds Bank*, Rec. CJCE, p. I-2719 ; D. 1995. IR. 219.

⁵⁵⁸ Civ. 1, 28 oct. 2003, LPA 2003, p. 19, note ANCEL Pascal.

⁵⁵⁹ Civ. 1, 28 oct. 2003, LPA 2003, p. 19, note ANCEL Pascal.

inexacte est donnée et reçue au même endroit, c'est en général le droit de ce lieu qui sera désigné. Si, en revanche, une information est transmise à l'étranger, on est de nouveau confronté à un délit complexe ou à distance. Dans ces hypothèses, le critère du lieu du résultat, concrétisé par le lieu des valeurs patrimoniales concrètement atteintes - par exemple des avoirs bancaires -, n'est pas approprié. En effet, la question de savoir où se trouve le compte en banque atteint par l'acte illicite ne permet pas de mettre en évidence un rapport suffisamment étroit avec le délit et les intérêts en présence. En revanche, l'on constate que, parmi les divers types de délits à distance, c'est en matière de préjudice purement patrimonial que le lieu de commission du fait générateur se voit accorder la plus grande importance, et ce à juste titre.

Le lieu de survenance du dommage, entendu comme le lieu où la victime directe de la rupture exerce principalement son activité, sera assez souvent le lieu où cette victime subit principalement et directement le préjudice initial et donc le lieu où le fait dommageable se matérialise en premier et produit ses effets immédiats à l'encontre de la victime directe.

Certains auteurs soulignent l'inopportunité d'un tel critère en raison de l'avantage excessif ainsi accordé à la victime, puisqu'il conduirait à retenir la compétence systématique de la loi du demandeur, sauf à restreindre la notion de dommage dans le cadre de la règle de conflit de lois.

Certes, la solution risque de conduire à désigner systématiquement la loi du siège principal des activités de la victime. Cependant, il s'agira souvent effectivement du lieu où celle-ci, notamment s'il s'agit d'une société, ressentira initialement et principalement le dommage consécutif à la rupture. Par ailleurs, il faut souligner que, pour éviter tout excès à cet égard, il s'agit de localiser le préjudice qui est la conséquence directe et immédiate de la rupture, et non les dommages indirects, subséquents, réfléchis ou prolongés dérivant du dommage initial.

La jurisprudence semble, à première vue, en effet écarter une telle solution, jugée trop favorable à la victime. Il convient, cependant, de mesurer la portée exacte de cette attitude jurisprudentielle restrictive.

Dans son arrêt du 28 octobre 2003⁵⁶¹, la Cour de cassation a, dans le cas de personnes physiques, victimes par ricochet, qui sollicitaient l'application de la loi française à la réparation

⁵⁶⁰ BANAKAS Efstathios (dir.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, 1996.

⁵⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 28 octobre 2003, Rev. crit. DIP 2004, p. 88, note BUREAU D. ; JDI 2004, p. 499, note LEGIER G., JCP 2004, II, 10006, note LARDEUX G.

de leur préjudice moral consécutif au décès accidentel de parents survenu au Cambodge, refusé d'appliquer la loi française en tant que loi du lieu du dommage. Cependant, la motivation de l'arrêt éclaire la position de la Cour qui rappelle que « s'agissant du préjudice moral subi par les victimes par ricochet, qui est en relation directe avec le fait dommageable, et qui trouve sa source dans le dommage causé à la victime, la loi applicable à sa réparation est celle du lieu où ce dommage s'est réalisé et non celui où ce préjudice moral est subi ». Ainsi, c'est parce que le dommage invoqué par les victimes par ricochet « trouve sa source » dans le dommage subi par la victime directe qu'il doit être localisé au lieu où ce dommage initial s'est réalisé. La localisation du dommage de la victime par ricochet comme critère de détermination de la loi applicable à sa réparation, est une solution qui aurait été particulièrement imprévisible pour l'auteur de la faute alléguée, puisque les victimes par ricochet ne sont pas aisément identifiables. Les dommages des victimes indirectes seront impérativement rattachés, pour leur localisation, à ceux de la victime directe.

De son côté, l'arrêt rendu par la CJCE le 19 septembre 1995 concernait effectivement la victime directe de l'acte incriminé, M. Marinari. Il avait subi en Angleterre un préjudice résultant immédiatement de la faute invoquée contre une banque anglaise. La Cour a aussi logiquement retenu, pour déterminer la compétence du tribunal du lieu « où le fait dommageable s'est produit » au sens de l'article 5.3 de la Convention de Bruxelles, que cette expression « doit être interprétée en ce sens qu'elle ne vise pas le lieu où la victime prétend avoir subi un préjudice patrimonial consécutif à un dommage initial survenu et subi par elle dans un autre État contractant »⁵⁶². Selon la Cour, lorsque le dommage allégué n'est que la conséquence du préjudice éprouvé initialement et matérialisé en un lieu différent, il convient de retenir le lieu de survenance de ce préjudice initial.

Dans sa décision *Dumez France*, du 11 janvier 1990, la CJCE a logiquement refusé de faire droit à la prétention des sociétés françaises agissant en responsabilité contre des banques allemandes, en leur imputant la faillite de leurs filiales en Allemagne, et invoquant la compétence des tribunaux français en tant que lieu où leur patrimoine était atteint. La Cour retient que « si la notion de lieu où le fait dommageable s'est produit qui figure à l'article 5, point 3, de la Convention peut viser le lieu où le dommage est survenu, cette dernière notion ne saurait être comprise que comme désignant le lieu où le fait causal, engageant la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, a produit directement ses effets dommageables à l'égard de

⁵⁶² CJCE, 19 septembre 1995, *Marinari c Lloyds Banks*, Rec 1995, L 2719 ; JDI 1996, p. 562, obs. BISCHOFF J. M.

celui qui en est la victime immédiate »⁵⁶³. Une fois encore, la localisation du préjudice en France est écartée dans la mesure où les victimes immédiates du comportement délictuel n'étaient pas les sociétés françaises demanderesse, mais leurs filiales allemandes. Le dommage invoqué par les demanderesse n'était que dérivé du dommage initialement souffert en Allemagne par les filiales allemandes, victimes immédiates⁵⁶⁴.

C'est alors le dommage immédiat qu'il importe de prendre en considération, et non celui qui aurait été subi au domicile ou au siège de la victime. On peut en revanche penser que la jurisprudence n'écarte pas, ou ne devrait pas écarter, par principe la localisation du dommage d'une partie, et notamment d'une personne morale, au lieu de ses principaux intérêts, dès lors que cette partie est la victime directe du délit en question et invoque un préjudice qui est la conséquence immédiate de l'acte délictuel. Ainsi, dans le cas d'une entreprise, victime immédiate d'une rupture de pourparlers, le lieu de réalisation de son dommage initial, consécutif à la rupture est le plus souvent considéré comme étant celui du siège de ses activités. En revanche, dans la logique de la jurisprudence exigeant de localiser le dommage initial de la victime directe, l'entreprise victime ne pourra pas se prévaloir d'une autre loi, éventuellement plus favorable, comme celle du lieu de réalisation d'un dommage qui n'est qu'un dérivé du dommage initial.

C'est pour cela qu'une règle de rattachement ouverte et flexible, reposant sur l'appréciation des circonstances du cas d'espèce et des intérêts en présence, semble être actuellement la meilleure solution. La combinaison de la règle générale avec la possibilité d'application de la clause d'exception semble une solution appropriée aux spécificités du préjudice purement patrimonial. En tout cas, il apparaît que le rejet de la loi de localisation du fait générateur ne saurait être totalement définitif puisque cela conduirait nécessairement à un blocage dans des situations où la localisation du dommage est inadéquate ou tout simplement fortuite. Le règlement a prévu des exceptions.

§ 2 - La prise en compte des règles de sécurité et de comportement

L'article 17 prévoit la prise en compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait, pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée. Cette disposition n'a évidemment d'utilité que

⁵⁶³ CJCE, 11 janvier 1990. Soc. Dumez France c Soc. Tracoba, C-220/88, JDI 1990, p. 497. note A. Huet ; RCDIP - Aujourd'hui règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

dans les hypothèses où la loi applicable à la responsabilité est différente. Elle peut donc être amenée à jouer non seulement lorsque la loi compétente est celle du lieu de survenance du dommage, mais plus généralement dans tous les cas où la loi désignée par l'un ou l'autre des articles du règlement ne coïncide pas avec celle du fait causal.

Si dans la pratique ces règles sont assez rares dans le commerce international, la prévision de cette hypothèse d'aménagement reste importante. L'article 17 a adopté une formulation très souple et octroie au juge une ample marge d'appréciation. « Il est tenu compte », y lit-on, des règles de sécurité et de comportement. « Tenir compte » d'une règle n'équivaut pas à l'appliquer purement et simplement. Et cela d'autant moins qu'elle est seulement retenue « en tant qu'élément de fait », donc amputée de son caractère normatif. Enfin, c'est « pour autant que de besoin » qu'elle est prise en considération. La directive est bien floue, car reste à savoir dans quelles hypothèses ce besoin se fait sentir⁵⁶⁵. Ce sera en particulier le cas lorsque le droit du lieu de survenance du dommage prévoira une responsabilité pour faute. Pour savoir si le défendeur en a commis une, il faudra, « en tant que de besoin », vérifier s'il a respecté les règles de sécurité et de comportement du pays où il se trouvait. Le non-respect de l'une d'elles sera de nature à faire qualifier son acte ou omission de fautif, et cela alors même que la loi du lieu du dommage qui régit la responsabilité ignorera une telle règle, comme dans certaines hypothèses aux États-Unis.

Mais il ne faut évidemment pas que la prise en compte des normes de comportement et de sécurité du lieu du fait générateur aboutisse à renverser le principe énoncé dans l'article 4. Si, par exemple, la loi compétente en vertu de ce texte institue une responsabilité de plein droit alors que celle du lieu du fait générateur exige une faute, la seule circonstance d'avoir respecté les normes de ce lieu ne suffit pas pour se libérer de cette responsabilité objective.

SECTION 6 - LA CLAUSE D'EXCEPTION⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ La même logique gouverne l'arrêt Kronhofer de la CJCE, rendu le 10 juin 2004.

⁵⁶⁵ Le considérant n° 34, relatif à l'article 17, se borne à en reprendre la substance sans apporter d'éclaircissement sur sa portée.

⁵⁶⁶ HAY Peter, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: reflections on current European and United States conflicts law*, Rec. des cours La Haye, t. 226 (1991-I), p. 291 ; KNOEPFLER François, *Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé*, Hommage à Raymond Jeanprêtre, éd. Idées et Calendes, Neuchâtel, 1982 ; GONZALEZ CAMPOS Julio, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, Rec. des cours La Haye, vol. 156, 1977-III, p. 214 et s. Certaines législations contiennent une telle clause, par exemple : Sect. 12 du Private International Law Act anglais

Au moment même où il était envisagé d'évincer la clause d'exception⁵⁶⁷ de la matière contractuelle, cette dernière fait son apparition en matière extracontractuelle. L'article 12, paragraphe 2 « c », prévoit que « s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points « a » et « b », la loi de cet autre pays ». La clause d'exception permettra ainsi au juge d'affiner le rattachement au cas par cas, dans l'hypothèse, destinée à rester exceptionnelle, de liens « manifestement plus étroits » avec une autre loi.

Bien que le texte lui-même ne donne aucune indication ni quant à la démarche du juge appelé à mettre en œuvre la clause, ni quant au statut procédural de celle-ci, il serait sans doute opportun de considérer que sa mise en œuvre doit être conditionnée par la démonstration de l'absence de lien étroit avec la loi désignée par le rattachement principal, autant que de l'existence d'un rattachement significatif, résultant le plus souvent de l'accumulation univoque des autres indices, avec une loi différente⁵⁶⁸(§1). À la rigueur, l'existence de la clause d'exception permettant au juge de tenir compte des besoins spécifiques de la responsabilité précontractuelle, aurait d'ailleurs pu dispenser de formuler toute autre règle. C'est sans doute le souci d'améliorer la sécurité juridique qui a cependant conduit à compléter le rattachement principal par des rattachements spécifiques destinés à canaliser l'appréciation du juge (§2).

§ 1°- Rôle et fondement

Un système composé uniquement de règles de conflit rigides risque de conduire, dans certaines hypothèses, à l'application de la loi d'un pays sans lien significatif avec la situation. Il convenait donc d'envisager un correctif permettant au juge de tenir compte des particularités de l'espèce et de substituer à la loi normalement compétente celle du pays qui présente des liens manifestement plus étroits avec elle. Le recours à la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus forts, placé en position de principe à l'article 4-1 de la Convention de

de 1995 ; art. 41 al. 1 de l'EGBGB allemand, art. 52 al. 1, 2 phrase de la LDIP liechtensteinoise ; art. 25 al. 3 de la LDIP turque ; art. 15 al. 1 de la LDIP suisse.

⁵⁶⁷ KUYVEN Luiz Fernando, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles - Article 4(5) sur la loi applicable à défaut de choix - Note sur la décision de la Cour de cassation(France) du 19 déc. 2006, Rev. dr. unif., 2007-2, vol. XII, p. 382 ; v. du même auteur, La pertinence de la clause d'exception en matière contractuelle, LPA, 2007, n°148, p. 3 et s.

⁵⁶⁸ RÉMY-CORLAY Pauline, Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, RCDIP 2003.37.

Rome ainsi que dans la proposition du GEDIP⁵⁶⁹, a été refoulé, dans le règlement Rome II, au rang d'une clause d'exception. Ce règlement priorise clairement la sécurité juridique, permettant aux parties de déterminer, dès la survenance du dommage, le droit applicable.

Classiquement, c'est le principe de proximité⁵⁷⁰ qui sert de fondement à ce type de clause. La meilleure expression aujourd'hui du principe de proximité est la clause d'exception ou clause échappatoire⁵⁷¹. Il nous semble que l'expression « clause d'exception » est la plus correcte étant donné qu'il s'agit d'un mécanisme exceptionnel. Une telle clause qui permet de corriger la localisation du rattachement d'un rapport de droit est néanmoins source d'imprévisibilité⁵⁷², quant à la loi applicable. Son domaine a donc été limité (1°). Cela étant, cette clause n'est pas dépourvue d'utilité (2°).

Instrument de flexibilité, le tempérament institué par le paragraphe 2 « c » de l'article 12 présente clairement deux traits, il ne doit jouer qu'exceptionnellement et la décision de le mettre en œuvre dépend d'une certaine marge d'appréciation du juge⁵⁷³.

§ 2 - Les conditions et les limites de la clause d'exception

L'adverbe « manifestement » qui implique la clarté de l'évidence appelle à une utilisation exceptionnelle du correctif, mais c'est bien sûr au juge qu'il incombe d'apprécier cette évidence en prenant en considération « l'ensemble des circonstances ». La clause d'exception devrait s'appliquer par exemple lorsque le lieu de survenance du dommage est

⁵⁶⁹ GEDIP, prop. art. 3-1.

⁵⁷⁰ KESSEDIAN Catherine, Le principe de proximité vingt ans après, in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 507 et s.

⁵⁷¹ V. sur la clause d'exception: DUBLER César, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1986 ; *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions ou le principe de proximité*, rapport pour le Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Athènes, 1994, Kokkini-Iatridou (dir.), Kluwer, 1994 ; MUIR WATT Horatia, RCDIP 1995, p. 631 ; RÉMY-CORLAY Pauline, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois - application en droit des contrats et des délits*, thèse, Poitiers, 1997, du même auteur, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois*, RCDIP 2003, p. 37 ; NADELMAN Kurt, *Choice of law resolved by rules or presumptions with an escape clause*, *Am J. Comp. L.*, 1985, 297.

⁵⁷² WENGLER Wilhelm, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable*, RCDIP 1990.668 ; v. également LEQUETTE Yves, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 185, spéc. pp. 203-204 ; VISCHER Franck, *The antagonism between legal security and search of justice in the field of contracts*, *Rec. Cours La Haye*, tome 149, 1974-II.

⁵⁷³ LÉGIER Gérard, *Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, JCP G, n° 47, 21 Novembre 2007, I 207, p. 22.

fortuit alors que les autres éléments pertinents sont rassemblés là où l'événement causal s'est réalisé⁵⁷⁴.

C'est pour éviter que l'exception ne devienne le principe que les auteurs du règlement ont refusé d'opter pour un système identique à celui de la Convention de Rome du 19 juin 1980 fondé sur des présomptions assorties d'une clause échappatoire. La pratique montre, en effet, que les juridictions de certains États membres ne tiennent pas compte des présomptions et recherchent directement la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

Dans l'application de la clause d'exception de l'article 12, il est concevable de prendre en compte les indications figurant dans le texte de la règle générale de l'article 4, paragraphe 3, afin de guider le juge dans la recherche de la loi avec laquelle l'obligation résultant des pourparlers présente un lien manifestement plus étroit.

Le texte précise en outre que la relation préexistante - apte à déclencher le mécanisme de la clause d'exception - pourra notamment consister en un contrat présentant un lien étroit avec le délit en question. Cette solution présente un intérêt particulier dans les États membres dont le système juridique admet le cumul entre responsabilité contractuelle et non contractuelle entre les mêmes parties. Mais le texte est suffisamment flexible pour permettre au juge de tenir compte d'une relation contractuelle simplement envisagée, par exemple en cas de rupture de pourparlers ou en cas d'annulation d'un contrat. M. Lagarde affirme que la priorité donnée à la loi de la relation préexistante entre les parties « est satisfaisante et a l'avantage, déjà indiqué, de rendre le plus souvent inutile le problème de la qualification contractuelle ou extracontractuelle du litige, ou plutôt de le réduire à la dimension d'une qualification en sous-ordre ».⁵⁷⁵

Cependant, cela ne revient pas à attribuer systématiquement compétence à la loi de la relation préexistante, il s'agit seulement de permettre au juge de l'appliquer si le fait dommageable est étroitement lié à cette relation⁵⁷⁶. Celle-ci peut, comme le texte l'explicite,

⁵⁷⁴ Le texte de l'avant-projet était rédigé de manière encore plus restrictive. Selon le modèle de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles de 1972 (art. 10, al. 2), il exigeait le cumul de deux conditions : l'une, positive, était l'existence de « liens substantiellement plus étroits avec un autre pays », et l'autre, négative, l'absence de lien significatif avec le pays dont la loi serait normalement applicable. Mais, dès la proposition de 2003, la condition négative a disparu, sans doute parce qu'elle a dû paraître implicitement incluse dans la condition positive.

⁵⁷⁵ LAGARDE Paul, Rapport de synthèse, In CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 206

⁵⁷⁶ Se réfèrent aussi à la loi de la relation préexistante entre les parties : L. suisse 18 déc. 1987, art. 133-3 ; L. d'introduction au Code civil allemand, réd. 21 mai 1999, art. 41 ; L. belge 16 juill. 2004, portant sur le DIP, art. 100.

découler d'un rapport d'origine contractuelle, notamment lorsqu'une responsabilité extracontractuelle est engagée à la suite de l'annulation d'un contrat. Mais elle peut aussi avoir une origine légale, telle une relation de famille dans le contexte de laquelle un délit civil se produit.

Il s'agit d'un élément parmi d'autres sur lequel le juge a la possibilité de se fonder pour faire jouer la clause d'exception. Le juge doit apprécier l'opportunité d'avoir recours à cette clause en s'appuyant sur « l'ensemble des circonstances » de la situation litigieuse. C'est l'ensemble de ces circonstances qui doit démontrer que le rattachement fixe retenu par les auteurs du règlement est inapproprié eu égard au cas individuel soumis au juge. Pour qu'un lien étroit existe entre la relation de base et le fait dommageable, encore faut-il que ces deux rapports juridiques concernent les mêmes parties. Cela résulte assez clairement du texte quand il prévoit la « relation préexistante entre les parties ».

À partir du moment où cette solution conduit à l'application d'une loi unique à l'intégralité de leurs relations juridiques, elle respecte les attentes légitimes des parties et répond au souci d'une bonne administration de la justice. Sur un plan plus technique, elle permet de relativiser – dans l'attente d'une qualification autonome par la jurisprudence de la CJCE – les conséquences du fait qu'une même relation peut relever du droit des contrats dans un État membre et du droit de la responsabilité civile dans un autre. En outre, elle permet d'échapper à d'éventuels conflits de qualifications. Si, par exemple, la compétence de la loi du contrat s'étend, au titre de loi de la relation de base, à la responsabilité extracontractuelle qui prolonge cette relation, il n'y a pas à se demander si tel mécanisme appartient au droit des contrats ou au droit de la responsabilité extracontractuelle.

CONCLUSION DU LIVRE PREMIER

Nous avons pu constater que la période précontractuelle correspond à une modification progressive de la volonté des parties. Elle commence avec la prise de contact entre les parties visant à la conclusion d'un contrat et se termine au moment de l'émission de l'offre de contracter, qui doit être distingué de l'offre d'entrer en pourparlers.

Naturellement, le juge joue un rôle fondamental dans l'appréciation des limites exactes de la période précontractuelle, dans la mesure où la complexité du commerce international révèle d'autres moyens de formation du contrat que l'approche traditionnelle de l'offre et de l'acceptation. Dès l'instant où les parties s'accordent sur les éléments essentiels du contrat, nous pouvons considérer que les pourparlers basculent dans le domaine contractuel et le juge semble alors disposé à sanctionner, par une réparation en nature, la défaillance de l'une des parties. Cependant, nous avons démontré que l'appréciation de cet instant est assez complexe, et le juge va devoir rechercher des éléments objectifs pour caractériser la volonté des parties de s'engager contractuellement.

L'ambiguïté de l'intention déclarée peut rendre encore plus complexe cette distinction entre les périodes précontractuelle et contractuelle. Les engagements d'honneur sont un exemple assez illustratif de cette ambiguïté, la force obligatoire et le caractère contractuel de ces accords dépendant le plus souvent de la recherche des réelles intentions des parties, manifestées par le texte de leur accord et par leur comportement.

En ce qui concerne les accords préliminaires survenus au cours des pourparlers et fréquents dans la pratique du commerce international, nous avons relevé l'existence de vrais contrats conclus au cours des négociations, qui portent soit sur des points du contrat définitif projeté, comme est le cas des protocoles d'accord, des accords partiels et des accords-cadres ; soit sur une obligation d'engager ou de poursuivre les pourparlers, comme les accords de principe où ni les clauses essentielles ni les clauses accessoires du contrat définitif ne sont encore précisées. Tous ces contrats engagent la responsabilité contractuelle de la partie responsable par leur inexécution.

Si les accords de principe sont d'une grande importance pour le déroulement des pourparlers et peuvent contribuer à l'admission de la faute précontractuelle, ils restent des contrats qui engendrent une responsabilité contractuelle, correspondant aux dommages-intérêts

dus en raison de la perte de la chance qu'avait l'autre partie de voir aboutir les pourparlers ou les avantages qu'elle pouvait obtenir avec la poursuite des pourparlers. Ces accords ne font donc pas partie de la responsabilité précontractuelle. Le même régime s'applique aux engagements supplémentaires qui peuvent faire partie de l'accord de principe ou faire l'objet d'un contrat autonome.

En revanche, les lettres d'intention peuvent être l'objet de la responsabilité précontractuelle. Ces lettres constituent des formules à caractère contractuel variable et ont une grande importance pour la pratique du commerce international, notamment la lettre d'intention pure qui comporte juste un engagement extracontractuel ou moral de négociateur de bonne foi les termes d'un contrat. Celle-ci ne révèle la volonté que d'un seul des négociateurs et pourra alors servir à son destinataire de fondement d'une action en responsabilité précontractuelle.

Une fois établis les contours précis de la période précontractuelle, nous avons analysé les mécanismes de détermination du régime juridique applicable à la responsabilité précontractuelle dans le commerce international. À ce sujet, nous avons suivi la méthode de droit international privé normalement employée par le juge français.

La première démarche a consisté à vérifier l'internationalité des pourparlers, par la présence d'éléments d'extranéité propres à la responsabilité précontractuelle. En raison des caractéristiques de la période précontractuelle, nous avons pu remarquer que des éléments d'extranéité propres à la responsabilité délictuelle, mais aussi certains éléments empruntés de la responsabilité contractuelle, peuvent être décisifs dans la détermination de l'internationalité des pourparlers.

Ensuite, tout en reconnaissant la primauté de qualification *lege fori*, qui semble se confirmer par la logique des textes des Règlements Rome I et II, nous avons relevé l'importance qui peut avoir la loi étrangère dans la phase d'analyse de la qualification d'une nouvelle formule précontractuelle inconnue du droit du for. Cette qualification *lege causae* peut être indispensable pour identifier une institution étrangère, une fois que la référence exclusive aux catégories du for semble insuffisante puisque le droit national est élaboré pour des situations internes.

De nos jours, il faut surtout prendre en considération la qualification autonome du droit communautaire retenue en matière de responsabilité précontractuelle par la CJCE dans l'arrêt *Tacconi*. Retenant une solution en harmonie avec celle de la CJCE, les auteurs du

règlement Rome II ont inclu la responsabilité précontractuelle dans son champ d'application. Parallèlement, les obligations résultant d'une relation précontractuelle ont été formellement exclues du domaine du règlement Rome I. Nous avons, cependant, observé que les règlements Rome I et II ne sont pas clairs dans son champ d'application à propos des contrats préliminaires, une réforme du texte étant nécessaire pour clarifier le champ d'application de chaque règlement.

Au sujet de la détermination de la loi applicable, nous avons démontré qu'il est impossible de trouver un texte de droit uniforme matériel applicable à la responsabilité précontractuelle, étant nécessaire le recours aux règles de conflits de lois. Dans le domaine de la responsabilité précontractuelle, les règles de droit international privé se trouvent désormais dans les dispositions du règlement Rome II, qui a doté les États membres de la Communauté d'un corps de règles uniformes destinées à trancher les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles.

Ce règlement s'inscrit pleinement dans une tendance à la spécialisation du droit international privé, prévoyant des rattachements spéciaux pour certains faits dommageables, comme, par exemple, la *culpa in contrahendo*. Celle-ci est prévue à l'article 12 du règlement et englobe la violation du devoir de renseignement et la rupture des négociations contractuelles. Nous regrettons, cependant, l'absence de dispositifs spécifiques à chacune de ces deux hypothèses de responsabilité précontractuelle, étant donné les différences de rattachement de ces situations dans certaines hypothèses, notamment dans les hypothèses en que la loi du contrat ne peut pas être identifiée. Nous pouvons aussi regretter l'utilisation dans la version française du règlement du terme *culpa in contrahendo*, au lieu de celui de responsabilité précontractuelle, puisqu'il prête à confusion avec la théorie allemande de même nom qui a nature contractuelle et possède un domaine matériel plus restrictif que celui de la responsabilité précontractuelle.

Le règlement a clairement priorisé la prévisibilité des solutions dans la recherche des règles de conflits plus appropriées, favorisant ainsi la sécurité juridique et l'harmonisation des lois applicables. Dans ce sens, il n'élève pas au rang de principe la compétence de la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus forts, comme le faisait la Convention de Rome. Sont les rattachements préétablis, de type classique, qui ont été préférés. Cela n'a pas empêché le maintien d'une certaine flexibilité par la présence d'une clause d'exception applicable aux circonstances spéciales.

Une place importante est également conférée à la volonté des parties qui peuvent, en général, convenir de la loi applicable. En l'absence de choix de loi, l'article 12 -1^{er} dispose que « la loi applicable à une obligation non-contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ». À bon escient, le choix de ce rattachement évite l'application de deux lois différentes, l'une relative à la qualification précontractuelle de la rupture, l'autre à la sanction de celle-ci. La loi du contrat est désignée par l'application des règles du règlement Rome I, voire, en cas de vente, de celles de la Convention de La Haye du 15 juin 1955. En outre, il existe une lacune sur l'admission du dépeçage, mais rien ne s'oppose à ce que les parties fassent un choix pour leur futur contrat et un autre choix pour la responsabilité non-contractuelle découlant des pourparlers.

Lorsque la loi applicable au contrat envisagé ne peut pas être déterminée, le règlement reprend les critères énoncés par la règle générale. En principe, ces hypothèses resteront subsidiaires, la loi du contrat étant normalement identifiable, d'autant que c'est à partir de cette loi que le caractère précontractuel de la situation sera affirmé. Comme nous avons mentionné, ces rares hypothèses peuvent se présenter dans les litiges où les pourparlers ont à peine débuté, étant ainsi encore impossible d'identifier un rattachement pertinent à l'égard du contrat. Dans ces hypothèses, va s'appliquer la loi du pays dans lequel le dommage survient. Ce rattachement fixe, apporte la prévisibilité nécessaire aux acteurs d'une instance, puisque le seul critère à prendre en compte, avant tout autre, est celui du lieu de la survenance du dommage.

Une importante concession est faite cependant au rattachement personnel commun des parties. Le règlement considère que l'application de la loi de la résidence commune est plus conforme aux attentes des parties et satisfait davantage aux besoins de la mise en œuvre de la réparation, si la victime ne réside pas dans le pays de survenance du dommage. Ce rattachement est encore complété par un important dispositif qui détermine la prise en compte des règles de sécurité et de comportement. Ce dispositif réclame, cependant, une explication de ce qui doit être entendu par la « prise en compte de ces règles ». Il nous semble que ce dispositif sera appliqué lorsque le non-respect de l'une de ces règles sera de nature à faire qualifier un acte ou omission de fautif, et cela alors même que la loi du lieu du dommage qui régit la responsabilité ignore une telle règle.

Enfin, l'existence d'une clause d'exception permettant au juge de tenir compte des besoins spécifiques de la responsabilité précontractuelle permet d'affiner le rattachement au

cas par cas, dans l'hypothèse, destinée à rester exceptionnelle, de liens « manifestement plus étroits » avec une autre loi. La clause d'exception devrait s'appliquer par exemple lorsque le lieu de survenance du dommage est fortuit alors que les autres éléments pertinents sont rassemblés là où l'événement causal s'est réalisé.

Il est rare que la réglementation d'une matière échappe à la critique, ce qui est encore plus vrai lorsque celle-ci intervient à l'échelle de plusieurs ordres juridiques. Cependant, les mérites réels de ce règlement, qui accomplit une harmonisation de règles de conflits dans un domaine aussi sensible que celui des délits, sont beaucoup plus importants que les quelques imperfections et ambiguïtés qu'il puisse renfermer. En tout cas, la seule application concrète du règlement Rome II permettra de faire le bilan des avantages et inconvénients de ce texte.

En dépit de l'harmonisation des règles de conflits, le seul moyen de promouvoir la sécurité juridique concernant les règles matérielles applicables aux pourparlers internationaux, est l'élaboration d'un régime harmonisé qui transcende la diversité juridique propre au commerce international. Il est ainsi nécessaire de créer des instruments qui permettent aux parties de régler leurs différends sans encourir les risques inhérents à la discontinuité des ordres juridiques.

**LIVRE SECOND: L'APPLICATION DE LA LOI
COMPETENTE DANS UNE PERSPECTIVE
D'HARMONISATION DE LA RESPONSABILITE
PRECONTRACTUELLE**

La base de toute comparaison entre différentes règles ou institutions juridiques sont les similitudes et les divergences concernant les problèmes juridiques qu'elles visent à régler et les fonctions socio-économiques qu'elles opèrent. Sous cette perspective, nous allons présenter les spécificités des principaux systèmes juridiques dans la mise en œuvre de la loi compétente pour établir le régime de la responsabilité précontractuelle (première partie) afin de déterminer un fondement commun qui puisse guider l'harmonisation en la matière (seconde partie).

PREMIERE PARTIE - LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI DESIGNEE COMME APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Dans le mécanisme conflictuel, outre les difficultés liées à la désignation de la loi applicable à la responsabilité précontractuelle, le juge se voit confronté à d'autres difficultés liées à la mise en œuvre de cette loi. Dans notre perspective d'harmonisation, la comparaison de la possibilité de dédommager les préjudices subis en conséquence des actes ou omissions vérifiés dans les négociations des contrats internationaux exige que l'on vérifie quels sont les fondements et les conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle dans les systèmes nationaux plus expressifs en la matière. Pour cette analyse, nous établissons le droit français comme point de départ. Alors, si l'application de la loi française à un litige précontractuel international est assez complexe (Titre I), des difficultés supplémentaires se présentent au juge lorsque la loi applicable est une loi étrangère (Titre II).

TITRE I - L'APPLICATION DE LA *LEX FORI*

Chaque partenaire à la négociation jouit de la liberté de contracter ou de ne pas contracter.⁵⁷⁷ La liberté de contracter est le principe dans la plupart des systèmes juridiques. Toutefois, bien que les agents économiques soient libres de rompre les négociations avant la conclusion du contrat définitif, les circonstances de cette rupture peuvent engager leur responsabilité. En droit français, il est unanimement admis que les partenaires à la négociation peuvent commettre une faute délictuelle à l'occasion de la rupture des pourparlers. La Cour de cassation française a consacré le principe à plusieurs reprises⁵⁷⁸. Outre la faute précontractuelle (Chapitre 1), il est aussi nécessaire qu'un préjudice (Chapitre 3) en résulte (Chapitre 2) pour que la responsabilité précontractuelle soit engagée.

CHAPITRE 1 - LA FAUTE PRECONTRACTUELLE EN DROIT

FRANÇAIS⁵⁷⁹

En raison de l'article 1382 du Code civil, la faute est l'un des éléments constitutifs de la responsabilité civile. La loi ne la définit pas et dans la doctrine nous pouvons trouver plusieurs définitions différentes. Mazeaud et Chabas nous offrent une définition intéressante : « une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances « externes » que le défendeur »⁵⁸⁰. Selon la doctrine, les éléments autonomes présents dans les droits romano-germaniques qui sont l'illicéité et la faute se

⁵⁷⁷ GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil. Les Obligations. Le contrat*, Paris, LGDJ, 1980, p. 23 ; du même auteur, *La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers en droit français* in *Mélanges Guido ALPA*, Éd. British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 436 ; VANWIJCK-ALEXANDRE Michèle, *La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats*, *Annales de Droit de Liège*, 1980, p. 20.

⁵⁷⁸ Voir notamment Cass. Fr. com., 11 janvier 1984, Bull. civ., IV, n. 16, p. 13 ; En France, dès le début du XXe siècle, sont déjà apparus des articles sur la responsabilité précontractuelle, voir, par exemple: SALEILLES Raymond, dans son article « De la responsabilité précontractuelle, À propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTDCiv. 1907, p. 697, spé. 712 : « se préoccupait déjà de la phase précontractuelle. Il écrivait que les négociations « constituent déjà un fait ayant une valeur juridique (...) de telle sorte qu'il est impossible que, sous une forme et dans une mesure à déterminer, le droit ne tienne aucun compte des relations entamées ».

⁵⁷⁹ COHÉRIER André, *Des obligations naissant des pourparlers*, Paris, 1939 ; MOUSSERON Jean Marc, *La durée dans la formation des contrats*, in *Mélanges A. Jauffret*, 1974, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, p. 509. ; SALEILLES Raymond, *La responsabilité précontractuelle*, RTDCiv., 1907, p. 697 ; SCHMIDT Joanna, *La sanction de la faute pré contractuelle*, RTDCiv., 1974, p. 57 ; SCHMIDT Joanna, *Négociation et conclusion des contrats*, Dalloz, 1983.

⁵⁸⁰ MAZEAUD Henri, Léon et Jean et CHABAS François, *Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations : théorie générale*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 466.

retrouvent intégrés dans la définition de faute en droit français⁵⁸¹. La même idée est présente dans la notion de faute précontractuelle⁵⁸², dont la notion prend comme référence une négociation loyale et de bonne foi. Pour caractériser la faute précontractuelle sont pris en compte l'état d'avancement des négociations et la situation des cocontractants. Dans les relations entre professionnels de certains domaines « la faute *in contrahendo* doit être une faute patente, indiscutable » sous peine de porter grave atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité juridique dans les relations commerciales⁵⁸³. La jurisprudence française a beaucoup évolué, ces derniers temps, dans l'appréciation des actes capables de caractériser des manquements fautifs aux devoirs précontractuels (Section 1). Parmi ces actes, la rupture injustifiée de pourparlers, quand l'une des parties pouvait raisonnablement croire dans la conclusion du contrat (Section 2) et la violation d'une obligation précontractuelle d'information (Section 3)⁵⁸⁴ sont les cas de figure les plus révélateurs d'une responsabilité qui peut émerger dans la phase précontractuelle.

SECTION 1 - L'EVOLUTION DANS L'APPRECIATION DE LA FAUTE PRECONTRACTUELLE

Aujourd'hui, il est unanimement accepté que toute faute précontractuelle puisse être sanctionnée. Cela n'a toutefois pas toujours été le cas, la question ayant fait l'objet d'une longue évolution doctrinale et jurisprudentielle en France (§1), où nous pouvons encore déceler quelques tendances évolutives (§2).

§ 1 - L'appréciation de la faute précontractuelle par le juge français

L'évolution de la responsabilité précontractuelle en droit français semble étroitement liée à la place accordée à la bonne foi au sein de la théorie générale des contrats. Déjà dans les travaux préparatoires du Code de 1804, il y avait une proposition d'ajouter à l'article 1134 une disposition faisant jouer la bonne foi également dans la formation du contrat. Cette proposition

⁵⁸¹ VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, 3^e éd., LGDJ, 2006, p. 320.

⁵⁸² SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna, La période précontractuelle en Droit français, RIDC 1990, p. 550.

⁵⁸³ CA de Pau, 14 janvier 1969, D. 1969, p. 716.

a été repoussée par les rédacteurs du Code⁵⁸⁴. Cette absence de la bonne foi dans la période précontractuelle, a été perçue, pendant longtemps, par la doctrine et par la jurisprudence comme un choix définitif du législateur français. Heureusement, cette conception est aujourd'hui devenue désuète en vertu de l'important développement qu'ont connu la doctrine et la jurisprudence françaises.

La nouvelle approche est illustrée récemment par les deux principaux avant-projets de réforme du droit des obligations français. Dans l'avant-projet Catala, des dispositions spéciales relatives à la période de pourparlers ont été placées à côté du principe de bonne foi, prévu à l'article 1134, alinéa 3, bornée à son tour à la seule exécution du contrat. Parmi ces dispositions, nous pouvons déjà citer l'article 1104 dont l'alinéa premier dispose que « l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi ». L'alinéa 2 du même article marque cependant un recul par rapport à l'état actuel de la jurisprudence française, que nous allons découvrir ensuite, en exigeant encore, pour l'établissement de la responsabilité fondée sur la rupture de pourparlers, la présence de la mauvaise foi ou de la faute.

Dans l'avant projet de la Chancellerie, la bonne foi se situe parmi les principes directeurs du droit des contrats, son article 18 disposant explicitement que: « chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi ». La formule est manifestement plus large que celle de l'article 1134 du Code de 1804 et de l'avant-projet Catala⁵⁸⁵. Le nouveau texte invite à pousser plus loin les applications de la bonne foi requise, notamment au cours des négociations précontractuelles⁵⁸⁷. Tout en nous réjouissant de cette avancée, nous regrettons que le projet ne saisisse pas l'occasion de consacrer explicitement certaines conséquences concrètes de l'obligation d'agir de bonne foi au cours des pourparlers, notamment l'interdiction de se contredire et l'exigence de bonne foi dans la négociation.⁵⁸⁸ L'avant-projet Terré, s'est abstenu de qualifier certains principes comme directeurs, tout en affirmant l'exigence de liberté

⁵⁸⁴ FABRE-MAGNAN Muriel, *Duties of Disclosure and French Contract Law : Contribution to an Economic Analysis*, in *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON Jack et FRIEDMANN Daniel (dir.), Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 99 et s.

⁵⁸⁵ Le projet de l'an VIII prévoyait que l'article 1134, alinéa 3 aurait la rédaction suivante : « Les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi ».

⁵⁸⁶ CATALA Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Paris, Doc. fr., 2006, p. 207 et s.

⁵⁸⁷ FONTAINE Marcel, *Quelques observations à propos du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats*, RDC, 01 janvier 2009 n 1, p. 375.

⁵⁸⁸ Ibid. p. 376.

contractuelle, l'exigence de bonne foi dans la formation et l'exécution des contrats, ou encore le principe de cohérence (article 3 à 6).

La jurisprudence française se montre, toutefois, prudente dans l'admission de la faute précontractuelle, de façon à ne pas compromettre le principe de la liberté contractuelle. Dans les cas de négociations entre professionnels, la jurisprudence a retenu que « la phase des pourparlers est faite pour permettre aux cocontractants éventuels de s'étudier réciproquement et d'apprécier les risques et les chances du contrat envisagés à l'aide d'éléments qui peuvent être, parfois, impondérables et relever de l'intuition plus que de la logique formelle »⁵⁸⁹. La Cour rappelle « qu'on ne saurait, en conséquence, sans porter gravement atteinte à la liberté individuelle et à la sécurité commerciale, admettre à la légère qu'on puisse être responsable, pour n'avoir pas donné suite à des pourparlers et pour avoir traité avec un concurrent ; que la faute « in contrahendo », en d'autres termes, doit être une faute patente, indiscutable »⁵⁹⁰. La faute, qui peut comporter différentes acceptions dans les autres domaines du droit Civil⁵⁹¹, est appréciée, dans la période précontractuelle, à l'égard de la liberté de rompre les pourparlers et de la bonne foi⁵⁹².

Dans un premier temps, la jurisprudence ne considérait comme fautive que la rupture des pourparlers qui intervenait avec l'intention de nuire. Par l'arrêt du 20 mars 1972⁵⁹³, ainsi que par les arrêts des 3 octobre 1972⁵⁹⁴ et 12 avril 1976⁵⁹⁵, la Cour de cassation a cependant rapidement admis qu'une telle intention n'était pas requise pour fonder un recours sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil⁵⁹⁶.

Par un arrêt du 12 octobre 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation a encore élargi les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle. Cette dernière peut être engagée « sans avoir à caractériser l'existence d'une mauvaise foi ou d'une intention de nuire », dans la mesure où peut être mise en évidence « une légèreté constitutive

⁵⁸⁹ CA Pau, 14 janvier 1969, D. 1969, p. 716.

⁵⁹⁰ Cass. com., 25 février 1986, Bull. civ. IV, n° 33, p. 28 ; JCP 1988, II, 20995, note VIRASSAMY Georges ; RTDCiv. 1987, p. 85, obs. MESTRE Jacques.

⁵⁹¹ STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, Les obligations. Responsabilité délictuelle, Éd. Litec, 5^e édition, p. 133 et s.

⁵⁹² Cass. com. 10 février 1987, Bull. civ. IV, n° 41, p. 31 ; JCP 1988, II, 20995, note VIRASSAMY Georges ; RTDCom, 1988, p. 121, obs. HÉMARD Jean et BOULOC Bernard ; sur la loyauté pendant les négociations, VINEY Geneviève, Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, 3^e éd., LGDJ, 2008, p. 358.

⁵⁹³ Cass. Fr. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n. 93, p. 90 ; RTDCiv., 1972, p. 799. obs. DURRY Georges.

⁵⁹⁴ Cass. Fr. com., 3 octobre 1972, Bull. civ. III, n. 491, p. 359.

⁵⁹⁵ Cass. Fr. com., 12 avril 1976, Bull. civ. I, n. 122, p. 92.

⁵⁹⁶ GHESTIN Jacques, Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat, 1988, 2^e éd., p. 177.

d'une faute dont elle – la société en cause – devait réparer les conséquences »⁵⁹⁷. En l'espèce, il s'agissait de la rupture, brutale de négociations avancées en matière de franchise. Le franchiseur avait imposé au candidat franchisé d'engager des frais pour réaliser certains travaux, afin de rencontrer ses exigences. Le franchiseur avait ensuite rompu les pourparlers de façon brutale⁵⁹⁸. Dans un arrêt, du 22 février 1994 de la chambre commerciale, la Cour a encore réaffirmé qu'une simple « légèreté blâmable » suffit pour engager la responsabilité quasi-délictuelle du défendeur⁵⁹⁹.

Dans un récent arrêt, la Cour de cassation a précisé les conditions dans lesquelles la responsabilité du franchisé peut être engagée pour rupture des pourparlers précédant la signature du contrat de franchise. Rejetant le pourvoi formé par ce franchiseur contre ledit arrêt ayant rejeté sa demande⁶⁰⁰. La Cour de cassation fait en effet grief à la Cour d'appel d'avoir énoncé que la rupture de pourparlers contractuels ne peut devenir fautive que s'il y a abus caractérisé par la mauvaise foi, la légèreté blâmable ou l'intention de nuire du partenaire ayant rompu brutalement et sans raison valable des pourparlers avancés. Elle affirme que rien ne démontre, en l'espèce, que les relations des parties ont été viciées par une quelconque volonté des candidats à la franchise de nuire ou de profiter déloyalement de leur interlocuteur⁶⁰¹. La jurisprudence de la Cour de cassation est donc bien établie et il n'est plus douteux que la responsabilité délictuelle des parties peut être engagée, même en absence de mauvaise foi, la légèreté blâmable ou l'intention de nuire, lorsque l'une d'elles cause un préjudice par un comportement fautif au cours des pourparlers.

§2 - L'objectivation de la faute précontractuelle

Dans le cas de responsabilité précontractuelle, la faute est constituée dans les hypothèses des articles 1382 et 1383 du Code civil, même « en absence d'intention de nuire »⁶⁰². Or, le comportement correspondant aux finalités des relations précontractuelles est basé

⁵⁹⁷ Cass. Fr. com., 12 octobre 1993, *Express documents*, n. 2513, 12 ; et MOUSSERON Pierre, *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTDCom 1998, p. 255.

⁵⁹⁸ Voir MOUSSERON Jean Marc, *Le droit de la négociation contractuelle*, RJT, 1995, p. 299.

⁵⁹⁹ Cass. Fr. com., 22 février 1994, *Bull. civ. IV*, n. 79, p. 61.

⁶⁰⁰ Cass. com., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-11.026, inédit.

⁶⁰¹ La formation du contrat de franchise, LPA, 04 décembre 2008, Dossier, n° 243, p. 22 ; voir aussi Cass. com., 22 avril 1997, cité par MESTRE Jacques, *Jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux*, RTDCiv., 1997, pp.651-652.

⁶⁰² Cour de cassation, 3 octobre 1972, *Bull. 1972, III*, n° 491, p. 359.

sur la bonne foi réciproque. L'obligation générale de bonne foi préside, en effet, non seulement à l'exécution des conventions mais aussi à leur formation.

Pour le droit français la faute est une condition incontournable de la responsabilité précontractuelle, même dans les cas de nullité du contrat⁶⁰³. L'interprétation de la qualification fautive ou non fautive d'un comportement relève du contrôle de la Cour de cassation. C'est une question de droit, non de fait. Au contraire, le critère utilisé par les juges pour aboutir à cette appréciation, c'est-à-dire, les circonstances de la faute, sont des questions de fait sur laquelle la Cour de cassation n'a pas de contrôle⁶⁰⁴.

En matière de responsabilité civile délictuelle, la faute est définie usuellement comme « une erreur de conduite » qu'un « homme normalement avisé » ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances de fait⁶⁰⁵. Les éléments subjectifs sont les plus complexes à cerner, parce que le juge ne peut pas savoir avec certitude l'intention des partenaires. Ainsi, il doit dégager, dans l'agir des partenaires, des indices qui montreront leur vraie volonté. En revanche, les actes avec une portée objective sont plus faciles à cerner. L'appréciation de la faute est faite par le juge par rapport à la situation dans laquelle se trouvait son auteur *in abstracto*, c'est-à-dire, par comparaison avec un individu abstrait normalement diligent. La faute, en droit français, fait référence à la diligence d'un bon père de famille⁶⁰⁶. De manière générale, dans les relations entre professionnels la faute est appréciée non pas par référence à la conduite du bon père de famille mais à celle du bon professionnel. Ce critère général de la faute en matière délictuelle s'applique aussi à la responsabilité précontractuelle.

À partir de cette difficulté de saisir les éléments subjectifs de la faute, s'est développé un mouvement jurisprudentiel d'objectivation de la faute précontractuelle⁶⁰⁷. En effet, la faute de caractère objectif est plus facilement perçue par le juge. Par exemple, dans les cas où une partie prolonge excessivement les pourparlers puis les rompt, ont été considérés comme des

⁶⁰³ LARROUMET Christian, Droit civil. Obligations. Le contrat. t. III, 6^e éd., 2007, p. 561 ; DOIREAU, Sidonie, Réparation de la rupture abusive des pourparlers, RLDC, 2004, n° 1, p. 7.

⁶⁰⁴ STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, Obligations. 1. Responsabilité délictuelle, Éd. Litec, 5^e éd., p. 135.

⁶⁰⁵ MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil : obligations, Tome II, vol. I, Obligations, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n°443.

⁶⁰⁶ CARBONNIER Jean, Droit civil. Introduction, PUF, 1997, p. 301.

⁶⁰⁷ Sur cette objectivation, CHAUVEL Patrick, note sous Cass. Com. 7 janvier 1997 et 22 avril 1997, D. 1998, p. 45 spéc., n°8, p. 47 ; LAMAZEROLLES Eddy, Les apports de la Convention de Vienne au droit de la vente, 2003, LGDJ, p. 162 et s.

actions fautives par la jurisprudence⁶⁰⁸. Dans ces cas, la longueur est mesurable même si son appréciation peut diverger d'un juge à l'autre. En tout cas, une négociation longue suivie d'une rupture est un signe objectif d'une faute précontractuelle. Il en va de même, pour les cas de rupture brutale⁶⁰⁹.

La prise en considération de la confiance trompée permet aussi de rendre plus objective l'appréciation de la bonne foi et constitue un critère réaliste de la faute précontractuelle. Ce procédé présente toutefois des dangers en ce qu'il risque de conduire à une admission trop large de la responsabilité précontractuelle au détriment du principe de la liberté contractuelle. Dans ce sens, on ne doit pas protéger les négociateurs naïfs ou négligents mais d'assurer la rectitude des relations précontractuelles. Il est donc nécessaire de contrôler l'application des notions de bonne foi et de confiance précontractuelles et d'en admettre les conséquences seulement si l'analyse des faits démontre l'existence d'une confiance « sérieuse, légitime et prévisible » créée par le comportement de l'un des négociateurs⁶¹⁰. Heureusement, ce mouvement jurisprudentiel ne confère pas à la faute des pourparlers un contenu objectif comparable à celui de la faute du révoquant d'une offre. Il n'est, certes, plus nécessaire d'établir l'intention maligne du précontractant, mais, pour caractériser sa faute, le juge s'attache encore aux motifs de la rupture: pour être fautive, la rupture doit être dépourvue de justification légitime⁶¹¹. La doctrine se réfère fréquemment à l'abus du droit de rompre les pourparlers⁶¹². Pourtant, en jurisprudence, l'utilisation du terme « abus de droit » est finalement assez rare⁶¹³ ; et il est plus fréquemment question de rupture abusive.

⁶⁰⁸ Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; RTDCiv. 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna ; CA Versailles, 8 mars 1985, JurisData : 1985-041111 ; CA Paris, 24 mai 1989, JurisData : 1989-022260 ; CA de Colmar, 11 mai 1990, JurisData : 1990-045890 ; Cass. com., 31 mars 1992, Bull. 1992, IV, n° 145, p. 102 ; CA Rennes, 29 avril 1992, JurisData : 1992-600149 ; CA Riom, 3e chambre, 10 juin 1992, RTDCiv. 1993, p. 343, obs. MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732 ; CA Paris, 16 septembre 1994, JurisData : 1994-022972 ; Cass. com., 22 février 1994, M. Ménant et a. c/ M. Baron et a., Bull. civ. 1994, IV, n° 72, p. 55 ; CA Nancy, 24 avril 1995, JurisData : 1995-043674 ; CA Paris, 20 décembre 1996, JurisData : 1996-024080 ; Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561 ; Cass. civ. 2, 1^{er} avril 1998, JurisData : 1998-001718.

⁶⁰⁹ En France, Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; RTDCiv. 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna ; CA Riom, 3e chambre, 10 juin 1992, RTDCiv. 1993, p. 343, note MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732 ; Cass. com., 22 février 1994, BMCE c/ M. Duterage, Bull. Civ. IV, n° 79, p. 61 ; RJDA 1994, n° 765, p. 611, RTDCiv. 1994, p. 849, note MESTRE Jacques ; CA Lyon, 4 mars 1994, JurisData : 1994-043277 ; CA Nancy, 24 avril 1995, JurisData : 1995-043674.

⁶¹⁰ Com., 15 fév. 1965, Bull. IV 110 123, p 105.

⁶¹¹ Sur cette justification de la sanction du précontractant: CHAUVEL Patrick, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., 1997, p. 39 a 41.

⁶¹² Par exemple, GHESTIN Jacques, Traité de droit civil: La formation du contrat, 1993, 3éd., n°330, p. 295.

⁶¹³ Voir toutefois, Cass. Com. 22 février 1994, CA Paris, 2 avril 1990, Jurisdata, n°021 053.

En définitif, n'importe quelle faute peut être à l'origine de la responsabilité précontractuelle, même celles non-intentionnelles. Il s'agit ici de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi et non dans le sens classique de la faute. Pour cela, nous préférons l'expression faute précontractuelle, comme une notion autonome. Il n'est pas nécessaire que la faute soit grave, pouvant être une simple négligence, tout dépendra des circonstances de l'espèce.

SECTION 2 - LA RESPONSABILITE EN CAS DE RUPTURE FAUTIVE DE POURPARLERS

Si chaque cas d'espèce doit faire l'objet d'une étude attentive, la mauvaise foi n'est cependant plus requise, l'existence d'une simple faute étant suffisante (§1). Il appartient donc au juge saisi d'une demande d'apprécier souverainement si dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de considérer que cette faute est établie. Selon la Cour de cassation, comme nous l'avons démontré, la conduite des négociateurs doit être gouvernée par la bonne foi qui impose ou interdit certains comportements dans la phase des négociations (§2). En principe, la bonne foi n'impose point de ne pas rompre les pourparlers, mais commande de ne pas y mettre fin alors que l'on a suscité chez le partenaire une confiance légitime dans la conclusion du contrat ou l'on s'est engagé à un devoir d'exclusivité (§3). Dans certaines circonstances spéciales, même en cas de rupture fautive, un motif légitime va écarter la responsabilité des précontractants (§4).

§ 1 - Le devoir général de bonne foi appliqué aux pourparlers

Un devoir général de bonne foi a été établi par la jurisprudence française qui exige loyauté, honnêteté⁶¹⁴ et rectitude⁶¹⁵ dans la conduite des pourparlers. Cependant, comme nous

⁶¹⁴ CA Aix en Provence, 10 décembre 1991, JurisData 1991-048398 ; CA Paris, 19 janvier 2001, JurisData 2001-137997 ; CA Lyon, 29 septembre 2000, JurisData 2000-132246 ; Cass. com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et n° 00.10-949, Sté Alain Manoukian c/ Les consorts Wajsfisz et autre, JurisData : n° 2003-021243 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 186, p. 206, RTDCiv. 2004, janvier, p. 80, note MESTRE Jacques ; Communication, Commerce Électronique, mars 2004, p. 33, obs. FAGES Bertrand ; Rev. sociétés, 2004, p. 325, note Nicolas MATHEY ; RDC, n° 2, 01/04/2004, p. 257, obs. MAZEAUD Denis ; JCP E, n° 39, 22/04/2004, 601, note CAUSSAIN Jean-Jacques, DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume ; JCP G, 22/09/2004, I, 163, note VINEY Geneviève ; Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 2004, n° 6, p. 849, obs. Jean-Jacques DAIGRE ; JCP E, n° 20, 13 mai 2004, p. 738, note STOFFEL-MUNCK Philippe ; Dr. et patr., 2004, n° 124, obs. PORACCHIA Didier ; D. 2004, p. 869, obs. DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie.

l'avons démontré, les pourparlers internationaux sont marqués par l'incertitude et par des risques propres à cette période. Ainsi, les juges doivent être prudents dans l'établissement des comportements fautifs, sachant que la règle est la liberté de conclure ou non un contrat, conformément au principe de l'autonomie privé. En ce sens, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation⁶¹⁶ affirme que les parties doivent toujours envisager l'éventualité d'un échec et qu'elles ont pris un risque en faisant des dépenses avant la conclusion du contrat. Il en résulte que la rupture de pourparlers, dans un tel cas, n'a pas engagé la responsabilité de la partie qui en est l'auteur⁶¹⁷. En effet, « les frais engagés par une société pour le déplacement d'une équipe dans le pays étranger, siège de l'autre société, ne sont pas constitutifs d'un préjudice lié à la rupture des pourparlers mais un risque commercial pris en connaissance de cause, tout comme les frais de fabrication du matériel objet du contrat engagé par l'autre société ». Un autre arrêt précise que les dépenses d'un devis sont à la charge du vendeur et ne peuvent pas être considérées comme des dépenses susceptibles d'être remboursées par la partie qui rompt les négociations⁶¹⁸.

En d'autres termes, l'échec de la négociation n'est pas, en lui-même, critiquable. La liberté de rompre est possible, mais son exercice peut être fautif⁶¹⁹. Les juges observent que « si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que, lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice, et donne lieu à réparation »⁶²⁰. Il faut aussi signaler que l'auteur de la faute n'est pas forcément celui qui a pris la décision de mettre un terme aux négociations, si celle-ci n'a été que la conséquence des actes ou défaillances de l'autre, faisant par exemple traîner les choses en longueur, au risque de perdre un marché important.

Elle sera évaluée en fonction des exigences de la bonne foi. L'existence même de la faute dépendra du choix des paramètres subjectifs ou objectifs que le juge utilisera pour démontrer son manquement. Pour cela, il nous semble que le volet objectif de la bonne foi est

⁶¹⁵ CA Pau, 14 janvier 1969, D. 1969, p. 716.

⁶¹⁶ Cass. com., 4 octobre 1982, JurisData 1982-702028.

⁶¹⁷ Dans le même sens : un l'arrêt de la CA Chambéry, du 25/11/1992, JurisData : 1992-048656.

⁶¹⁸ CA Aix en Provence, 16 septembre 1993, JurisData : 1993-045651.

⁶¹⁹ CHAUVEL Patrick, Rupture de pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., novembre 1996, p. 36.

préférable à l'aspect subjectif. En effet, l'imprécision de la bonne foi subjective tient à l'aspect moral sur lequel elle se base⁶²¹. Dans la bonne ou la mauvaise foi subjective, il est nécessaire de pénétrer l'état de subjectivité et de conscience des personnes considérées et les intentions qui animent leurs comportements.

Ainsi, sont concernées les intentions et les motivations qui poussent une personne à réaliser un certain acte susceptible d'être pris en considération par le droit positif pour déterminer la nature et les effets de ces comportements⁶²². Par contre, la bonne ou mauvaise foi objective permet un examen des comportements indépendamment et abstraction faite de leur fond de motivation. L'objectivité se manifeste aussi en tant que source d'obligations positives qui imposent la prise en compte de l'intérêt d'autrui et qui viennent préciser le standard de comportement de la bonne foi⁶²³. D'où la difficulté pour la doctrine et pour la jurisprudence de séparer l'aspect subjectif, lié à l'intention du responsable par le préjudice et l'aspect objectif, lié à l'usage normal du droit. Les décisions de justice sont abondantes à mélanger ces deux aspects. Comme nous avons déjà explicité, la jurisprudence essaie de donner à la bonne foi un caractère plus objectif, à travers certains critères concrets qui pourraient caractériser la bonne foi, pour éviter une augmentation de la part de subjectivité, voire d'arbitraire des juges, source d'insécurité pour les parties.

§ 2 - Les circonstances caractéristiques de la rupture fautive

La jurisprudence détermine tout d'abord que manquera à son obligation de bonne foi la partie qui aura pris l'initiative de la négociation sans volonté réelle et sérieuse de contracter. Le manquement au devoir de bonne foi sera ensuite caractérisé lorsque la rupture des négociations sera brutale. Cette brutalité peut résulter des conditions dans lesquelles il est mis fin aux pourparlers ou du moment choisi par la partie fautive pour interrompre les discussions. De

⁶²⁰ CA Riom, 3e chambre, 10 juin 1992, RTDCiv. 1993, p. 343, obs. MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732.

⁶²¹ RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, 1949, 4e édition, Paris, LGDJ, Réimpression 2000.

⁶²² ROMAIN Jean-François, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, 2000, p. 207.

⁶²³ Ibid. p. 208.

même, la prolongation de négociations par une partie qui a perdu toute volonté de contracter pourra être fautive⁶²⁴.

En effet, si les négociations ont « atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice, et donne lieu à réparation »⁶²⁵. Les termes de cette décision résument les caractéristiques que la jurisprudence a fait ressortir dans la détermination de l'atteinte à la bonne foi : la longueur et l'intensité de l'engagement ; la confiance légitime en la conclusion du contrat et la rupture fautive. Ces trois éléments, et quelques devoirs qui en dérivent, comme ceux de renseignement et d'exclusivité, sont l'expression de la violation du principe de la bonne foi pendant la période de pourparlers.

Dans la plupart des litiges, la durée des pourparlers sera un élément primordial, la rupture devenant fautive avec l'écoulement du temps à mesure qu'augmente la confiance légitime en la bonne fin des opérations⁶²⁶. Ainsi, maintes fois, les juges français l'ont considérée comme indication de la responsabilité de l'auteur de la rupture, soit parce que ce dernier a prolongé fautivement les négociations, soit parce que l'avancement de celles-ci ne lui donnait pas droit à une rupture⁶²⁷. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que la longueur et la complexité des « négociations laborieuses » étaient des indices suffisants pour la caractérisation de la faute. De surcroît, le caractère unilatéral de la rupture allié à la brutalité de sa mise en œuvre a poussé la Cour de cassation à condamner l'auteur de la rupture, par exemple, par un coup de téléphone⁶²⁸. Il n'existe pas un délai fixe requis pour considérer qu'une négociation est longue. La jurisprudence considère parfois comme fautif le fait de mener des négociations « pendant une longue période »⁶²⁹. Dans quelques cas, les juges

⁶²⁴ COHÉRIER André, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, thèse, Paris, 1939 ; ROUBIER Paul, Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse, Lyon, 1911 ; HILSENRAD Arthur, Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat, thèse, Paris, 1932.

⁶²⁵ CA Riom, 3e chambre, 10 juin 1992, W. c/ Rover France, RTDCiv. 1993, p. 343, note MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732.

⁶²⁶ CHAUVEL Patrick, Rupture de pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., novembre/1996, p. 38.

⁶²⁷ CA Colmar, 11 mai 1990, JurisData : 1990-045890.

⁶²⁸ Cass. com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; RTDCiv. 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna.

⁶²⁹ Les mots utilisés sont très génériques : longue période : CA Paris, 16 septembre 1994, JurisData : 1994-022972 ; CA Rennes, 29 avril 1992, JurisData : 1992-600149 ; prolonger indéfiniment le délai : Cass. com. 22 février 1994, M. Ménant et a. c/ M. Baron et a., Bull. civ. 1994, IV, n° 72, p ; 55, RTDCiv. 1994, p. 850, note MESTRE Jacques ; pourparlers très avancés : CA Colmar, 11 mai 1990, JurisData : 1990-045890 ; CA Paris, 24 mai 1989, JurisData : 1989-022260 ; CA Versailles, 8 mars 1985, JurisData : 1985-041111 ; incertitude prolongée : Cass. com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; RTDCiv. 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna.

établissent qu'une durée de plus d'un an⁶³⁰ est considérée comme condition pour la caractérisation de la rupture fautive⁶³¹.

En tout cas, la détermination objective de la durée n'est pas le seul caractérisant la faute ; elle doit être accompagnée d'autres éléments. La durée des pourparlers infructueux malgré la multiplication des offres n'est pas une faute en elle-même. La deuxième chambre civile, le 4 mars 2004⁶³², a ainsi jugé que « la rupture des négociations (...) n'était pas fautive » dès lors « que... l'arrêt relève que rien ne démontre que les sociétés auraient commis une faute en exerçant leur liberté de mettre un terme aux pourparlers infructueux qui s'étaient poursuivis pendant huit mois et au cours desquels elles avaient présenté à M. X de multiples offres que celui-ci n'a jamais acceptées avant la rupture desdits pourparlers ».

À vrai dire, le plus important pour le juge est de constater si l'avancement des négociations traduit un engagement entre les parties⁶³³. Comme nous avons expliqué au début, l'appréciation du commencement et de la fin des pourparlers ainsi que du niveau d'engagement aura toujours un aspect subjectif, laissé à l'appréciation du juge qui appréciera tous les éléments de preuve pour se convaincre⁶³⁴. Il peut arriver qu'une négociation se déroule en plusieurs années sans que les parties s'engagent d'une façon plus profonde. Dans ce cas, une rupture ne serait certainement pas tenue pour fautive parce que chaque partenaire a manifesté, ou a laissé entendre, dès le début que leurs relations n'étaient pas couvertes d'une volonté ferme de contracter. En revanche, si une partie a prolongé inutilement les discussions en cachant, dès le départ, sa réelle intention - qui était de ne pas contracter - elle engage sa responsabilité⁶³⁵. La différence est ici l'intention de tromper, dans le premier cas l'intention de ne pas contracter était claire et dans le deuxième cas elle était cachée.

⁶³⁰ CA Paris, 20 décembre 1996, JurisData : 1996-024080 ; Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561 ; négociations de plus de deux ans : CA Rennes, 29 avril 1992, JurisData : 1992-051318.

⁶³¹ Cass. com., 31 mars 1992, Bull. 1992, IV, n° 145, p. 102.

⁶³² Cass. civ. 2, 4 mars 2009, n° 02-14.022, Sté Disques Temporel et Espace c. Sté Polygram, inédit.

⁶³³ La CA de Riom a décidé que si les négociations ont « atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice, et donne lieu à réparation », CA Riom, 3^e chambre, 10 juin 1992, W. c/ Rover France, RTDCiv. 1993, p. 343, note MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732.

⁶³⁴ Dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94- 21.561), les juges ont dégagé plusieurs éléments indiquant un engagement plus profond entre les parties : les contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final en demandant qu'il soit apporté des modifications aux trois propositions élaborées par la société Eurolocatique, et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions (qu'elle-même avait demandé modifier)

⁶³⁵ Cass. civ. 2, 1^{er} avril 1998, JurisData : 1998-001718.

Bref, la longueur des négociations attire l'attention sur la possibilité d'une rupture brutale⁶³⁶, et ainsi fautive, puisque réalisée au moment où l'autre partie croyait déjà dans la conclusion du contrat. La Cour de cassation a sanctionné récemment, en matière de cession de droits sociaux les cédants qui ont brutalement mis fin aux pourparlers « alors que les discussions étaient très avancées et que les dernières questions encore en suspens devaient faire l'objet d'ultimes négociations, ceux-ci ont manqué à leur obligation de bonne foi »⁶³⁷. À ce sujet, l'avancement des négociations est un des indices, mais pas le seul, de la naissance entre les partenaires d'une confiance, d'une assurance que le contrat sera conclu. Mais il peut arriver qu'un partenaire fait naître une confiance légitime chez l'autre partenaire dès le début des relations. Le facteur temps n'est plus considéré parce qu'existe déjà un élément déclencheur de l'engagement qui est la confiance⁶³⁸.

Ainsi, susciter et, ensuite, décevoir une confiance légitime en la conclusion d'un contrat a été considéré par une cour d'appel comme fautif⁶³⁹, ainsi que le refus de signer l'acte de vente de la part d'une partie qui a dissimulé l'existence de négociations parallèles et d'un départ imminent, obligeant le vendeur à exposer des frais et à prendre des mesures pour que le contrat soit signé le plus rapidement possible⁶⁴⁰. La confiance manifestée à l'autre partenaire que le contrat serait conclu est une autre forme d'engagement dont la violation, par la rupture fautive des pourparlers, pourra être sanctionnée. Ici, le facteur temps servira de critère d'objectivation de la confiance légitime. Cette confiance semble bien être l'élément fondamental dans la discipline de la rupture des pourparlers. C'est ce que constate M. D. Mazeaud: « Au fond, parce que la durée et l'intensité de la négociation créent une apparence de la ferme intention de conclure le contrat négocié et inspirent nécessairement une légitime confiance chez les négociateurs, celui qui détruit cette apparence et trompe cette confiance, fait montre d'une indiscutable mauvaise foi et engage donc sa responsabilité »⁶⁴¹. La jurisprudence a même admis qu'un partenaire à la renégociation d'un contrat arrivant à son terme, peut, dans

⁶³⁶ Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ IV, n° 93 ; RTDCiv. 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna ; Cass. com., 22 février 1994, BMCE c/ M. Duterage, Bull. Civ. IV, n° 79, p. 61 ; RJDA 1994, n° 765, p. 611, RTDCiv. octobre/novembre 1994, p. 849, note MESTRE Jacques ; CA Riom, 3^e chambre, 10 juin 1992, RTDCiv. 1993, p. 343, note MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732 ; CA Nancy, 24 avril 1995, JurisData 1995-043674.

⁶³⁷ VAMPARYS Xavier, Rupture abusive de pourparlers relatifs à une cession d'actions et préjudice indemnisable, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2008 n° 11, p. 858 ; note sous CA Paris 3^e ch. sect. A, 8 avr. 2008, Consorts P. c/ Sté Advent int. corp.

⁶³⁸ L'appréciation se fait toujours in concreto. Voir exemples d'absence de confiance dans des cas de rupture de pourparlers : CA Paris, 6 avril 2007, Juris-Data n° 338132 ; CA Nîmes, 17 avril 2008, Juris-Data n° 363333.

⁶³⁹ CA Paris, 16 novembre 1988, JurisData : 1988-026630.

⁶⁴⁰ CA Paris, 20 décembre 1994, JurisData : 1994-024508.

certaines circonstances, avoir confiance dans le renouvellement du contrat, sur des bases économiques qui ne seraient pas fondamentalement différentes de celles du contrat précédent⁶⁴².

D'autres éléments peuvent aussi caractériser la violation de la confiance légitime. Par exemple, la revendication soudaine, au cours des négociations, d'un prix excessif et sans rapport avec ceux évoqués jusqu'alors, conduisant ainsi les négociations à l'impasse peut être considérée comme une attitude fautive, du moins lorsque l'objectif n'est plus de poursuivre les négociations mais bien d'aboutir à leur échec. C'est le cas aussi du précontractant qui refuse de se soumettre à certaines formalités légales, quelques jours avant la conclusion du contrat, et rompt ainsi de façon brutale les pourparlers. Si la jurisprudence utilise le souvent l'expression « rupture abusive »⁶⁴³ de pourparlers, on trouve des arrêts où elle a préféré le terme « abus de droit »⁶⁴⁴. Ce dernier n'est pas employé en référence à la théorie de l'abus de droit, mais plutôt par un artifice de langage⁶⁴⁵ qui indiquerait plus clairement qu'une partie ne pouvait pas s'autoriser de sa liberté pour rompre les négociations.⁶⁴⁶

C'est, enfin, dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qu'a été soulevé le dernier critère utilisé par la jurisprudence pour considérer une rupture comme fautive : la rupture est fautive si elle a été faite « sans motif légitime »⁶⁴⁷. Dans cette affaire deux architectes ont envisagé une collaboration sous forme d'une association. Ils ont entamé

⁶⁴¹ MAZEAUD Denis, Dr. et patr., juillet-août 1996, p. 44.

⁶⁴² Cass. com. 25 avr. 2001, n° 98-22.199, D. 2001, somm.3237, obs. MAZEAUD Denis ; com. 6 juin 2001, n° 99-10.768, RJDA 2001, n° 1201, p. 998 ; Cass. com. 3 juill. 2001, n° 98-23.070, RJDA 2001, n° 1202, p. 999 ; MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l'abus un petit peu, RTDCiv. 2002, p. 99.

⁶⁴³ CA Paris, 16 décembre 1998, JurisData 1998-213552 ; Cass. civ. 2, 1er avril 1998, n° 98-18.381, JurisData 1998-001718 ; CA Aix en Provence, JurisData 1995-045989 ; CA Nancy, 24 avril 1995, JurisData 1995-043674 ; CA Chambéry, 15 novembre 1994, JurisData : 1994-049717 ; CA Paris, 20 octobre 1994 et 16 septembre 1994, JurisData 1994-023249 et 1994-022972 ; Cass. com., 22 février 1994, BMCE c/ M. Duterage, Bull. civ. IV, n° 79, p. 61, RJDA 1994, n° 765, p. 611 ; RTDCiv. 1994, p. 849, note MESTRE Jacques ; CA Metz, 19 mai 1993, JurisData 1993-048661 ; TGI Paris, 25 mars 1992, JurisData 1992-046931 ; CA Paris, 30 mai 1991, JurisData 1991-022126 ; Tribunal de commerce de Nanterre, 28 septembre 1990, JurisData 1990-044379 ; CA Aix en Provence, 28 février 1990, JurisData 1990-043595 ; Cass. com. 17 mai 1989, n° 87-16.936, JurisData 1989-001721, CA Paris, 13 décembre 1984, JurisData 1984-027018.

⁶⁴⁴ Cass. com., 7 janvier 1997, rejet n° 94-21.561 ; CA Paris, 2 avril 1990, JurisData : 1990-021053 ; CA Aix en Provence, 26 février 1981, JurisData 1981-042440.

⁶⁴⁵ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 75

⁶⁴⁶ GAREIL-SUTTER Laurence, Période précontractuelle, Jurisclasseur Contrats-Distribution, Fasc. 25 ; GHESTIN Jacques, La formation du contrat, LGDJ, p. 295. Sur le déclin de la théorie de l'abus de droit, voir infra la deuxième partie, Titre I, Chapitre 2.

⁶⁴⁷ Cass. com. 11 juillet 2000, JurisData: 2000-003185.

des pourparlers, puis l'architecte parisien déménage à Lyon où il commence à collaborer avec l'architecte lyonnais, sans pour autant qu'un contrat ait été signé. Après un certain temps, l'architecte lyonnais décide de ne pas donner suite à ce projet d'association. Dans sa décision, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir retenu qu'en absence de mauvaise foi manifeste et de volonté de nuire, cette rupture n'était pas fautive. Elle retient que « les pourparlers étaient très avancés, que l'architecte lyonnais n'avait pas hésité à présenter l'architecte parisien comme son associé et que celui était considéré comme tel par les tiers, qu'il avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un « excès de prudence », la cour d'appel, qui avait fait ainsi ressortir que la rupture se trouvait dépourvue de motifs légitimes, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ». Le motif de la rupture, selon la Cour, ne peut pas être assimilé à une 'prudence excessive' mais doit avoir une raison plus profonde pour qu'il soit considéré comme légitime. Ainsi, bien que tous les indices caractérisant un comportement fautif soient réunis, une raison légitime exclut la faute de la rupture.

§3 - Le devoir d'exclusivité dans les pourparlers

La jurisprudence semble n'imposer aucun devoir général d'exclusivité aux précontractants. Cela transparaît, par exemple, du litige opposant la société William Grand and Sons International au distributeur français de ses whiskies, la société Marie Brizard. Dans l'hypothèse, après de nombreuses années de collaboration avec cette société, la société britannique avait doublé ses discussions pour le maintien de ses relations avec son distributeur attiré par des discussions avec un concurrent, la société Saint Raphaël. Le second fut préféré et la relation commerciale établie avec la première prit fin suscitant son action en réparation. L'arrêt rendu par la Cour de Bordeaux, le 11 juin 1996, confirme la parfaite régularité de la double négociation⁶⁴⁸. À ce propos, le devoir de bonne foi ne s'oppose pas à ce qu'un négociateur entre en pourparlers avec plusieurs partenaires de manière simultanée. Un tel comportement ne constitue donc pas, en soi, une faute en l'absence de clause d'exclusivité.

Toutefois, le devoir de loyauté semble imposer au négociateur une certaine prudence dans la conduite de pourparlers parallèles. La prudence imposée par le devoir de loyauté doit

⁶⁴⁸ CA Paris 20 décembre 1994 et CA Paris 24 mars 1986.

conduire à considérer que celui qui entre en pourparlers avec plusieurs partenaires doit les en informer. Tel est du moins ce qui pourrait ressortir de l'analyse de certaines décisions des juges du fond, alors même que la Cour de cassation paraît plus réservée⁶⁴⁹.

Pour le partenaire qui ne souhaite plus être simplement informé sur d'éventuelles négociations en cours mais s'assurer la fidélité de l'autre partie, il est possible de conclure des contrats d'exclusivité. Ces accords prévoient l'obligation de ne pas mener des négociations parallèles ayant trait au même contrat. Cette obligation peut être réciproque ou ne peser que sur l'un des partenaires. Elle peut couvrir toute la période des pourparlers ou n'être prévue que pour une courte durée. Cette solution est d'ailleurs préférable puisqu'elle permet, si les négociations piétinent, d'engager des pourparlers avec d'autres cocontractants potentiels.

À défaut de pouvoir obtenir un engagement d'exclusivité, l'une des parties peut tenter de faire insérer une clause de sincérité, obligeant l'autre partie à dévoiler l'existence de négociations parallèles, voire à préciser l'identité du tiers en question. Cette clause est toutefois à manier avec prudence car l'obligation contractuelle qui en résulte peut se trouver en violation d'engagements de confidentialité souscrits par ailleurs, ou être jugée contraire à la déontologie commerciale⁶⁵⁰. Il semble qu'une telle solution soit contraire à la logique commerciale⁶⁵¹. Cependant, le devoir de secret l'emporte sans supprimer l'exigence de sincérité. Celui qui mène de concert deux négociations ne doit ni la celer ni en révéler les partenaires et modalités ni même, à proprement parler, le taux de progression ou même l'existence particulière.

§ 4 - Les limites à la responsabilité par rupture de pourparlers

Dès lors que l'on écarte la nécessité d'une intention de nuire dont l'exigence serait excessive en ce domaine, le caractère fautif de la rupture est caractérisé soit par la violation du devoir de bonne foi par le responsable de la rupture, soit, à défaut de déloyauté caractérisée,

⁶⁴⁹ Com. 15 déc. 1992, n° 90-21.175: le partenaire n'a « pas l'obligation de révéler à la société B. l'état de ses négociations avec les autres candidats ayant répondu à son appel d'offres » ; rappr. Com. 12 mai 2004, n° 00-15.618, Bull. civ. IV, n° 94, JCP E, 2004,1393, note Trébulle ; comp. Com. 11 oct. 1994, n° 92-17.860, inédit ; Com. 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949, Sté Alain Manoukian, précité, laissant entendre que la dissimulation de négociations parallèles, parmi d'autres agissements, constitue une faute ; récemment voir : CA Paris, 28 avr. 2006, Juris-Data n° 2006-30-1647.

⁶⁵⁰ FONTAINE Marcel, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, DPCI, 1977, p. 73.

⁶⁵¹ LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRJ, 1994, p. 870, v. aussi Principes Unidroit, art 2-15, 3.

par l'absence de motif légitime⁶⁵². On a pu relever que la jurisprudence ne considère pas fautif l'auteur de la rupture pourvu qu'il existe un motif légitime d'avoir rompu les pourparlers. Bien qu'un devoir général de motiver la rupture ne soit pas imposé aux parties (A), il faut bien que le juge constate l'existence d'un motif légitime et sérieux la justifiant (B). Nous allons voir que le dégagement de légitimité d'un motif n'est pas une tâche aisée. Certains critères objectifs vont toutefois aider le juge à l'accomplir (C).

A - L'obligation de motiver la rupture

La jurisprudence n'est pas unanime sur le devoir de justifier la rupture de pourparlers. Il est ainsi toujours prudent de prévoir dans un accord précontractuel que chacune des parties pourra rompre les pourparlers sans avoir à justifier sa décision, ou même prévoir une clause excluant toute responsabilité en cas de rupture des négociations.

En 1997, la Cour de cassation a précisé qu'il est nécessaire de fournir une explication à la rupture des négociations⁶⁵³. Cette exigence semble procéder d'un devoir de courtoisie, le juge semblant estimer que la rupture d'une négociation prolongée mérite au minimum une explication, même si celle-ci est parfaitement subjective⁶⁵⁴. Un an plus tard⁶⁵⁵, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a franchi une étape supplémentaire en exigeant de la partie souhaitant rompre une négociation d'invoquer un « motif légitime ». Cette décision pose un réel problème aux praticiens et aux négociateurs. En effet, comme l'a souligné Mme Schmidt dans son commentaire, « le juge s'arroge désormais un véritable pouvoir de contrôle de la motivation de la rupture, limitant considérablement la liberté contractuelle, sans que l'on aperçoive clairement la justification de ce pouvoir dans des négociations entre professionnels »⁶⁵⁶.

Ensuite, dans un autre arrêt, la Cour précise que lorsque les négociations en sont à un stade préliminaire, chacune des parties peut y mettre fin sans avoir à justifier d'une motivation légitime, alors que lorsque les pourparlers atteignent un certain degré d'avancement, seul un

⁶⁵² GHESTIN Jacques, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP G., 2007, I, n° 21-22, p. 155.

⁶⁵³ Cass. com. 7 janv. 1997, D. 1998, p. 45, note CHAUVEL Patrick.

⁶⁵⁴ VANDOMME Laurent, La négociation des contrats internationaux, RDAI, n° 5, 2003, p. 494.

⁶⁵⁵ Com. 7 avril 1998, JCP E, 1999, p. 169.

⁶⁵⁶ SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi, D. 1999, p. 127.

motif légitime peut justifier une rupture des négociations⁶⁵⁷. Plus récemment, la jurisprudence dominante semble plutôt réticente à l'idée de motivation obligatoire. Elle a confirmé récemment cette posture, dans l'arrêt dit « Chronopost 3 » en date du 22 avril 2005. Selon la Cour, « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard »⁶⁵⁸.

Mais le débat n'est pas fini. En l'état du droit positif, l'article L. 442-6, I, 5 du Code de commerce est l'un des rares textes à traiter de la responsabilité en cas de rupture de relations d'affaires en raison de: « rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (...) ». La Cour d'appel de Montpellier a interprété de façon assez libérale cet article en considérant que la notion de « relation commerciale établie » vise toute relation qu'elle soit « précontractuelle, contractuelle, ou post contractuelle ».⁶⁵⁹

B - L'appréciation des motifs de la rupture

Lorsque des pourparlers bien avancés ont conduit l'autre partie à croire en la conclusion du contrat, la rupture est fautive dès lors qu'elle n'est pas justifiée par un motif légitime. Dans ce sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, le 7 janvier 1997⁶⁶⁰, « qu'après avoir retenu que les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés pendant une longue période, et que des contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final en demandant qu'il soit apporté des modifications aux trois propositions élaborées par la société Eurolocatique, et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, sans motif légitime, rompu brutalement les pourparlers, la cour d'appel justifie ainsi légalement sa décision en déduisant de ces constatations que la banque franco-allemande a eu un comportement fautif ».

⁶⁵⁷ Cass. com., 12 janv. 1999, n° 96-14.604, Sté Sofiges c. Cie de Suez, inédit titré.

⁶⁵⁸ Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, pourvoi n° 02-18326, D. 2005, Jur. p. 1864, note TOSI Jean-Pierre.

⁶⁵⁹ Sur une interprétation large de la notion de « relation commerciale établie », visant toute relation quelle soit « précontractuelle, contractuelle, ou post contractuelle » : CA Montpellier, 2^e Ch. civ., 11 août 1999, D. 2001, somm. p. 297, obs. FERRIER Didier.

⁶⁶⁰ Cass. com. 7 janv. 1997, n° 94-21.561, inédit ; voir dans le même sens, Cass. com., 20 mars 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 93 ; JCP N 1973, 17543, note SCHMIDT Joanna.

La même Chambre, le 7 avril 1998⁶⁶¹, a décidé « qu'en retenant que le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord définitif qui n'a été abandonné selon les propres dires de la société Sandoz que pour des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit, ce dont il résulte que la rupture de pourparlers s'étant étendue sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études ne tenait aucunement au résultat des dites études et se trouvait dépourvue de motif légitime, la cour d'appel (...) a, par ces seuls motifs (...) pu décider que la société Sandoz avait manqué de loyauté à l'égard de la société Poleval lui causant un préjudice ».

Le 11 juillet 2000⁶⁶² cette même Chambre a encore censuré, au visa de l'article 1382 du Code civil, un arrêt qui « pour rejeter la demande de dommages-intérêts de M. Lacroix fondée sur la rupture abusive des pourparlers par M. Anicet », avait retenu « qu'en l'absence de mauvaise foi manifeste de ce dernier, qui n'était pas guidé par une volonté de nuire, cette rupture n'est pas fautive ». Elle a jugé « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle retenait que les pourparlers avaient été très avancés, que M. Anicet (...) Avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un « excès de prudence » la cour d'appel, qui avait fait ainsi ressortir que la rupture se trouvait dépourvue de motifs légitimes, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ».

À cette absence est assimilé le défaut de pertinence du motif allégué. La Première chambre civile, le 25 juin 2002⁶⁶³, a ainsi jugé « que la cour d'appel a relevé que, si le contrat dans sa version initiale avait été modifié pour se conformer aux observations du conseil de l'ordre des médecins, il avait été adopté dans sa forme définitive par ses confrères sans donner lieu à aucune sanction ordinaire ; qu'elle a ainsi pu considérer que l'invocation de crainte de poursuites disciplinaires ne justifiait pas une rupture de pourparlers, et imputer exclusivement celle-ci M. Canet ». Inversement une motivation « dont il ne résulte pas que » le défendeur « ait agi sans motif légitime, ou avec une légèreté blâmable », justifie la censure de l'arrêt qui avait sanctionné par dommages et intérêts la rupture des pourparlers⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20361, Sté Sandoz c/ Sté Poleval, inédit titré: JCP E 1999, p. 579, note SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna.

⁶⁶² Cass. com., 11 juill. 2000.

⁶⁶³ Cass. civ. 1, 25 juin 2002, n° 00-17.048, Collet c/ Sté Clinique Lambert, inédit. Voir, dans le même sens, Cass. com., 14 déc. 2004.

⁶⁶⁴ Cass. civ. 2, 13 janv. 2005, n° 03-15.828, Sté Spie c/ Sté Marignan, inédit.

Il n'existe pas une obligation générale imposée au défendeur d'exposer les motifs que l'ont amené à rompre les pourparlers, il appartient au juge d'apprécier la faute à travers le comportement des parties tout au long des négociations. On trouve ainsi deux conditions cumulatives ; l'inexistence d'un juste motif et la création d'une confiance légitime ou raisonnable dans la conclusion du contrat. C'est par le contrôle des motifs que se concrétise le plus évidemment la mise en œuvre de la notion de confiance légitime. En tout cas, l'existence d'un juste motif va évincer la responsabilité du défendeur. Ou même dans l'absence de juste motif la responsabilité pourra être évincée tout simplement parce qu'en principe les parties sont libres de rompre les pourparlers, il s'agit d'une simple faculté à être exercée sans faute. En absence de juste motif, l'analyse portera sur le comportement de la partie qui a rompu les pourparlers afin de vérifier s'il s'accorde avec les exigences de la bonne foi.

C - Les critères pour établir l'existence de motifs légitimes

Pour analyser l'existence d'un juste motif, on se base sur une conduite cohérente par rapport au cocontractant moyen, pour se sentir ou non dans le devoir de poursuivre les pourparlers. L'un des éléments importants est le moment dans lequel est apparu le motif de la rupture. S'il s'agit d'un motif déjà existant et connue des parties au moment de l'engagement des négociations, il sera difficile de le considéré comme juste. Le motif sérieux ou légitime de rupture est le plus souvent un fait révélé tardivement qui compromet l'avenir des relations d'affaires des futurs cocontractants ou qui fait obstacle à la conclusion du contrat.

On peut citer comme causes d'un abandon légitime des pourparlers, la détérioration de la situation financière du partenaire⁶⁶⁵, son incapacité à satisfaire des exigences techniques légitimes⁶⁶⁶, la non-réalisation de conditions clairement posées lors de l'ouverture de la négociation⁶⁶⁷, l'échec de la mise en place d'un financement particulier et l'avis défavorable d'un tiers habilité⁶⁶⁸, des contre-propositions du demandeur contraires aux objectifs essentiels de

⁶⁶⁵ Com. 4 avril 1995

⁶⁶⁶ Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-17.177, SCATV cl Sté Potier ; inédit.

⁶⁶⁷ Cass. com., 10 oct. 2000, inédit, n° 98-15.457, Sté Apart c/Sté Saab. Cass. com., 6 mai 1991, inédit, n° 88-13.848, Sté SERB c/ Sté Profidis.

⁶⁶⁸ Cass. civ. 1, 9 janv. 2007.

l'auteur de la rupture⁶⁶⁹ ; une conjoncture économique défavorable⁶⁷⁰ ; ou encore la rupture ou établissement de liens avec un groupe⁶⁷¹.

Un facteur important pour justifier la rupture est l'incertitude du contrat envisagé, révélée par des faits qui peuvent créer un important aléa sur la conclusion du contrat⁶⁷². C'est l'exemple d'une affaire concernant une artiste qui a été sollicitée pour un rôle dans un film mais qui a laissé en suspens son acceptation, sans jamais avoir « entretenu le producteur dans la certitude de son accord »⁶⁷³. Ici le facteur temps peut intervenir pour la caractérisation de la faute mais si, à la connaissance de deux partenaires, il existe des doutes sérieux sur la conclusion définitive du contrat, c'est le facteur aléa qui fait de la rupture un corollaire de la liberté de ne pas contracter. De même, le commencement précipité de la livraison des produits en exécution d'un accord qui n'était pas encore définitif, a été considéré par la Cour de cassation française comme une mesure imprudente et qui a évincé la responsabilité du responsable par la rupture⁶⁷⁴.

À ce propos, que la négociation se prolonge ne veut pas dire forcément qu'elle avance. Il se peut au contraire qu'elle piétine par suite d'un désaccord persistant qui va faire obstacle à la conclusion du contrat.⁶⁷⁵ L'interruption des négociations qui n'aboutissaient jamais, en vue de la production d'un film, a été considérée par la Cour de cassation comme « un usage normal de la liberté d'entreprendre »⁶⁷⁶, en vertu duquel, après un délai raisonnable « chacune des parties a pu reprendre sa liberté »⁶⁷⁷. C'est de toute évidence qu'il ne faut pas obliger un partenaire à continuer une négociation avec un autre s'ils ne s'entendent plus. Les négociations visent la conclusion d'un futur contrat et, pour que cela arrive, il faut la rencontre de deux volontés concordantes. Si elles sont discordantes, elles ne peuvent qu'assez difficilement se rencontrer. Ainsi, « la rupture d'un projet de société n'étant que le résultat inéluctable du

⁶⁶⁹ Cass. com., 29 janv. 2002, n° 98-19.800, Joachim Silveira c/ Sté Socpresse, inédit.

⁶⁷⁰ Cass. civ. 3, 14 juin 2000.

⁶⁷¹ Voir ANDRÉ M.-E., L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels, in Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz 1999, p. 23.

⁶⁷² CHAUVEL Patrick, Rupture de pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., Novembre 1996, p. 40.

⁶⁷³ CA Paris, 1^{re} chambre, 13 décembre 1984, RTDCiv. 1986, p. 97, note MESTRE Jacques ; CA Pau, 14 janvier 1969, D. 1969, p. 716.

⁶⁷⁴ Cass. com. 04 octobre 1982, JurisData : 1982-702028.

⁶⁷⁵ CHAUVEL Patrick, Rupture de pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., Novembre 1996, p. 40 ; voir CA Aix en Provence, 27 mars 1995, JurisData : 1995-041047.

⁶⁷⁶ Cass. civ. 2, 5 janvier 1994, n° 92-13.856, JurisData : 1994-000039 ; voir aussi CA Paris, 5 décembre 1991, JurisData : 1991-024434.

⁶⁷⁷ CA Orléans, 3 novembre 1989, JurisData : 1989-046185 ; CA Aix en Provence, 27 mars 1995, JurisData : 1995-041047.

désaccord profond des parties ne saurait engager la responsabilité délictuelle de l'une d'elles au titre de la rupture des pourparlers »⁶⁷⁸. Dans le même sens va la décision qui considère que les partenaires ne sont plus engagés parce que, dès le début des négociations, ils ne s'étaient pas accordés sur des points essentiels du futur contrat, c'est-à-dire, sur la surface à vendre et sur le prix unitaire à pratiquer⁶⁷⁹. Toute discussion ayant été vaine, c'est à juste titre qu'un partenaire s'est trouvé délié de tout engagement⁶⁸⁰. Même dans le cas où les partenaires étaient d'accord sur des éléments du futur contrat - la chose et le prix - du moment « qu'il n'y avait pas eu de rencontre de consentements sur la date de livraison du matériel ni sur le caractère préalable de la garantie bancaire à fournir - éléments que les deux sociétés tenaient pour substantiels - »⁶⁸¹ les parties ne peuvent pas être tenues par responsables en cas de rupture de pourparlers.

Il peut aussi advenir que la rupture soit différée par l'intérêt du partenaire, afin de lui épargner les désagréments d'une décision brutale. Enfin, la durée de la négociation peut déborder de la phase précontractuelle pour se poursuivre alors que le contrat a été partiellement exécuté. La persistance d'un désaccord résiduel sur les conditions de la convention est la marque d'une situation contractuelle, nécessairement provisoire et précaire. La prolongation excessive des discussions résulte assez souvent de l'impossibilité de trouver un terrain d'entente. Elle justifie alors la rupture à condition que celle-ci n'intervienne pas trop brutalement. Mais il se peut aussi que le report de la décision de rompre soit un sursis laissant au partenaire le temps de satisfaire les conditions proposées ou, à défaut, de trouver un autre cocontractant. Il en est ainsi dans la négociation ayant pour objet le renouvellement d'une convention.

En outre, si l'*intuitu personae* renforce sans aucun doute le devoir de loyauté, il peut constituer en même temps « un motif légitime de rupture des pourparlers »⁶⁸². On le vérifie lorsque les parties négocient une convention appelée à établir entre elles une relation d'affaires durable et confiante : contrat d'intégration commerciale au sein d'un réseau de distribution agréée, de franchise ou de concession, par exemple. L'abandon du projet de contrat se justifie alors par l'attitude peu coopérative d'une des parties. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en donne une illustration éclairante : il légitime la rupture par l'âpreté du candidat à la franchise, «

⁶⁷⁸ Cass. com. 18 décembre 1990, Rejet n° 89-15.838, JurisData : 1990-003753.

⁶⁷⁹ Cass. civ. 3, 22 mai 1996, n° 94-13.501, Sté ETPM c/ Sté civile Centra Park, inédit titré : Juris-Data n° 1996-002151. - Cass. civ. 3, 6 mai 1996, n° 94- 13.745, Garrigoux c/Jaouen, inédit.

⁶⁸⁰ CA Chambéry, 15 novembre 1994, JurisData : 1994-049717.

⁶⁸¹ CA Angers, 25 novembre 1992, JurisData : 1992-048656 ; CA Paris, 30 mai 1991, JurisData : 1991-022126.

⁶⁸² FRAIMOUT Jean-Jacques, Le droit de rompre des pourparlers avancés, GP, 31 mai 2000, p. 945.

laissant mal augurer de la passation d'un contrat de franchise par nature à exécution successive et intuitu personne »⁶⁸³. À quoi s'ajoute dans ce type de négociations l'exigence d'un partenaire qui soit « à la hauteur » et dont la solidité financière soit assurée⁶⁸⁴.

Également la force majeure peut également exclure la responsabilité de l'auteur de la rupture, comme l'a fait la jurisprudence dans le contexte de la guerre du Golfe⁶⁸⁵. En l'espèce la guerre du Golfe a été considérée comme un cas de force majeure « empêchant les sociétés françaises et koweïtiennes de se rencontrer, sans pour autant créer une obligation de reprise ultérieure des négociations ».

La référence à la bonne foi garantit le rattachement de la négociation à un système de responsabilité fondé sur la faute. Or celle-ci a pour corollaire la liberté de rompre tant qu'aucune faute n'est établie. Il n'y a rien à reprocher à celui qui a engagé les pourparlers sans malice et sans légèreté, décidant de se retirer après avoir contribué loyalement à la bonne marche de discussions. La période précontractuelle est le temps laissé à chaque acteur pour délibérer, se déterminer en fonction des propositions et contre-propositions échangées et vérifier leur congruence. La bonne foi consiste à user avec loyauté du pouvoir de séduction de la parole : ne pas tromper son interlocuteur, éviter de l'emmener dans un projet chimérique, mais également de lui laisser le temps de la réflexion, ce qui interdit de rompre brutalement la négociation.

Ainsi, quand on parle de liberté contractuelle, c'est en réalité surtout de liberté précontractuelle qu'il s'agit. Comme il n'y a pas de devoir général de conclure ni de favoriser la conclusion, la rupture de pourparlers ne saurait constituer la violation d'un devoir précontractuel. S'il peut y avoir une responsabilité précontractuelle, c'est parce qu'un devoir – par exemple un devoir de renseignement – a été violé avant la rupture. C'est cette violation, non la rupture, qui est l'acte générateur de responsabilité ; la rupture est uniquement l'un des événements à prendre en compte dans la détermination du dommage consécutif à cette violation. Étant précisé que l'absence de rupture peut assez souvent priver de toute conséquence dommageable la violation préalable d'un devoir précontractuel. La langue des prétoires fourmille d'expressions qui nous semblent susceptibles d'induire en erreur, telles «

⁶⁸³ CA Paris, 1^{er} juin 1995, JurisData : 1995-022850.

⁶⁸⁴ CA Paris 2 juillet 1997.

⁶⁸⁵ CA Paris, 19 janvier 1995, JurisData : 1995-020240.

rupture fautive des pourparlers » ou « rupture abusive », lesquelles donnent l'impression que ce serait la rupture qui constituerait la violation d'un devoir précontractuel.

SECTION 3 - LA RESPONSABILITE EN CAS DE VIOLATION D'UN DEVOIR DE RENSEIGNEMENT

Le devoir de renseignement anime depuis longtemps la doctrine. Il avait déjà été soulevé par Cicéron, au premier siècle avant Jésus-Christ, dans un exemple assez illustratif de la matière. Il utilise l'exemple d'un homme de bien qui a amené une grande quantité de blé au moment d'une forte famine chez les Rhodiens, accompagné d'une cherté extrême des denrées. Selon lui si cet homme « sait également qu'un bon nombre de marchands ont quitté Alexandrie et s'il a vu, au cours de la traversée, des navires chargés de blé, se dirigeant vers Rhodes, va-t-il le dire aux Rhodiens ou bien, grâce à son silence, va-t-il vendre son blé le plus cher possible ? ». Cette illustration permet de s'interroger sur la valeur morale du silence. Par l'intermédiaire d'un dialogue entre deux philosophes stoïciens saisis de cette question, Diogène de Babylone et Antipater, Cicéron nous donne son opinion. Diogène de Babylone, pense que ce marchand peut licitement dissimuler la connaissance qu'il a de l'arrivée des vaisseaux et vendre ainsi son blé à prix élevé. Il affirme que « le vendeur doit, dans la mesure où c'est déterminé par le droit civil, déclarer les défauts de la marchandise, mais pour le reste, agir sans traquenards, et puisqu'il vend, autant vouloir vendre le mieux possible ». Antipater, son disciple, estime à l'inverse « qu'il faut tout découvrir, en sorte que l'acheteur n'ignore absolument rien que connaisse le vendeur ». Il répond alors à Diogène : « que dis-tu ? Alors que tu dois veiller au bien des hommes et servir la société humaine, que tu es né avec cette loi et que tu possèdes ces principes de la nature - auxquels tu dois obéir et que tu dois suivre - selon lesquels ton intérêt est l'intérêt général et inversement, c'est toi qui dissimuleras aux hommes ce que s'offre à eux avantage et comme ressource ? ». Ce à quoi, Diogène de Babylone lui répond : « une chose est de dissimuler et autre chose est de se taire, et moi, en ce moment, je ne te dissimule rien, si tu ne te dis pas à quelle est la nature des dieux, quel est le terme des biens, choses qui te profiteraient plus une fois connues, que le bas prix du froment ; mais ce n'est point tout ce qu'il t'est utile d'entendre, qu'il m'est par le fait même obligatoire de te dire ». Antipater rétorque que « c'est au contraire obligatoire s'il existe entre les hommes un lien social naturel ». Diogène clos alors la conversation : « je m'en souviens, mais est-ce que ton lien social est tel que rien n'appartienne à chacun ? S'il en est ainsi, on ne doit même pas vendre quelque chose mais

donner ! ». Cicéron adopte la position d'Antipater : « tout ce qu'il t'arrive de taire, cela n'est pas dissimuler, mais tu dissimules lorsque tu veux, en vue de ton propre avantage, laisser ignorer ce que tu peux savoir, à ceux à qui il importe de le savoir. Or, qui ne voit quelle est la nature de cette façon de dissimuler et de quel homme c'est le fait ? Assurément, ce n'est pas d'un homme droit, franc, noble, juste d'un homme de bien mais plutôt d'un homme retors, rusé, trompeur, roué, madré, subtil. N'est-il pas inutile d'attirer sur soi tant de noms de vices et de plus nombreux encore ? ». ⁶⁸⁶

Le développement croissant du devoir de renseignement précontractuel suit le mouvement de moralisation du droit des contrats ⁶⁸⁷. À ce sujet, le devoir de se renseigner – *emptor debet esse curiosus* : l'acquéreur se doit d'être curieux – n'a plus toute sa force. Notre société a passé d'un modèle libérale, excessivement individualiste du XIX siècle ⁶⁸⁸ à un modèle socialiste ou moraliste, que Fleischer appelle « *Welfaristische Begründungsmuster* ». La moralisation du droit des contrats doit être considérée en liaison avec la théorie sociale ou solidariste des relations contractuelles ⁶⁸⁹. Comme conséquence de cette philosophie solidariste du contrat, on notera tout particulièrement le recul sensible du rôle de la volonté dans le processus contractuel ⁶⁹⁰. En ce qui concerne le devoir de renseignement, le terme moralisation désigne un mouvement de création de normes dérivées des principes de justice-égalité, de bonne foi-loyauté et de solidarité. L'égalité entendue ainsi, est en mesure d'inspirer l'accès égal à la connaissance aussi bien au niveau de la construction du projet contractuel, qu'au niveau de sa réalisation. C'est cette fonction comme instrument d'équilibre qui donne précisément au devoir de renseignement sa justification morale.

Malgré le silence des textes du Code civil sur la phase précontractuelle, un devoir général de renseignement a été développé par la jurisprudence. À cet effet, le devoir

⁶⁸⁶ CICERO Marcus Tullius, Les offices de Cicéron, Traduction de M. de Barrett, Paris, 1807, 5^e éd., Éditions H. Barbou, p. 358 et s.

⁶⁸⁷ Pour un aperçu générale: BOYER Yves, L'obligation de renseignements de la formation du contrat, thèse, Aix-en-Provence, 1977 ; THUNIS Xavier, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, Mélanges Michel Cabrillac, Éd. Dalloz/Litec, 1999, p. 313 ; LEGRAND Pierre, Pre-contractual disclosure and information: english and french law compared, in 6, Oxford Journal Legal Studies, 1986, n° 322, p. 348 ; NICHOLAS Barry, The pre-contractual obligation to disclose information, in Harris & Tallon, Contract Law Today. Anglo-French Comparisons, Oxford, 1989, pp. 151-166.

⁶⁸⁸ JUGLART Michel de, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTDCiv., 1945, p. 1.

⁶⁸⁹ Pour un exposé de cette nouvelle culture contractuelle, voir MAZEAUD Denis, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in Mélanges offerts à François Terré, Dalloz, publication et édition du Jurisclasseur, 1999, p. 603 et s.

⁶⁹⁰ JAMIN Christophe, Quelle nouvelle crise du contrat?, in JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 13.

d'information a pris appui sur la notion de loyauté et de bonne foi dans les relations contractuelles, prévue à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Un lien est ainsi nettement établi entre le devoir de loyauté du dirigeant et l'existence d'une obligation d'information précontractuelle dans les cessions de titres sociaux⁶⁹¹. À plusieurs reprises la Chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé l'existence d'un devoir de loyauté des dirigeants sociaux à l'égard « de tout associé »⁶⁹².

Ce devoir de renseignement exige que les précontractants fournissent les informations utiles sur l'opportunité de la conclusion du contrat⁶⁹³. Il implique une clarification de la portée des obligations respectives des parties, permettant aux futurs contractants de mesurer la portée et la nature de leurs engagements.

On peut identifier deux composants principaux du devoir de renseignement. Le premier est le devoir d'informer activement, de façon exacte et complète, les faits qui peuvent contribuer à la formation de la volonté de l'autre partie. Le deuxième est le devoir de vérité, consistant en un devoir négatif de s'abstenir de communiquer des informations inexacts sur des faits essentiels au consentement de l'autre partie.

Sont conditions nécessaires pour la configuration de ce devoir, selon Ghestin,⁶⁹⁴ le fait que l'une des parties connaisse ou doive connaître l'information, particulièrement en raison de ses aptitudes professionnelles, et qu'elle sache de l'importance de cette information pour l'autre partie. En outre, il faut que l'autre partie soit dans l'impossibilité de s'informer par ses propres moyens ou qu'elle puisse légitimement faire confiance à son cocontractant en raison de la nature du contrat et de la qualité professionnel de celui-ci⁶⁹⁵. La preuve de l'exécution du devoir de renseignement est établie selon le droit commun, la Cour de cassation énonçant que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ».⁶⁹⁶

⁶⁹¹ GODON Laurent et LEYGONIE Alain Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté, *Rev. sociétés* 2007, n°3, p. 519 ; et LE TOURNEAU Philippe, Existe-t-il une morale des affaires ?, in *La morale et le droit des affaires*, Centre de droit des affaires de Toulouse, Montchrestien, 1996, p. 7 et s.

⁶⁹² Cass. com. 27 févr. 1996, Vilgrain ; Cass. com., 12 mai 2004, Beley.

⁶⁹³ Cf. FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n°s 11 et 471.

⁶⁹⁴ GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, p. 646.

⁶⁹⁵ Cass., 25 fév. 1986, Bull. 1986, IV, n° 33, p. 28.

⁶⁹⁶ Cass. civ. 1, 25 fév. 1997, GP, 1997, 1, 274, rapp. SARGOS.

Nous avons vu précédemment que la rupture de pourparlers peut être causée par la violation du devoir de renseignement, un renseignement insuffisant ou incorrect empêchant la conclusion du contrat. Mais le devoir de renseignement présente toute son importance dans les hypothèses où le contrat a été conclu, soit dans les cas où le contrat est annulé à cause d'un vice lié au renseignement, soit dans les cas où, tout en restant valide, il cause des préjudices par la façon comment il a été conclu.

En effet, il arrive souvent que la faute consistant en une information incorrecte donnée pendant les négociations ne soit découverte qu'après conclusion du contrat.⁶⁹⁷ Un auteur cependant, estime que la responsabilité contractuelle doit prévaloir dans la matière⁶⁹⁸. Il affirme que le contrat à vocation, une fois conclu, à s'étendre et à prendre en charge les relations précontractuelles. Ainsi, que l'on soit en présence d'un manquement à une obligation de renseignements ou de tout autre manquement à une obligation contractuelle, la sanction devrait être de nature contractuelle, si ces fautes manifestent leurs effets lors de l'exécution du contrat. On a parfois justifié, notamment en droit allemand⁶⁹⁹, la qualification contractuelle par l'existence d'un avant-contrat de conseil tacite. C'est notamment Jhering qui fut à l'origine de cette thèse de la responsabilité contractuelle à propos des négociations précontractuelles⁷⁰⁰, où le domaine contractuel est étendu à la phase précontractuelle. Selon M. Lassale, cette position reste cependant marginale⁷⁰¹ et seule l'allocation de dommages et intérêts peut être envisagée pour réparer la violation de l'obligation précontractuelle de renseignements. La modification judiciaire des stipulations contractuelles et la réparation en nature sont à exclure. À juste titre, le droit français n'a pas retenue cette théorie, toute faute commise dans la période précontractuelle devant être une faute de nature délictuelle et devant être sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Mme Fabre-Magnan a proposé une autre variante de la distinction entre les exigences d'information dans les phases précontractuelle et contractuelle. Elle propose de remplacer une distinction purement chronologique par une distinction fonctionnelle « selon l'intérêt de l'information pour son destinataire ou, en d'autres termes, selon les conséquences de

⁶⁹⁷ LASSALE Bernard, *Les pourparlers*, RRJ, 1994, p. 879.

⁶⁹⁸ HUET Jérôme, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse Paris II, 1978.

⁶⁹⁹ FERRAND Frédérique, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, n^{os} 264 et s.

⁷⁰⁰ VON JHERING Rudolf, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfection gelangten Verträgen*, *Iheringsjahrbücher IV* (1861), p. 1 et s. ; traduction in O. de Meulenaere, *Oeuvres choisies*, Paris, 1893, I, p. 1 et s.

l'inexécution de l'obligation d'information pour son créancier »⁷⁰². Elle oppose d'une part les obligations d'information qui ont pour objet de permettre à une personne d'exprimer un consentement éclairé, sanctionnées par la nullité de l'acte juridique ainsi que la responsabilité délictuelle, et, d'autre part, celles qui cherchent à assurer une exécution satisfaisante du contrat, sanctionnées, quant à elles, par la responsabilité contractuelle.

Nous croyons, cependant, que la responsabilité délictuelle devrait être le seul fondement de la responsabilité précontractuelle. Ainsi, une partie ne pourrait pas invoquer l'exception d'inexécution en arguant du manquement du partenaire à une obligation précontractuelle. Autrement dit, elle ne devrait pas pouvoir justifier l'inexécution d'obligations, notamment contractuelles, afin de sanctionner des engagements précontractuels. *L'exceptio non adimpleti contractus* s'inscrivant dans l'exécution du contrat, il ressort une limite théorique difficilement franchissable à la passerelle entre les deux formes de responsabilité. Un tel moyen avait été invoqué, sans succès, devant la Cour de cassation⁷⁰³.

Dans les hypothèses que nous envisageons ici, il n'existe pas d'obligation contractuelle de renseignements entre les négociateurs. Mais les principes de coopération et de protection de la confiance légitime, dérivés de la bonne foi, comportent un devoir de renseignement à la charge des parties pendant les pourparlers. Il est ainsi possible d'établir, dans ce genre de cas, la responsabilité du défendeur, pourvu que cette faute précontractuelle ait causé le dommage au partenaire. Le préjudice que la victime subit dans cette hypothèse sera le plus souvent la perte d'avantages économiques en raison de la conclusion du contrat à des conditions autres que celles qu'elle aurait acceptées en l'absence de faute.

Participent au devoir de renseignement certains corollaires de ne pas induire le partenaire en erreur, de lui donner des informations complètes et d'omettre de transmettre les faits de façon ambiguë ou contradictoire. Bien qu'en d'autres temps le silence ne pouvait que rarement entraîner la responsabilité, aujourd'hui le droit civil est plus attentif aux inégalités informationnelles et il impose une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une situation informationnelle vulnérable. Pour résumer, l'obligation de renseigner s'impose au professionnel lorsque son client lui fait légitimement confiance quant à

⁷⁰¹ LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRJ, 1994, p. 881.

⁷⁰² FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie. Thèse, 1992, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, n^{os} 281 et s.

l'obtention de renseignements. Un client sera en droit de s'attendre à ce qu'un renseignement relevant de la compétence – ou de l'intégrité – d'un professionnel lui soit communiqué, dans la mesure où il y est intéressé. La bonne foi, en effet, commande que les faits pertinents soient mis à la connaissance des intéressés.

La juxtaposition avec le devoir de négocier conformément à ses véritables intentions est éclairante, car ce devoir consiste en bonne part dans celui de renseigner le partenaire au sujet de ses propres intentions. L'illustration la plus simple est la situation où une partie se rend compte en cours de négociations qu'elle n'a plus d'intérêt à l'affaire et donc plus d'intention de conclure : la rupture, qui est exigée par la bonne foi, revient exactement à informer le partenaire qu'on ne conclura pas. Ce qui est ainsi mis en exergue, c'est que la partie ne doit pas tromper le partenaire sur les paramètres de la décision de conclure. En particulier, elle ne doit pas cacher des éléments qui sont des limites à sa décision de conclure, car cela peut inciter le partenaire à surestimer les chances de conclure avec elle et de ce fait, notamment, à renoncer à chercher des affaires alternatives. Bien entendu, l'appréciation du juge doit tenir compte des nécessités pratiques de la vie commerciale, ainsi celle de ne pas dévoiler d'emblée au partenaire de négociations tous les paramètres de sa décision, notamment quant au prix, ou celle de ne pas mettre en évidence tous les obstacles possibles à la conclusion de l'affaire. Il reste que ces nécessités pratiques ne sauraient signifier le droit de tromper le partenaire.

Cependant, l'obligation de renseigner ne se limite pas à ses propres intentions, mais concerne aussi les faits importants pour l'autre partie. La responsabilité précontractuelle suppose que l'on cache à l'autre partie quelque chose qu'elle ne connaît pas et n'est pas tenue de connaître, ou encore que l'on s'abstienne de redresser une erreur que l'on a pu constater chez elle. La règle selon laquelle il faut redresser une erreur constatée chez l'autre contredira parfois la règle selon laquelle une partie n'a pas à renseigner son partenaire sur ce qu'il devrait savoir lui-même. Cette obligation de redresser une erreur constatée chez l'autre, soit un devoir de détromper, présente l'intérêt de concerner des situations où, si la partie ne le respecte pas, elle commet en principe un dol par omission, puisqu'elle sait que son partenaire se trompe et exploite intentionnellement cet état de fait.

⁷⁰³ Cass. com., 28 nov. 1995, pourvoi n° 93-21123, Inédit.

Il convient d'abord établir la relation entre le devoir précontractuel de renseignement et les vices du consentement (§1), ce qui va nous aider à déterminer plus précisément l'objet de ce devoir (2). Ensuite, nous allons discerner les subtilités que distinguent le devoir de renseignement proprement dit des devoirs de conseil et de mise en œuvre (§3). D'autres devoirs liés indirectement au renseignement peuvent aussi jouer un rôle assez important dans la phase précontractuelle (§4). Enfin, nous allons démontrer que si les devoirs liés au renseignement trouvent actuellement une grande expansion dans le domaine précontractuel, certaines circonstances vont alléger, voire évincer, l'engagement de la responsabilité (§5).

§1 - Le devoir de renseignement déduit d'une nouvelle configuration des vices du consentement

L'approche de ce rapport entre les vices du consentement et le devoir précontractuel de renseignement est complexe de par la multiplicité des types de situations où leur violation joue un rôle, les conséquences en matière de détermination du dommage étant chaque fois différentes. Suite à la violation d'un devoir précontractuel de renseignement, le contrat peut être conclu avec un vice puis annulé lorsque la victime le découvre ; mais la victime peut aussi préférer maintenir le contrat, le dommage étant alors différent sans que cela ne change quoi que ce soit à la violation du devoir précontractuel commise préalablement par l'autre partie ; et si la victime perçoit son erreur ou la tromperie avant de conclure, elle rompra d'ordinaire les pourparlers. Les comportements ou les faits survenus pendant la période précontractuelle sont ainsi susceptibles d'être invoqués ultérieurement, une fois le contrat définitivement conclu ou l'invalidité du contrat déclarée, pour engager la responsabilité précontractuelle des parties.⁷⁰⁴

Dans ce sens, certains auteurs dénoncent l'excessif déclin de l'autonomie de la volonté à cette montée du solidarisme⁷⁰⁵. À notre avis, cette affirmation n'est pas correcte. Pour que les parties puissent négocier librement un contrat selon leurs intérêts, les volontés ne peuvent pas être tachées d'un vice. Les intérêts d'une partie ne pourront pas être satisfaits si son consentement se fonde sur de fausses présomptions. Il est ainsi probable que si la victime

⁷⁰⁴ Les vices du consentement reposent sur trois piliers : l'erreur, la violence et le dol. Cette présentation révèle d'emblée un défaut de méthode, puisque sont mis sur le même plan le vice *stricto sensu*, état psychologique caractérisé chez le débiteur - représenté ici par l'erreur - et le comportement qui en est à l'origine - le dol et la violence. Il y a d'ailleurs lieu de regretter l'absence de correction apportée sur ce point par les rédacteurs des avant-projets Catala et Terré. Cette formulation nourrit en effet un débat sur le fait de savoir si le dol doit ou non avoir nécessairement provoqué une erreur. Or, une réponse positive doit normalement être apportée conduisant à affirmer que seul l'erreur et la crainte vicient le consentement.

⁷⁰⁵ ALISSE Jean, L'obligation de renseignements dans les contrats, Paris 1975, p. 10.

connaissait les informations correctes, elle n'aurait pas contracté ou elle l'aurait fait autrement. Ainsi, en protégeant la libre expression des volontés des parties, le devoir de renseignement protège également l'autonomie de la volonté. Le devoir de renseignement va permettre aux précontractants d'exercer pleinement leurs autonomies de la volonté en conformité avec leurs intérêts, de façon rationnelle et réfléchie. Cette fonction est bien entendu aussi assurée par la protection contre les vices du consentement, d'où l'étroite relation entre le devoir de renseignement précontractuel et les vices du consentement.

La jurisprudence du BGH allemand⁷⁰⁶, considère que la protection du consentement et de la volonté exprimée n'est pas une fonction de la responsabilité précontractuelle, mais seulement des vices du consentement, puisque ces derniers protègent la liberté de la décision de contracter, tandis que la responsabilité précontractuelle protège uniquement le patrimoine. Il serait alors toujours nécessaire un dommage patrimonial pour engager la responsabilité précontractuelle de celui qui a violé le devoir de renseignement.

Il nous semble pourtant indéniable que le devoir de renseignement exerce une fonction protectrice du consentement et de la volonté des parties. Le lien de causalité entre la violation du devoir de renseignement et le préjudice vérifié après la conclusion du contrat est évident. Le dommage ne survient qu'à cause du manque d'information et du fait que le consentement a ainsi été vicié. De surcroît, on peut considérer que l'engagement à un contrat qui n'a pas été souhaité configure déjà un dommage puisque la contrepartie ne correspondra pas à celle recherchée par la victime. Même si le prix est équivalent à celui négocié, le contrat ne sera pas apte à réaliser l'utilité espérée par la victime et se rendra partiellement inutile ou inefficace à telle fin.

Selon Grigoleit⁷⁰⁷, le devoir de renseignement protège effectivement la liberté contractuelle. Selon lui, personne doit être liée à un contrat qui n'a pas été consenti seulement parce qu'il ne cause pas un dommage patrimonial. La qualification du lien contractuel comme un dommage serait la meilleure solution, en conformité avec l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle. Canaris affirme aussi que la liberté contractuelle matérielle est protégée par la responsabilité précontractuelle, dans les cas d'induction négligente en erreur.⁷⁰⁸ La

⁷⁰⁶ BGH 26 septembre 1997, JZ 1998, pp. 1173 à 1176.

⁷⁰⁷ GRIGOLEIT Christoph, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, p. 902.

⁷⁰⁸ CANARIS Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 2000, p. 320.

doctrine française reconnaît aussi le devoir de renseignement comme un moyen de protéger le consentement. Dans ce sens, il représente une mesure préventive de protection des consentements. La jurisprudence française a, en effet, développé des devoirs de renseignements à partir des vices du consentement, élargissant l'interprétation des articles 1110 et 1116 du Code civil. La doctrine et la jurisprudence utilisent parfois indifféremment les notions de responsabilité précontractuelle et de vices de consentement. Cependant, il convient de distinguer les hypothèses où une faute précontractuelle peut engendrer un vice de consentement et, par conséquent, une action en responsabilité délictuelle, des hypothèses où seule une action en annulation sera possible. Mme Schmidt précise que « la sanction des fautes précontractuelles se révélant après la conclusion de l'accord ne s'identifie pas à la seule sanction de l'inobservation des conditions de formation prescrites par la loi »⁷⁰⁹.

Si la fourniture d'un renseignement inexact ou incomplet est intentionnelle, elle relève du dol par commission et peut amener à l'annulation du contrat. Si elle est le fruit d'une négligence, elle peut donner lieu à une erreur essentielle ; mais elle peut aussi concerner un élément secondaire au point de conduire à une erreur qui ne puisse pas être qualifiée d'essentielle, donnant tout même droit à dommages et intérêts. Une autre cause de nullité est la rétention d'un renseignement sur un fait que l'autre partie ignore et qui, si elle le connaissait, modifierait profondément ses intentions de contracter.

En effet, si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre, le silence doit être moralement et juridiquement sanctionné. Tel est le rôle joué par la réticence dolosive. Elle consiste non pas à dire quelque chose que l'on sait être faux mais à taire un fait avéré susceptible de pouvoir intéresser l'autre pour sa décision de contracter. La violation du devoir précontractuel de renseignement représente l'élément matériel du dol par réticence. En ce sens, sont hautement significatives les décisions de jurisprudence où l'on voit la réticence dolosive déduite du seul manquement au devoir de renseignement, sans avoir besoin de prouver l'intention de tromper⁷¹⁰. De son côté, la réticence

⁷⁰⁹ SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna, La sanction de la faute précontractuelle, RTDCiv., 1974, p. 62.

⁷¹⁰ Cass. civ. 1, 15 mai 2002, JCP G 2002, IV, 2087 ; CCC, 2002, n° 135, obs. LEVENEUR Laurent ; JCP G 2002, 1, 184, obs. LABARTHE Françoise ; dans le domaine du contrat médical, voir l'arrêt fondateur Cass. civ. 1, 25 févr. 1997, JCP G 1997, I, 4025, obs. VINEY Geneviève ; RTDCiv., 1997, p. 434, obs. JOURDAIN Patrice.

dolosive, rend inopérant le devoir de s'informer car la « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée »⁷¹¹.

Le dol se caractérise par des manœuvres volontaires intentées par le contractant dans le but de faire contracter son partenaire en l'induisant en erreur. En droit romain, on distinguait le *dolus malus* du *dolus bonus*⁷¹². Le premier se caractérisait par des manœuvres frauduleuses tandis que le second apparaissait par le biais d'arguments, seul le *dolus malus* était sanctionné. Le *dolus bonus* s'avérait tout à fait légal. Il est aujourd'hui admis que ne sont pas répréhensibles les mensonges qui entrent dans la catégorie du *dolus bonus* c'est-à-dire des exagérations usuelles dans les relations d'affaires. L'action en annulation est donc rejetée dès lors que l'exagération commise est habituelle dans les pratiques commerciales.

Cependant, aujourd'hui dans un but de protection de certains cocontractants, les arguments de vente sont sanctionnés si mensongers ou si les parties n'ont pas fourni à leurs partenaires les informations nécessaires pour que leurs consentements soient intacts. La jurisprudence a admis le dol par réticence qui se caractérise par le silence d'une partie afin d'exploiter l'ignorance de l'autre dans l'objectif de le tromper. Il s'agit d'une consécration victimiste de la réticence dolosive, laissant certains auteurs craindre la fin du *dolus bonus*. Dans cette conception se positionne un courant doctrinal plus enclin à une vision solidariste du lien contractuel et de sa formation. Ce courant rattache la réticence dolosive à la conception traditionnelle du dol, celle de la sanction de la mauvaise foi. L'idée maîtresse qui sous tend cette jurisprudence est la dominance essentielle et perpétuelle de la faute intentionnelle de l'auteur du dol sur l'éventuelle faute d'une victime qui s'est laissée abuser.

C'est une nouvelle affirmation que si le silence peut être considéré comme un élément matériel « léger » du dol, le caractère intentionnel de celui-ci comble cet aspect lacunaire par une négation de la nécessité de bonne foi. C'est alors poser en principe que la réticence dolosive est une forme normale du dol, au même titre que l'erreur ou le mensonge. Certains auteurs la laissant se matérialiser en une sorte de mensonge par omission en tant que manquement à la bonne foi.

⁷¹¹ Cass. civ. 3, 21 févr. 2001, JCP G 2001, 1, 330, n° 10, obs. A. Constantin ; Defrénois, 2001, 37365, obs. LIBCHABER Rémy ; D. 2001, p. 2702 ; obs. MAZEAUD Denis et somm. p. 3236, obs. AYNES Laurent ; JCP G, 2002, I, 10027, note JAMIN Christophe.

⁷¹² Digeste, 4.3. 1.2-3.

Cette notion se trouve déjà de nos jours fortement encadrée par le développement de la législation, notamment en matière de droit de la consommation⁷¹³, mais aussi dans d'autres domaines comme le droit des assurances, le commerce électronique, des offres publiques et les services de paiement⁷¹⁴, et ne dispose donc plus véritablement en elle-même de portée générale. Elle s'inscrit ainsi dans le cadre de l'obligation de renseignement précédemment évoqué.

En outre, il ne faut pas oublier que le *dolus bonus* est une notion qui s'évalue dans l'esprit de son auteur, mais qui peut aussi prendre en compte la condition de « professionnel avisé » de son destinataire. Ainsi, les secrets d'affaires et les arguments encadrés dans le *dolus bonus* doivent toujours être protégés par le juge quand il s'agit des relations commerciales entre professionnels.

On peut légitimement se demander jusqu'à quel point la jurisprudence tend-elle à consacrer la réticence dolosive comme une forme normale et systématisée de dol. L'évolution de la matière contractuelle invite à s'interroger sur l'avenir qui peut être raisonnablement offert à la notion de réticence dolosive, c'est-à-dire au silence comme vice du consentement.

En effet, le développement des devoirs précontractuels peut avoir deux conséquences différentes selon que les arrêts sont rendus ou non sous le visa de l'article 1116 du Code civil. Dans l'hypothèse où la jurisprudence fait application de l'article 1116, la notion de dol se trouvera élargie à des situations où fait défaut toute volonté de tromper. Le juge s'engage alors dans une voie dangereuse qui pourrait avoir pour aboutissement l'éclatement de la notion de dol par réticence : plus qu'un simple élément constitutif, l'intention dolosive est au cœur de la notion de réticence dolosive. En son absence, plus rien ne permet de distinguer l'abstention légitime de la

⁷¹³ Directive 2008/48/CE, du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs ; directive 90/314/CEE, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ; directive 2008/122/CE, du 14 janvier 2009, relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange ; directive 97/7/CE, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ; directive 85/577/CEE, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

⁷¹⁴ Directive 2002/65/CE, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ; directive 90/619/CEE, du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services ; directive 92/96/CEE, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie ; directive 2000/31/CE, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ; directive 2003/71/CE, du 4 novembre 2003, concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation ; directive 2004/25/CE, du 21 avril 2004, concernant les offres

cause d'annulation. À l'inverse, dès lors que le juge s'émancipe du fondement légal, il abandonne à la notion nébuleuse de bonne foi l'appréhension des comportements du créancier qui viseraient à ôter une part de liberté au débiteur. Une distribution des rôles fondée sur les différences de nature des sanctions reste alors la seule solution pour laisser intacte toute sa raison d'être à la notion de dol. Seul le dol, vice du consentement, peut provoquer l'annulation de la convention. La violation du devoir de renseignement précontractuel aura pour unique conséquence l'application de l'article 1382 du Code civil.

La doctrine révèle, en fait, que l'assimilation pure et simple de la violation du devoir de renseignement à la réticence dolosive n'est pas sans inconvénient⁷¹⁵. Outre le risque qu'elle comporte de faire perdre au dol, vice du consentement, son caractère de délit civil⁷¹⁶, elle est source de décisions divergentes et contradictoires. À cet égard, certains auteurs n'ont pas manqué d'afficher leur opposition à ce manque de cohérence⁷¹⁷. Pourtant, la Cour de cassation a confirmé récemment par quelques arrêts les divergences de régime qui distingue la réticence dolosive de celle de dol principal. Le dol à la formation du contrat, prévu par l'article 1116 du Code civil, est rapporté en présence de manœuvres frauduleuses ayant vicié le consentement d'une des parties contractantes.

Le dol est considéré comme principal dès lors que le cocontractant n'aurait pas contracté en l'absence des manœuvres dolosives. Il est considéré comme incident lorsque, en l'absence de telles manœuvres, le cocontractant aurait tout de même contracté, mais à des conditions différentes⁷¹⁸. Le préjudice que la victime subit à cause d'une faute précontractuelle sera le plus souvent la perte d'avantages économiques en raison de la conclusion du contrat à des conditions autres que celles qu'elle aurait acceptées en l'absence de faute. L'intérêt de la distinction est déterminant : les modalités de preuve du dol, ainsi que les sanctions envisageables, diffèrent selon que celui-ci est principal ou incident⁷¹⁹. Rappelons en effet que le

publiques d'acquisition ; directive 2007/64/CE, du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

⁷¹⁵ BURGARD Marlène, Le dol précontractuel : cumul de l'action en nullité et en responsabilité civile (Cass. civ. 1, 25 juin 2008), LPA, 13 août 2008 n°162, p. 19.

⁷¹⁶ GHESTIN Jacques, Traité de droit civil: La Formation du contrat, 1993, 3^e éd., n° 570 et s.

⁷¹⁷ FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, Droit civil, Les obligations, Sirey, 12^e éd., 2006, t. 1, n° 214 ; BÉNABENT Alain, Droit civil, Les obligations, 11^e éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2007, n° 89.

⁷¹⁸ ANDRÉANI Joseph, L'obligation précontractuelle d'information, alpha et oméga du régime probatoire du dol incident ?, note sur Cass. civ. 1, 28 mai 2008, Société Le Parc des renardières, LPA, 05 août 2008 n° 156, p. 21.

⁷¹⁹ CHANTEPIE Gaël, La lésion, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 467, LGDJ, 2006, p. 174.

dol principal entraîne la nullité du contrat, tandis que le dol incident n'entraîne que l'allocation de dommages et intérêts, équivalant par exemple à une réduction du prix.

Bien entendu, l'octroi de dommages et intérêts peut intervenir au moyen d'une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil, que l'action en nullité pour dol n'exclut pas⁷²⁰. Ainsi, comme nous enseigne M. Mazeaud, le dol commis lors de la conclusion d'un contrat ouvre à la victime une action en annulation du contrat et autre en responsabilité précontractuelle : « si la victime du dol peut exercer cumulativement les deux action »⁷²¹, sans que puisse lui être opposée la règle du non-cumul⁷²², « elle peut aussi, selon son intérêt bien compris, choisir d'exercer seulement une action en responsabilité »⁷²³, non seulement lorsque l'action en nullité est elle-même recevable⁷²⁴, mais aussi encore lorsqu'elle ne l'est plus, « soit parce qu'elle est prescrite⁷²⁵, soit parce que la victime a renoncé à l'exercer⁷²⁶, soit parce que celle-ci s'est désistée »⁷²⁷.

Si, d'une part, le dol principal peut amener à l'annulation du contrat, puisqu'il a conditionné de façon déterminante la décision de conclure le contrat⁷²⁸ ; d'autre part, la faute précontractuelle, qui peut être dans certains cas à l'origine d'une erreur, n'est sanctionnée que par l'octroi de dommages et intérêts et elle n'influence, en principe, de façon déterminante la décision de conclure le contrat. Ainsi, la faute précontractuelle consistant dans un renseignement inexact sera toujours sanctionnée par dommages et intérêts⁷²⁹, tandis que le dol principal entraîne, en plus des dommages et intérêts, la nullité du contrat dont le consentement a été vicié⁷³⁰.

⁷²⁰ Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-21616, Société Phone Pratique c/ Société SFR ; BEHAR-TOUCHAIS Martine, De la sanction de l'obligation d'information précontractuelle, RDC, 01 juillet 2009, n 3, p. 1150 ; Cass. com., 15 janvier 2002, pourvoi n° 99-18774, Bull. civ. IV, n° 11.

⁷²¹ En ce sens, Cass. civ. 1, 14 nov. 1979, D. 1980, IR, p. 264, note GHESTIN Jacques, RTDCiv. 1980, p. 763, obs. CHABAS François.

⁷²² En ce sens, Cass. com., 15 janv. 2002, RTDCiv. 2002, p. 290, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand.

⁷²³ MAZEAUD Denis, RDC, 01 octobre 2008 n° 4, p. 1118, note sous Cass. civ 1, 28 mai 2008.

⁷²⁴ En ce sens, Cass. civ. 1, 14 mars 1972, D. 1972, p. 653, note GHESTIN Jacques, Defrénois, 1973, 446, obs. AUBERT Jean-Luc.

⁷²⁵ En ce sens, Cass. civ. 1, 4 févr. 1975, Defrénois 1975, 1532, obs. J.-L. Aubert, RTDCiv. 1975, p. 537, obs. DURRY Georges ; Cass. civ. 1, 25 juin 2008, n° 07-18.108.

⁷²⁶ En ce sens, Cass. civ. 1, 4 oct. 1988, Defrénois 1989, 757, obs. AUBERT Jean-Luc.

⁷²⁷ Cass. com., 18 oct. 1994, Defrénois 1995, 332, obs. MAZEAUD Denis.

⁷²⁸ Cass. civ. 1, 08 octobre 2009, pourvoi n° 08-14405, inédit.

⁷²⁹ VANWIJCK-ALEXANDRE Michèle, La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats, Annales de Droit de Liège, 1980, p. 72.

⁷³⁰ SCHMIDT Joanna, La négociation du contrat international, DPCI, 1983, p. 255.

À ce propos, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 28 mai 2008, distingue leur régime respectif. En l'espèce, l'acquéreur d'un immeuble avait assigné son vendeur en réduction du prix de vente au motif que celui-ci avait, lors de la négociation du contrat, gardé le silence sur un projet de construction qui aurait pour effet d'occulter la vue de son appartement. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi du vendeur, contre la décision de la Cour d'appel qui lui avait condamné à des dommages-intérêts en se fondant sur la réticence dolosive, au motif que « la Cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande tendant à l'annulation de la vente, a pu, sans avoir à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel de la réticence qu'elle constatait et qui s'analysait aussi en un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur, allouer des dommages-intérêts à l'acquéreur en réparation de son préjudice ». ⁷³¹

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne d'un arrêt rendu le 28 juin 2005, aux termes duquel la Chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » ⁷³². En dehors des régimes légaux particuliers, le non-respect de l'obligation d'information permet, le cas échéant, de demander l'annulation du contrat. Toutefois, cela n'a rien de systématique. Il n'en ira ainsi que lorsqu'il en résulte un dol. À défaut, le principe de bonne foi, sur lequel est fondée le devoir précontractuel de renseignement, autorise uniquement des dommages et intérêts ⁷³³ pour réparer cette faute précontractuelle de nature délictuelle ⁷³⁴. Étant donné que le caractère intentionnel du dol doit être rapporté uniquement pour le cas d'un dol principal, entraînant l'annulation du contrat, la preuve de la violation du devoir de renseignement sera plus facilement établie en cas de dol incident ⁷³⁵.

On mesure alors la profonde différence entre l'action en nullité pour dol et l'action en responsabilité précontractuelle. Alors que la première suppose nécessairement, pour produire ses effets, que le contractant qui se prétend victime d'un vice du consentement démontre que la faute de son cocontractant qui a provoqué son erreur était intentionnelle, la seconde prospérera

⁷³¹ Cass. civ. 1, 28 mai 2008 pourvoi n° 07-13487, LEDC, juillet 2008, p. 3, obs. DESHAYES Olivier.

⁷³² Cass. com., 28 juin 2005, Dr. et patr., oct. 2005, p. 93, obs. STOFFEL-MUNCK Philippe, RTDCiv. 2005, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand.

⁷³³ Par ex. Cass. civ. 1, 15 mars 2005, n° 01-13.018.

⁷³⁴ Voir CA Saint-Denis de la Réunion, 26 janv. 1993, JCP 1994. II. 22299, note GOUYON.

⁷³⁵ JAMIN Christophe, note sous Cass. civ. 3, 17 janvier 2007, JCP G. 2007. II. 10042.

indépendamment de la preuve du caractère intentionnel de la faute. Cette solution est logique puisque l'article 1382 du Code civil, sous lequel se fonde l'action en responsabilité, n'exige pas une faute intentionnelle. Une simple négligence suffit à justifier la condamnation de son auteur. On quitte ainsi le domaine du dol pour entrer dans celui de la simple faute, qui peut consister dans la violation d'une obligation d'information⁷³⁶.

Les juristes européens pourront également se rapporter aux dispositions des travaux d'harmonisation. Cette différence de régime entre les deux actions, qui réside dans l'élément intentionnel de la faute, est expressément consacrée par le DCFR⁷³⁷.

En effet, l'article II.- 7:204 du DCFR énonce que « (1) la partie qui a conclu le contrat sur la foi raisonnable d'une information inexacte donnée par l'autre partie au cours des négociations a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice qui en est résulté lorsque le fournisseur de l'information (a) croyait l'information inexacte ou n'avait pas de motifs raisonnables de croire qu'elle était exacte, (b) et savait ou pouvait raisonnablement savoir que le destinataire se fierait à l'information pour décider de conclure ou non le contrat dans les termes agréés par lui. (2) Le présent article s'applique même en l'absence de droit à l'annulation du contrat ».

Et l'article II. - 7: 205 du DCFR indique justement quelques critères permettant de cerner la réticence dolosive : « (1) Une partie peut provoquer la nullité du contrat lorsque l'autre partie l'a incitée à conclure celui-ci par des manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, ou par l'omission dolosive des informations qu'elle devait fournir avant la conclusion du contrat conformément à la bonne foi. (2) Une présentation déformée de la réalité est dolosive lorsqu'elle est faite en sachant ou en croyant que cette présentation est fausse et qu'elle vise à induire son destinataire à commettre une erreur. Un défaut d'information est dolosif lorsqu'il vise à induire la personne à laquelle l'information est dissimulée à commettre une erreur. (3) Pour établir si la bonne foi commandait à une partie de révéler une information particulière, on a égard à toutes les circonstances, notamment (a) le point de savoir si la partie avait des connaissances techniques spéciales, (b) ce qu'il lui en a coûté pour se procurer l'information en

⁷³⁶ GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, spéc. n° 575.

⁷³⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier. European Law Publishers, 2008, élaboré par le groupe « Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law » (Acquis Group) ; traduction française GHESTIN Jacques, consultable sur http://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/IMG/pdf/Traduc-vBar-livre_I-II-III-

cause, (c) le point de savoir si l'autre partie aurait pu raisonnablement se procurer l'information par d'autres moyens ; (d) ainsi que l'importance que présentait apparemment l'information pour l'autre partie ».

Ainsi, on peut conclure que le précontractant qui exerce une action en responsabilité « doit simplement apporter la preuve d'une faute et d'un préjudice dans les conditions du droit commun de la responsabilité civile, en particulier sans avoir à démontrer, et ce, que son erreur l'ait conduit purement et simplement à contracter ou seulement à contracter différemment de s'il n'avait pas été trompé, le caractère intentionnel de la faute ».

La limite la plus importante à la réticence dolosive est le devoir de s'informer.⁷³⁸ On soulignera que le caractère inexcusable de l'erreur est indifférent lorsque la partie qui l'a commise invoque le dol de son cocontractant sous sa forme classique du mensonge ou des manœuvres frauduleuses. En effet, dans ce cas, il ne peut rien être reproché à la partie qui devait s'informer elle-même, puisqu'elle a été spontanément renseignée par l'autre. Elle se trouve donc dispensée de l'exécution de son devoir de se renseigner. La question se pose donc uniquement lorsque l'attitude du cocontractant a pris la forme de la réticence, qui pèse, avec une intensité variable, sur chaque contractant, encore que cet équilibre ait été remis en cause par une jurisprudence plus récente énonçant qu'une « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée »⁷³⁹. Cette solution s'explique par le caractère mixte du dol, vice du consentement, mais aussi délit civil qui sanctionne la tromperie d'une partie au contrat.

Nous verrons que l'objet et l'étendue du devoir d'information des parties ne peuvent être déterminée de façon générale, mais dépendent des circonstances du cas particulier, notamment de la nature du contrat, de la manière dont les pourparlers se sont déroulés, de même que des intentions et des connaissances des participants.

_08-2008.pdf ou <http://www.fondation-droitcontinental.org/Documents/Traduc-vBar-livre%20I-II-III-%2008-2008.doc> [consulté le 10 octobre 2009].

⁷³⁸ En ce sens, MESTRE Jacques, RTDCiv. 1988, p. 336 et s.

⁷³⁹ Cass. civ. 3, 21 février 2001, JCP G 2002. II. 10027, note JAMIN Christophe ; JCP G 2001. I. 330, n° 10 ; Defrénois 2001, art. 37365, n° 40 ; D. 2001, jur., p. 2702, note MAZEAUD Denis ; RTDCiv. 2001, p. 353, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand ; D. 2001, p. 3236, note AYNES Laurent. Voir également, MAZEAUD Denis, L'influence de l'erreur excusable, D. 2001, jur., p. 2702 ; MOULY Jean, Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur excusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste »), D. 2002, chron. 2023. Voir aussi récemment : Cass. civ. 1, 4 juin 2009, n° 08-13.480, relatif à un bail rural passé devant notaire.

§2 - L'objet du devoir de renseignement

Selon Mme Schmidt⁷⁴⁰, ce lien entre le devoir de renseignement et les vices du consentement peut être utile pour déterminer l'objet du devoir de renseignement. En effet, les parties aux pourparlers cherchent à éviter que leurs consentements soient affectés par l'un des vices du consentement, qui représentent des risques potentiels d'annulation du contrat. Le devoir de renseignement sur l'objet du contrat permet au contractant préalablement à son engagement d'avoir un consentement éclairé. Concrètement la jurisprudence impose à celui des négociateurs qui détient une information, sur un fait pertinent, susceptible d'influencer la décision de conclure ou non l'opération, de la lui transmettre afin que sa décision soit éclairée. Ce devoir existe aussi bien entre particuliers qu'entre professionnels, quand bien même ils seraient de la même spécialité⁷⁴¹. Naturellement, ce devoir s'avère plus exigeant vis-à-vis du vendeur professionnel, c'est parce qu'il représente la plupart du temps une partie ayant une présomption de connaissances techniques ou spécifiques liées au service fourni ou à la marchandise vendue. On peut donc établir que chaque précontractant doit informer l'autre sur les qualités qu'il espère obtenir des éléments déterminants de son consentement ; et l'autre doit l'informer sur les réelles qualités de ces éléments.

Pour Mme Schmidt l'erreur sera source de nullité seulement s'il concerne les éléments prévus en loi comme déterminants du consentement, c'est-à-dire les qualités attendues de l'objet du contrat et de la personne de l'autre précontractant. Ces éléments sont considérés comme essentiels indépendamment de la volonté des parties. C'est le cas des éléments sur la nature et le contenu des obligations principales, mais aussi les qualités requises pour utiliser l'objet, en conformité avec la nature de l'objet et les termes du contrat. Les qualités sur la personne du précontractant sont aussi essentielles, notamment en matière de contrats *intuitu personae*. Ces qualités peuvent être physiques, morales, juridiques, financières, mais elles doivent être toujours être objectives. Les parties peuvent encore indiquer à l'autre si elles considèrent d'autres éléments comme essentiels. En raison des circonstances particulières de la cause, d'autres éléments pourraient faire l'objet du devoir de renseignement.

Il nous semble que même dans le cas d'une information non-essentielle, dont le précontractant n'a pas le devoir de l'informer, à partir du moment où il le fait à ses propres

⁷⁴⁰ SCHMIDT Joanna, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p. 144 et s.

⁷⁴¹ Cass. Com. 4 juillet. 1989.

risques et périls, le devoir de vérité oblige que cette information soit exacte. Sa responsabilité pourra être engagée, même en cas de simple négligence, si les autres conditions de la responsabilité précontractuelle sont présentes⁷⁴².

Cette approche rappelle beaucoup le régime de la responsabilité précontractuelle prévue à l'article 1338 du Code civil italien, selon lequel il y a responsabilité précontractuelle à chaque fois qu'une partie n'a pas informé l'autre de l'existence d'une cause d'invalidité du contrat.

À ce sujet, les avant-projets de réforme du droit des obligations français, semble incorporer l'évolution de la doctrine française. En effet, l'avant-projet de la Chancellerie, dans son article 50⁷⁴³ représente une évolution importante dans le domaine du devoir de renseignement à prévoir que « celui des contractants qui connaît ou est en situation de connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Le contractant qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation d'information doit prouver que l'autre partie connaissait ou était en situation de connaître cette information, sauf pour celle-ci à prouver qu'elle les ignorait elle-même ou qu'elle a satisfait à son obligation. Tout manquement à cette obligation d'information engage la responsabilité civile délictuelle de celui qui en était tenu, sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité du contrat ».

L'avant-projet Catala traite du devoir de renseignement dans les articles 1110 et 1110-1. Le premier énonce que « celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties », tandis que le seconde dispose que « le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu ». La filiation entre les

⁷⁴² Loi Doubin : L'information précontractuelle donnée, même non obligatoire, doit toujours être sincère, n. sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 février 2003, société Jeff de Bruges contre société Aixapp, PERRUCHOT-TRIBOULET Vincent, LPA, n° 186, 17/09/2003, pp. 3-11.

⁷⁴³ SERINET Yves-Marie, Observations, LPA, 12 février 2009, n° 31, p. 42.

deux textes est manifeste nonobstant un certain nombre de différences de rédaction et de contenu.

En ce qui concerne l'objet du devoir de renseignement, l'article 50 de l'avant-projet de la Chancellerie énonce que « sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties » là où l'avant-projet Catala prévoyait que « seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat ». Ce texte précise aussi que le devoir de renseignement peut se rapporter à la qualité des parties, renvoyant ainsi indirectement à la notion d'erreur sur la personne. Il dispose encore, dans alinéa 1^{er}, que le devoir de renseignement s'impose « dès lors que, légitimement, ce dernier peut ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant » alors que l'article 1110, alinéa 2, de l'avant-projet Catala énonçait dans le même ordre d'idées que « cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties ». L'avant-projet de la Chancellerie place ainsi sur un même plan la légitimité de l'ignorance et celle de la confiance accordée.

À la lecture de ces deux avant-projets, on remarque aussi que l'article 50 de l'avant-projet de la Chancellerie vise la partie « qui connaît ou est en situation de connaître une information » là où l'avant-projet Catala parlait de celui qui « connaît ou aurait dû connaître une information ». L'expression « est en situation de connaître » semble plus protectrice du destinataire de l'information puisqu'elle renvoie à une approche objective de la situation du débiteur du devoir. Le juge pourra, selon le texte proposé par la Chancellerie, prendre en compte tous les éléments personnels et professionnels du débiteur pour décider s'il est en condition de connaître l'information. On peut pourtant regretter que l'article 50 n'ait pas explicité le devoir général de se renseigner pour obtenir les informations facilement accessibles⁷⁴⁴.

Finalement, en ce qui concerne la sanction du devoir de renseignement, le projet de la Chancellerie ne laisse aucun doute sur la nature délictuelle de la responsabilité encourue, et réalise un renvoi plus clair aux vices du consentement, là où l'avant-projet Catala n'impliquait

⁷⁴⁴ Ibid. p. 43.

de lien qu'avec la seule réticence dolosive⁷⁴⁵. Le nouveau texte dispose que « tout manquement à cette obligation d'information engage la responsabilité civile délictuelle de celui qui en était tenu, sans préjudice, en cas de vice du consentement, de la nullité du contrat », tandis que l'article 1110-1 de l'avant-projet Catala énonçait que « le manquement à une obligation de renseignement, sans intention de tromper, engage la responsabilité de celui qui en était tenu ».

Enfin, il faut noter que le devoir de renseignement peut en particulier concerner les normes juridiques impératives qui prohibent le contrat négocié. Ce devoir d'information est ordinairement reconnu à la charge de l'entreprise ayant son siège dans l'État dont relève la norme impérative, au bénéfice du partenaire étranger. La responsabilité pour défaut d'information est classiquement discutée lorsque le contrat, conclu, s'avère nul. Mais la violation du devoir précontractuel de renseignement existe tout autant lorsque le contrat n'est pas affecté dans sa validité par la norme impérative, mais que celle-ci affecte son exécution ou le résultat de son exécution, ou que le partenaire découvre avant de conclure l'illicéité du contrat envisagé et, de ce fait, rompt les négociations. Le rappel de cette responsabilité a son importance. Souvent, la partie qui invoque une norme impérative pour se libérer d'un contrat conclu ou de négociations le fait avec une totale « bonne conscience ». Elle a raison. Mais si c'était à elle qu'il incombait d'informer le partenaire sur l'existence de la norme impérative et qu'elle a tardé à le faire, en violation de ses devoirs précontractuels, l'invocation du droit impératif - tout utile qu'elle soit à l'intérêt public - ne la libérera nullement de sa responsabilité précontractuelle à l'égard du partenaire de bonne foi qui a perdu du temps dans des négociations vaines ou pris des dispositions préjudiciables, par exemple renoncé à un contrat alternatif licite. Il ne faut pas se méprendre sur cette protection de la bonne foi et penser qu'elle contrecarre l'application des normes impératives. Ce qui engendre la responsabilité, ce n'est pas l'invocation de la norme impérative, mais la tardiveté de cette invocation.

§3 - Distinction entre devoir d'information, de conseil et de mise en garde

Certains auteurs distinguent le renseignement de l'obligation d'information. Selon N. Reboul, par exemple, le devoir de renseignement serait précontractuel et incorporé dans l'obligation d'information. Partant de cette logique, l'obligation serait plus étendue que le renseignement, et pourrait « indifféremment se présenter au cours de la phase de formation du

⁷⁴⁵ Ibid. p. 44.

contrat pour éclairer le consentement du cocontractant, ou lors de l'exécution du contrat pour permettre la bonne exécution d'une obligation contractuelle »⁷⁴⁶. Pour d'autres auteurs, l'information aurait plutôt une origine légale et le renseignement une origine jurisprudentielle. Ainsi, l'obligation d'information serait « un devoir imposé par la loi, notamment à certains vendeurs professionnels ou à des sociétés, de fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par les moyens adéquats »⁷⁴⁷, alors que l'obligation de renseignement serait le « devoir implicite, découvert par la jurisprudence dans certains contrats, en vertu duquel la partie supposée la plus compétente ou la mieux informée est tenue de communiquer à l'autre les informations qu'elle détient relativement à l'objet du contrat »⁷⁴⁸. Toutefois, il ne semble pas que le terme information comporte en lui-même cette origine légale, ni que celui de renseignement soit nécessairement lié à la jurisprudence. D'autres auteurs se servent indifféremment des deux termes pour établir une obligation générale qui engloberait tous les autres obligations liés à l'information. Mme Fabre-Magnan, par exemple, fait du renseignement, de la mise en garde et du conseil des applications de l'obligation d'information. Dans le traité de responsabilité de MM. Le Tourneau et Cadier, l'obligation d'information et le devoir de conseil sont deux subdivisions d'une rubrique sur l'obligation de renseignement⁷⁴⁹.

Malgré l'importance de ces théories pour le développement de l'information précontractuelle, une telle distinction nous semble assez artificielle. Nous traiterons ici le renseignement et l'information comme des synonymes⁷⁵⁰. Ainsi, étant donné que nous analysons uniquement les cas où il n'existe pas un engagement contractuel, mais uniquement un devoir précontractuel, nous adopterons le terme général « devoir de renseignement » pour le distinguer de l'obligation contractuelle d'information. Le terme « fournir un renseignement » est aussi plus général que la simple « fourniture d'une information ». Il représente donc mieux l'ensemble des devoirs précontractuels liés non seulement à la communication de faits mais aussi à l'autre fonction qui est celle d'orientation du consentement des précontractants, par exemple, dans le cas des devoirs de sincérité, de confidentialité, de mise en garde et de conseil.

Théoriquement, il est aussi possible de distinguer deux autres sortes de devoirs à l'intérieur du devoir de renseignement. D'une part, ce qu'on peut dénommer le devoir

⁷⁴⁶ REBOUL Nadège, *Les contrats de conseil*, Aix, PUAM, 1999, p. 38.

⁷⁴⁷ CORNU Gérard, *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 2007, 8^e éd., p. 469.

⁷⁴⁸ *Ibid.* p. 469.

⁷⁴⁹ LE TORNEAU Philippe et CADIET Loïc, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, p. 749.

⁷⁵⁰ A ce sujet, v. HATTAB Rasha, *De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, 2006, Collections de l'Université Robert Schuman, Centre du droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Strasbourg.

d'éclaircissement, qui doit être réalisé spontanément par le débiteur ; et, d'autre part, un devoir d'information au sens stricte qui oblige le débiteur à répondre aux demandes et interrogations du créancier. Ici, nous n'allons pas développer cette différence doctrinale, puisque le régime juridique de ces deux devoirs est identique dans la pratique, et nous utiliserons les expressions renseignement, information et éclaircissement comme synonymes.

Logiquement, une fois que ce devoir a un fondement légal et non plus seulement contractuel, la violation de tels devoirs ressort de la responsabilité délictuelle. Cependant, en ce qui concerne le banquier, la jurisprudence se réfère à un devoir professionnel d'information, de conseil, de mise en garde du banquier et non à une simple obligation de nature contractuelle. Mais, en revanche, le manquement à ces devoirs est générateur d'une responsabilité de nature contractuelle et non délictuelle, alors même que l'on peut se situer dans la phase de négociation précontractuelle⁷⁵¹.

En outre, selon M. Storck remarque, dans sa note sur les cinq arrêts rendus le 19 septembre 2006 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, que la jurisprudence semble peu soucieuse de dissocier information, conseil et mise en garde⁷⁵². Malgré cela, selon ce même auteur, il existe bien « une gradation dans l'intensité de ces obligations, du renseignement à la mise en garde et de la mise en garde au conseil »⁷⁵³.

M. Storck précise en matière de service d'investissement que pour bien dissocier information, conseil et mise en garde, « il ne suffit pas d'examiner le contenu même de ces devoirs ainsi que le service opéré, il faut également prendre en compte les conditions des parties. Le créancier bénéficiaire de ces obligations est le client, investisseur professionnel ou non professionnel ; il est en revanche plus délicat de déterminer le débiteur de ces obligations, dès lors que plusieurs opérateurs sont impliqués dans les opérations réalisées »⁷⁵⁴.

À ce propos, il convient maintenant de révéler les particularismes propres à chacun de ces devoirs précontractuels d'information, de conseil (A) et de mise en garde (B), afin d'analyser leurs points de convergence et divergence.

⁷⁵¹ STORCK Michel, Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2007, n° 3, p. 315.

⁷⁵² Ibid. p. 313.

⁷⁵³ Ibid. p. 312.

⁷⁵⁴ Ibid. p. 313 ; v. aussi sur toutes ces distinctions, FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie. Thèse, 1992, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, n° 8 et s..

A - Devoir de conseil

Le devoir de renseignement précontractuel peut parfois s'élargir et aboutir à un devoir de conseil⁷⁵⁵. C'est le cas notamment des ventes de produits présentant un caractère spécifiquement technique ou un risque particulier. Il appartient au débiteur du devoir de renseignement, de s'enquérir des besoins de son partenaire, pour le guider dans ses choix, en lui délivrant des informations ciblées et pertinentes, de nature à éclairer son consentement. Ainsi, le débiteur de cette obligation ne se contente plus de fournir des informations, il prend également parti et essaie de mettre en lumière l'opportunité même du contrat pour la partie concernée au vu des éléments qu'il possède. Cette obligation pèse essentiellement sur les professionnels. Ainsi, ne respecte pas son obligation le vendeur de matériel informatique pour ne pas avoir aidé son client à déterminer ses besoins afin de lui fournir le matériel le plus approprié⁷⁵⁶, mais elle ne constitue cependant qu'une obligation de moyens⁷⁵⁷. Le devoir de conseil existe difficilement sans contrat. Mais il peut exister avant même la conclusion du contrat, puisque son objectif premier est d'assurer le consentement éclairé au contrat. Ce devoir se double de celui de s'informer soi-même comme toute personne raisonnable, sur lequel nous reviendrons plus loin.

Le Vocabulaire Cornu définit le conseil comme « un avis sur ce qu'il convient de faire »⁷⁵⁸, soit comme une opinion exprimée pour engager à faire ou à ne pas faire ». Le conseil s'analyse comme une orientation, une indication de la décision la plus adéquate, décision qui peut être d'action ou d'abstention.

En outre et surtout pour une partie de la doctrine⁷⁵⁹, suivie par certains arrêts⁷⁶⁰, il conviendrait de retenir davantage le critère chronologique et de séparer l'obligation précontractuelle d'information de l'obligation contractuelle de conseil. En effet, l'information se situerait avant la rencontre des volontés, elle consisterait à instruire le cocontractant des caractéristiques de la prestation afin qu'il puisse conclure le contrat en connaissance de cause.

⁷⁵⁵ PERRON Xavier, L'obligation de conseil, thèse, Rennes, 1992 ; BERNARD DE SAINTAFRIQUE, Du devoir de conseil, Defrénois, 1995, p. 913.

⁷⁵⁶ CA de Paris, 12 juillet 1972, GP., 1972, p. 804 ; CA de Versailles, 8 novembre 1991, R.J.D.A., 1992, n° 1, p. 19.

⁷⁵⁷ CA de Paris, 12 juillet 1972, précité ; CA de Paris, 10 mars 1989, Bull. Aix, 1982, n° 2, p. 18.

⁷⁵⁸ CORNU Gérard, vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 2007, 8^e éd., p. 206

⁷⁵⁹ LE TOURNEAU Philippe, De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D. 1987, chron. p. 110 ; RIVIERE I., L'obligation d'information et de conseil du banquier souscripteur en assurance de groupe, LPA, 2001, n°124, p. 5.

Mais le prestataire ne serait pas quitte pour autant, il pèserait ensuite sur lui une fois l'affaire conclue, une obligation de conseil. Une telle distinction n'est pas à l'abri de la critique⁷⁶¹. En effet, il est parfois difficile, sinon impossible, de tracer la limite entre les obligations précontractuelle de renseignement et contractuelle de conseil⁷⁶². Dans les contrats dont la négociation s'étale dans le temps et engendre de multiples accords préalables, l'obligation d'information est le plus souvent contractuelle. La confusion est encore aggravée par la tendance qu'ont les tribunaux à faire apparaître de façon plus ou moins artificielle un avant-contrat de renseignement, afin d'invoquer une responsabilité contractuelle née de son inexécution⁷⁶³.

Nous suivons, en revanche, la partie de la doctrine qui distingue ces devoirs à partir de l'objet du devoir ou plus exactement à partir du degré de l'information transmise⁷⁶⁴. Le devoir d'information ou de renseignement a pour unique objet de porter à la connaissance du cocontractant certains éléments d'information de façon purement objective et précise⁷⁶⁵. Il vise à permettre à l'autre précontractant de se décider en toute connaissance de cause, sans, pour autant, émettre une opinion ou jugement de valeur qui puisse influencer le choix de contracter ou pas⁷⁶⁶. Le devoir de conseil, de sa part, vise à « éclairer le consentement du cocontractant sur les avantages et les inconvénients de l'opération, ou encore à lui donner des informations sur les moyens d'éviter un danger »⁷⁶⁷. En effet, il ne s'agit plus seulement de donner un renseignement à l'état brut, mais d'indiquer à l'autre partie les conséquences négatives et positives du contrat envisagé sur le plan technique ou pécuniaire pour mieux mettre en lumière l'opportunité de la décision de conclure le contrat envisagé⁷⁶⁸.

⁷⁶⁰ Par exemple, CA Versailles, 27 juillet 1988, d. 1998, IR, p. 259.

⁷⁶¹ Cf. FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie. Thèse, 1992, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, p. 384

⁷⁶² GHESTIN Jacques, Traité de droit civil: La formation du contrat (dir.) LGDJ, 3^e éd., 1993, n° 595, p. 579.

⁷⁶³ SCHMIDT Joanna, La sanction de la faute précontractuelle, RTDCiv. 1974, p. 72 ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd. 2005, p. 255.

⁷⁶⁴ ALEXANDRE Jean-Jacques, La prestation de conseil juridique en droit français, thèse, Aix-Marseille, 1990, p. 264 ; ABOUKORIN A., L'obligation de renseignement et de conseil dans l'exécution des contrats, thèse, Dijon, 1989, p. 54.

⁷⁶⁵ Cf. FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie. Thèse, 1992, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, p. 7.

⁷⁶⁶ SAVATIER René, Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D. 1972, p. 140.

⁷⁶⁷ STORCK Michel, Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2007, n° 3, p. 312.

⁷⁶⁸ Voir Cass. civ. 1, 18 mai 1989, D. 1989, IR, p. 184 ; aussi LUCAS DE LEYSSAC Claude, L'obligation de renseignement dans les contrats, L'information en droit privé, LGDJ, 1978, p. 306.

Si le devoir de s'informer pour informer est exigé des professionnels spécialisés en matière de devoir de renseignement, ce devoir est plus accentué en matière de devoir de conseil, puisque le débiteur va devoir prendre toute précaution utile pour prémunir son client de « toutes les conséquences de la mise en œuvre de certains actes ou de certains montages à risque »⁷⁶⁹. Il doit alors bien s'informer pour conseiller son partenaire.

Plus précis que le devoir de renseignement, le devoir de conseil présuppose deux aspects essentiels : la connaissance de la situation patrimoniale du client et la relation directe entre le professionnel et le client⁷⁷⁰. Il suppose, notamment, une connaissance préalable de la situation patrimoniale, des expériences et des objectifs de son partenaire⁷⁷¹. Le devoir de renseignement proprement dit concerne essentiellement les professionnels, mais il peut aussi peser sur les simples particuliers dès lors qu'ils disposent d'informations utiles pour leurs précontractants. Le devoir de conseil concerne les professionnels à l'égard desquels la jurisprudence se montre particulièrement rigoureuse, et le destinataire est le plus souvent un particulier.

Cependant le conseil donné par le professionnel sera évalué par rapport à une norme abstraite de raisonabilité, c'est-à-dire que le juge scrutera le conseil non pas seulement en fonction de ce que ses pairs jugent raisonnable mais selon ce que le *juge* considère une pratique professionnelle raisonnable. Bien entendu, la preuve que la pratique relative à un certain acte a été suivie sera des plus importantes : un professionnel qui agit selon la pratique de ses pairs et le code de déontologie sera présumé agir raisonnablement, donnant à celui qui allègue la responsabilité professionnelle le fardeau de démontrer que la pratique professionnelle n'est pas raisonnable.

Le devoir de conseil se manifeste d'une façon importante en matière de crédit, lorsque l'établissement de crédit prend l'initiative de proposer un montage à des clients⁷⁷². En

⁷⁶⁹ BERNARD DE SAINT AFRIQUE, La responsabilité professionnelle du gestionnaire de patrimoine au regard de l'abus de droit, Defrénois, 1998, p. 777.

⁷⁷⁰ STORCK Michel, Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2007, n° 3, p. 317. Voir aussi Cass. com. 12 févr. 2008, pourvoi n° 06-20.835, arrêt n° 251, Chênefront c/ Sté Dubus, D. 2008, AJ. 689, obs. DELPECH Xavier ; Cass. com. 12 févr. 2008, pourvoi n° 07-10.038, arrêt n° 225 FS-D, Mme B. c/ Sté Natexis.

⁷⁷¹ STORCK Michel et RIASSETTO Isabelle, note sous les arrêts Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14.344, La Poste, Information, conseil ou mise en garde ? Petite clarification bénéfique, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 2007, n° 1, p. 29.

⁷⁷² Cass. civ. 1, 12 juill. 2005, n° 03-10.115, Bull. civ. I, n° 326, D. 2005, jur., p. 3094, note Parance [4^e esp.] ; D. 2005, p. 2276, obs. Delpech [4^e esp.], RTDCom. 2005, p. 820, obs. LEGEAIS Dominique, JCP E, 2005, n° 38, p. 1521, note LEGEAIS Dominique [2^e esp.].

revanche, selon M. Storck, le banquier n'a pas à s'immiscer dans les choix du client⁷⁷³. Il doit, certes, tenir compte des risques prévisibles de l'opération projetée par le client, mais il n'a pas à se substituer à l'emprunteur dans une appréciation de la viabilité de l'opération à financer. Cependant, certains arrêts ont imposé ce devoir au banquier en raison de l'état de faiblesse intellectuelle patente des emprunteurs, et l'inaptitude pratique de l'un comme de l'autre à mesurer la portée de leur emprunt⁷⁷⁴. Cette obligation d'éclairer le client joue également dans la souscription d'un contrat d'assurance de groupe⁷⁷⁵.

Enfin, M. Hattab remarque que le devoir de conseil comprend une obligation de résultat de transmettre le conseil au client, et aussi une obligation de moyens de faire de sorte que le client le reçoive et le comprenne, indépendamment du fait que le client va suivre ou non le conseil⁷⁷⁶. On a pu remarquer que la notion et la mise en œuvre du devoir de conseil peuvent aisément être transposées à la période précontractuelle et se distinguent de ceux du devoir de renseignement. La question se pose de savoir s'il en est de même à propos de l'obligation de mise en garde.

B - Devoir de mise en garde

Le devoir précontractuel de renseignement peut prendre l'aspect d'une obligation de mise en garde du partenaire à la négociation sur certains éléments de fait importants pour ce dernier⁷⁷⁷. Cette obligation comme celle de conseil se situe au-delà du devoir de renseignement proprement dit. En effet, à ce stade, il ne suffit plus de dire ou d'écrire à la personne mais de préciser et d'insister sur certains points qui apparaissent essentiels à une conclusion de bonne foi du contrat. Ainsi a été retenue la faute d'une association organisatrice d'un rallye a été retenue du fait qu'elle n'a pas mis en garde les pilotes sur les limites des assurances souscrites⁷⁷⁸. De même, le loueur d'ordinateur qui se comporte avec légèreté en n'attirant pas l'attention de son partenaire sur les difficultés de démarrage d'un système informatique. La

⁷⁷³ STORCK Michel, RLDA, 10-2008, n° 31, p. 84, L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit.

⁷⁷⁴ Cass. civ. 1, 15 mai 2002, n° 99-19.958 ; aussi en cas de retard mental peut reposer sur un défaut de conseil mais aussi de mise en garde, CA Lyon, 28 févr. 2002.

⁷⁷⁵ Cass. civ. 2, 20 mars 2008, n° 07-10.378.

⁷⁷⁶ HATTAB Rasha, De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement, 2006, Collections de l'Université Robert Schuman, Centre du droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Strasbourg.

⁷⁷⁷ V. sur ce devoir: DANIEL Julie, Le devoir de mise en garde du banquier, LPA, 18 février 2008, n° 35, p. 5 ; WILLEMS Caroline, De la mise en garde à la dissuasion contractuelle, Dr. et patr. 2002, n° 109, p. 32-43.

⁷⁷⁸ Cass. civ., 16 avril 1975, D. 1976, p. 514 note CHIREZ Alain.

mise en garde est adressée au précontractant profane pour attirer son attention sur les risques et les inconvénients de l'opération et, par conséquent, sur d'éventuelles précautions à prendre afin d'éviter tout risque de dommage. M. Daigre la définit comme étant « l'obligation d'information spéciale qui oblige l'intermédiaire à tenir compte de la personnalité et, de la compétence de son client pour l'alerter. C'est une information personnalisée et non pas banalisée »⁷⁷⁹.

Contrairement au conseil qui tend à orienter l'investisseur, à l'inciter à faire ou à ne pas faire, la mise en garde consiste à attirer l'attention de ce dernier sur les risques d'une opération. La mise en garde n'est en effet que le pendant négatif de l'obligation de conseil qui présuppose la mise en place d'une relation de confiance entre les cocontractants. En ce qui concerne l'obligation de mise en garde du banquier, certains auteurs considèrent⁷⁸⁰, que la mise en garde se situe à mi-chemin entre l'information et le conseil. Il y aurait donc une différence de degré entre ces devoirs, en ce que le devoir de mise en garde n'impliquerait pas d'immixtion. Le prestataire de la mise en garde doit se contenter de fournir une information à son client afin d'éclairer son consentement, cette information ayant la simple particularité de porter sur les risques et donc les aspects négatifs du contrat envisagé, sans avoir à se substituer l'autre partie dans l'appréciation de l'opportunité de l'opération, sous peine de porter atteinte au principe de non-ingérence.

Mais selon nous, en ce que le devoir de mise en garde comporte, nécessairement, une analyse de l'adéquation du contrat aux besoins particuliers du créancier, et donc une personnalisation de l'information, il s'apparenterait davantage à un devoir de conseil. Il n'y aurait pas une différence de degré entre le devoir de conseil et le devoir de mise en garde, mais simplement une différence de nature, positive ou négative. En effet, l'obligation de mise en garde emporte invariablement une obligation plus générale de conseiller. Après avoir alerté sur les dangers potentiels de l'opération escomptée, il appartiendra au professionnel de conseiller son partenaire afin d'éviter les dangers qu'il vient précisément de pointer du doigt.

⁷⁷⁹ DAIGRE Jean-Jacques, La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et la couverture, Banque et droit, 2000, n° 70, p. 6.

⁷⁸⁰ V. par exemple en ce sens Cass. civ. 1, 12 juillet 2005, obs. LEGAIS Dominique, RTDCom. 2005, p. 820 ; v. également, LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier?, Banque et droit, 2005, n°100, p.1 ; FRANCOIS Jérôme, note sous Cass. com., 3 mai 2006, D. aff. 2006, n° 23, p. 1618 et s. ; BOURDALLÉ Nicole et LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, Banque et droit 2006, n°107, pp. 17-27 ; Plus généralement sur cette question ; FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie. Thèse, 1992, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, n°s 464 et s.

Le devoir de mise en garde a pour objet de prévenir un risque de dommage en appelant l'attention de l'autre partie sur les précautions à prendre. C'est pourquoi elle doit être accomplie préalablement à l'exposition au risque, sachant qu'il appartient au prestataire d'apporter la preuve qu'il a bien procédé à cette mise en garde⁷⁸¹. Plus précisément, M. Storck la définit comme « l'une des composantes de l'obligation de conseil ou l'une de ses modalités d'exécution »⁷⁸². Il précise encore que pour pouvoir mettre quelqu'un en garde, il faut procéder à un examen de la situation dans laquelle se trouve l'intéressé et l'analyser afin de déceler le danger. La mise en garde ne saurait donc être considérée comme une variante du conseil que dans la mesure où elle apparaît subjective. En revanche, la mise en garde est plus proche de l'information lorsqu'elle consiste à mettre en garde l'autre précontractant contre des risques généraux propres à une opération, par exemple, en cas d'opérations spéculatives sur les marchés à terme⁷⁸³.

De même, une information objective portant sur le montant des pertes peut être perçue comme intégrant une mise en garde implicite. Sous cette approche, il apparaît qu'informer sur un risque, donner des conseils par rapport à un risque, relèvent de la mise en garde »⁷⁸⁴.

À propos des devoirs du banquier, M. Storck montre que la jurisprudence a précisé les conditions qui doivent être réunies pour qu'une obligation de mise en garde d'un emprunteur inexpérimenté prenne naissance.⁷⁸⁵ Il faut que le banquier mesure si l'opération ou le produit concerné présentent un risque et que ce risque soit mesuré au regard de la qualité de l'investisseur⁷⁸⁶. En d'autres mots, le banquier est débiteur d'une double obligation de vérification portant, d'une part, sur les capacités de remboursement de son client et, d'autre part, sur le projet qu'il s'apprête à financer, afin d'être en mesure de l'alerter sur le risque de ne pouvoir faire face à ses obligations de remboursement⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ CHIREZ Alain, note sous Cass. civ. 1, 16 avril 1975, p. 516.

⁷⁸² STORCK Michel, obs. sous Cass. com. 24 février et 7 avril 1998, p. 637.

⁷⁸³ HATTAB Rasha, De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement, 2006, Collections de l'Université Robert Schuman, Centre du droit de l'entreprise, Presses Universitaires de Strasbourg.

⁷⁸⁴ STORCK Michel et RIASSETTO Isabelle, note sous les arrêts Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14.344, La Poste, Information, conseil ou mise en garde ? Petite clarification bénéfique, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 2007, n° 1, p. 32.

⁷⁸⁵ STORCK Michel, RLDA, 10-2008, n° 31, p. 85, L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit.

⁷⁸⁶ Sur le contrôle exercé par la Cour de cassation sur la qualification de la qualité d'emprunteur profane, voir Cass. civ. 1, 28 mars 2008, n° 06-21.429 et Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-10.630.

⁷⁸⁷ CA Aix-en-Provence, 24 janv. 2008.

§3 - D'autres devoirs liés au renseignement

Dans la pratique du commerce international on trouve fréquemment des devoirs liés indirectement à la fourniture d'une information, notamment les devoirs de sincérité (A), de clarté (B) et de confidentialité (C).

A - Le devoir de sincérité

Comme nous l'avons déjà mentionné dans l'analyse du devoir d'exclusivité, une partie peut être conduite à révéler à son partenaire toutes les négociations parallèles qu'il a engagées ou qu'il engagera avec un tiers. Cette obligation amène donc la personne concernée à prévenir celui avec qui elle est en pourparlers qu'il est susceptible d'avoir des concurrents. On peut alors se demander où se trouve la limite à l'information du partenaire. En effet, ces accords peuvent parfois apparaître comme contraires à la déontologie commerciale. Ainsi, dans un sens, si l'on se montre sincère avec un des partenaires à la négociation, on est déloyal vis-à-vis des autres. Selon le devoir de sincérité, à tous les stades des pourparlers, le négociateur devrait tenir son partenaire au courant du contenu des négociations parallèles. Il semble cependant qu'instaurer systématiquement une telle obligation ne soit pas compatible avec le principe de la liberté de négocier et risquerait de décourager les échanges du commerce international. Ainsi, il vaut mieux laisser la faculté aux négociateurs de révéler ou non de telles informations s'il le désire. Et si l'on veut s'assurer sa sincérité passer un accord réglementant les renseignements qui pourront être transmis en cours de négociation semble être la seule solution.

B - Le devoir de clarté

On peut aussi révéler un devoir de clarté, dans le sens que les parties au cours des pourparlers se doivent de formuler de façon claire et univoque leurs points de vue et intentions, de façon à ne pas créer dans l'autre partie une confiance qui pourra s'avérer inexacte. Une partie peut ainsi voir sa responsabilité engagée si, par négligence ou dol, elle s'exprime en termes qui permettent à l'autre partie de comprendre raisonnablement que la conclusion du contrat dépend de certaines conditions que l'autre partie s'apprête d'accomplir, et finalement ces conditions ne s'avèrent pas des éléments déterminants de la décision de conclure le contrat. La partie qui s'est mal exprimée pourra être condamnée à indemniser la partie lésée. De même, lorsqu'une partie

s'exprime mal et laisse présumer à l'autre partie qu'elle compte bien poursuivre les négociations alors qu'elle en a déjà désintéressé. Mais le devoir le plus important, dans la pratique des affaires internationales, pour assurer l'efficacité de l'information sans constituer un obstacle au trafic commercial est le devoir de confidentialité.

C - Devoir de confidentialité

Ce devoir interdit les parties à exploiter ou divulguer les techniques, les secrets ou les autres informations confidentielles obtenues en raison des négociations avortées. Lorsque le rapprochement échoue ou que le contrat prend fin, le propriétaire de l'information doit en redevenir le seul utilisateur et le seul bénéficiaire⁷⁸⁸. Ainsi, la conduite des pourparlers impose une obligation « de réserve et de discrétion »⁷⁸⁹, visant à sécuriser la divulgation d'informations rendue nécessaire en raison de la perspective d'un contrat⁷⁹⁰. Celui qui divulguerait ou utiliserait ainsi une information confidentielle transmise par son partenaire pour les besoins de la négociation commettrait une faute délictuelle, en l'absence de clause de confidentialité, voire en cas d'illicéité de cette clause⁷⁹¹. La jurisprudence décide que les précontractants s'astreignent implicitement à une obligation de discrétion quant aux informations techniques et au savoir-faire qui peuvent être dévoilés au cours des pourparlers⁷⁹².

À l'origine, le champ d'application de l'obligation de confidentialité était limité à une obligation de ne pas faire quelque chose, de ne pas divulguer une information qui aurait été communiquée à titre confidentiel. Or, au gré des impératifs de la vie des affaires, cette définition a été élargie au point d'inclure aujourd'hui une seconde obligation qui consiste en une obligation de non-exploitation de l'information confidentielle à des fins autres que celles pour lesquelles elle a été donnée. Cela est encore plus important pour certains contrats dont l'objet est la découverte ou le transfert de connaissances techniques ou les opérations de regroupement ou rapprochement de sociétés. Afin de garantir ce résultat, il est prévu que les documents transmis ne pourront faire l'objet d'aucune reproduction et qu'en cas d'échec de la négociation, ces documents seront restitués ou détruits. Ainsi, il apparaît que les informations

⁷⁸⁸ LATREILLE Antoine, *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat*, LPA 7 et 8 août 2006, n^{os} 156 et 157.

⁷⁸⁹ CA Paris, 1^{er} févr. 1989, *Juris-Data*, n^o 1989-02-0420.

⁷⁹⁰ Contre, D. PORACCHIA, *La protection juridique des secrets de l'entreprise*, *Dr. et patr.*, 2000, n^o 85, p. 20, pour lequel « on peut considérer que la révélation exclut le caractère secret de l'information ».

⁷⁹¹ Cass. soc. 12 mars 1996, n^o 94-42.105, inédit.

communiquées pendant cette période ne peuvent être utilisées qu'à des fins d'évaluation ou de test.⁷⁹³

Il n'est cependant pas évident de déterminer quelles sont les informations susceptibles d'être divulguées et celles dont la divulgation entraînerait une faute et constituerait un acte de mauvaise foi. Nombreux sont les rédacteurs de contrats qui se contentent d'une définition générale et non exhaustive des informations à caractère confidentiel ; ceci est souvent le cas lors d'opérations de fusions-acquisitions, compte tenu de la masse d'informations que le vendeur pourra être amené à communiquer à l'acquéreur et dont il ne souhaite aucune divulgation. Dans le cas où aucune précision n'aurait été apportée sur le caractère confidentiel de certaines informations, le juge va déterminer si cette information doit être considérée comme confidentielle. Les critères utilisés à cet effet par les tribunaux français sont normalement ceux de l'utilité, de l'intérêt ou de l'originalité de l'information. Cependant, il est communément admis qu'une information est secrète à partir du moment où elle n'est pas accessible au public et où elle est difficile à obtenir ; aussi une information connue de tous ne sera probablement pas considérée comme secrète. En revanche, l'information relative à une entreprise qui est inaccessible aux tiers sans autorisation de son propriétaire ne sera pas pour autant secrète. Pour éviter ou réduire les difficultés dans la détermination du caractère confidentiel d'une information, il sera souvent souhaitable d'être le plus spécifique possible et de préciser le type d'informations visées. Une technique utilisée par les praticiens à cet effet consiste à prévoir que toutes les informations échangées au cours des négociations seront de nature confidentielle.

Aujourd'hui, face à un conflit qui oppose secret des affaires et transparence⁷⁹⁴, il semble que le juge priorise la seconde⁷⁹⁵. La transparence est une institution jeune, apparue au milieu de ce siècle, non encore maîtrisée tandis que le secret des affaires est une notion assez

⁷⁹² Cass. com. 3 oct. 1978, Bull, IV, n° 208.

⁷⁹³ FORBIN G., Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers?, RDAI 1998, n° 4/5, p. 478.

⁷⁹⁴ MALAURIE-VIGNAL Marie, La protection des informations privilégiées et du savoir-faire, D. 1997, p. 207.

⁷⁹⁵ BOULOC Bernard, Le secret des affaires, DPCI, 1990, p. 6 ; BOURGEOIS Marie, La protection juridique de l'information confidentielle économique, Revue internationale de la concurrence, 1988, p. 113 ; CATALA Pierre, La propriété de l'information, Mélanges P. Raynaud, p. 97 s. ; Ebauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984, chron. p. 97 ; CRÉMIEUX, Le secret des affaires, in L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, 1978, p. 457 ; GAVALDA Christian, Le secret des affaires, Mélanges R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 29 et s. ; HUET Jérôme, Le secret commercial et la transparence de l'information, LPA, 15 et 17 févr. 1988, n° 20 et 21, p. 9 ; J.-C.

ancienne, apparue avec les origines du capitalisme⁷⁹⁶. Comme le remarquait René Savatier, on assiste à une « désacralisation du secret », qui est désormais tournée davantage « vers l'utile »⁷⁹⁷, et se réduit à cause de la multiplication des devoirs liés au renseignement.⁷⁹⁸ D'ailleurs, nous avons observé que le *dolus bonus* est une notion qui ne s'évalue que dans l'esprit de son auteur et de son destinataire. De ce fait, il ne faut pas oublier que la protection des secrets d'affaires et des arguments de vente encadrés dans le *dolus bonus* est essentielle pour la survie du commerce international, surtout quand il s'agit des relations commerciales entre professionnels.

Le secret reprend son importance sous une autre forme, plus étendue et plus floue, « l'information privilégiée ». Une telle information n'est pas nécessairement secrète, mais elle est importante pour l'entreprise car elle touche à sa capacité concurrentielle. L'information privilégiée est protégée surtout par le recours à la théorie du parasitisme économique qui tend à condamner toute utilisation indue des investissements intellectuels d'autrui⁷⁹⁹. Il est déloyal de s'approprier les recherches d'un concurrent pour conquérir gratuitement une clientèle. Le capital intellectuel de l'entreprise est ainsi protégé⁸⁰⁰. L'expression « information privilégiée » est empruntée au droit boursier. On sait que tout initié qui détient une information privilégiée sur un marché est tenu de ne pas l'utiliser à son profit ou de ne pas en faire bénéficier un tiers, sous peine de sanction pénale⁸⁰¹.

§4 - L'intensité variable et les limites du devoir de renseignement au cours des pourparlers

Le devoir de renseignement n'est pas absolu et certaines limites peuvent être mentionnées. Ces limites tiennent souvent à la propre personne de celui qui doit fournir l'information (B). En outre, à force d'exiger le devoir de renseignement, la doctrine et la

⁷⁹⁶ CRÉMIEUX, Le secret des affaires, in L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, 1978.

⁷⁹⁷ GAVALDA Christian, Le secret des affaires, in Mélanges R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 29 et s.

⁷⁹⁸ SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Le secret des affaires en droit des affaires, Travaux de l'Assoc. Capitait, t. 25, 1974 ; VÉRON, La protection de l'information par le droit de la concurrence, Cah. dr. entr. 1988, n° 1, p. 16 ; L'information et le droit commercial, RJ com. nov. 1979.

⁷⁹⁹ MALAURIE-VIGNAL Marie, Parasitisme et investissements d'autrui, D. 1996, chron. p. 177.

⁸⁰⁰ WENIGER Olivier, La protection des secrets économiques et du savoir-faire, Etude comparative des droits allemand, français et suisse, Libr. Droz, 1994, p. 127.

⁸⁰¹ Art. 10-1, al. 1^{er} et 2, Ord. 28 sept. 1967.

jurisprudence paraissent avoir ignoré le fondement de ce devoir, mais plus encore son caractère exceptionnel face au devoir de se renseigner (A).

A - Le caractère exceptionnel du devoir de renseigner

Le principe est, dans des pourparlers engagés par des personnes autonomes et responsables, le devoir de s'informer soi-même (I), de prendre l'initiative, les devants⁸⁰². À cela s'ajoute que le devoir de renseignement sera considéré comme accompli lorsque, d'une façon ou d'une autre, l'acquéreur a été renseigné. Il cessera encore lorsque celui-ci se comporte comme s'il en savait (II).

I - Le devoir de se renseigner : règle de principe

L'obligation d'information n'est ni générale, ni universelle. Elle ne s'étend pas à l'information que le cocontractant possède déjà ou à laquelle il pouvait accéder en se comportant avec une prudence et une diligence raisonnable. Dans la mesure, en effet, où, d'une façon générale, le cocontractant a la possibilité de connaître l'information ou d'y avoir accès, l'obligation de se renseigner vient faire échec au devoir corrélatif de renseignement. L'obligation de se renseigner émerge de la même nouvelle moralité contractuelle, qui est d'application bilatérale. Cette réciprocité existe quelle que soit l'expertise des parties. Mais le fardeau du client compétent est évidemment plus lourd.

La jurisprudence précise, en effet, que l'existence d'un devoir de renseignement ne dispense pas le créancier de tout devoir de diligence⁸⁰³. Cette prudence peut aller jusqu'à mettre à sa charge un devoir de se renseigner⁸⁰⁴. Dans ce cas, et sous réserve que la « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée »⁸⁰⁵, son ignorance ne deviendra légitime qu'à condition qu'il se soit renseigné, notamment auprès de son

⁸⁰² LUCAS DE LEYSSAC Claude, 'obligation de renseignement dans les contrats, L'information en droit privé, LGDJ, 1978, p. 305.

⁸⁰³ Cass. civ. 1, 25 mars 2003, n° 99-15.198, RCA, 2003, p. 179: « Le manquement d'un professionnel à son devoir de conseil et d'information ne dispense pas le client de son devoir de prudence et de diligence » ; Cass. civ. 1, 30 nov. 2004, n° 01-14.314, Bull. civ. I, n° 298.

⁸⁰⁴ Voir LE TOURNEAU Philippe, De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D.1987, chron. 101 ; JOURDAIN Patrice, Le devoir de « se » renseigner, D. 1983, chron. 139 ; Com. 8 juill. 2003, n° 01-02.949, Bull. civ. IV, 134.

⁸⁰⁵ Cass. civ. 3, 21 févr. 2001.

précontractant. Les parties doivent prendre, dans des limites raisonnables, toutes les mesures afin d'éviter que son consentement ne soit donné par erreur. Ce devoir peut se manifester, par exemple, lorsqu'une partie n'exprime pas la signification qu'il veut donner à certaines expressions ou des présuppositions sur la base desquelles le consentement est donné.

Selon une doctrine répandue surtout en Allemagne⁸⁰⁶ et aux Pays-Bas⁸⁰⁷, le fait d'être tenu à des mesures d'investigation ou à des renseignements n'est donc pas tellement un « devoir » ou une « obligation », mais plutôt une « charge ». La distinction entre obligations et charges a surtout été développée en Allemagne, où l'on connaît une « charge de vérification » ou « charge d'investigation ».

Cette charge s'impose, par exemple, à un acheteur qui doit acquérir un minimum de connaissances en la matière objet du contrat, visiter des installations semblables à celle qu'il envisage d'acquérir, etc. L'intérêt est de mettre en évidence que l'acheteur ne peut pas invoquer n'importe quelle ignorance. Seule l'ignorance légitime est recevable. Or, pour apprécier celle-ci, il importe de tenir compte de l'état social de l'ignorant et, d'une façon plus large, de l'évolution des mentalités et de la vulgarisation des techniques.

L'ignorance légitime dépend de la qualité des personnes, qu'il soit un client occasionnel ou professionnel, et des techniques. Au « bon père de famille », il n'est pas demandé la même connaissance qu'au bon professionnel. Mais il pourra être retenu à grief, dans des hypothèses marginales, notamment dans des domaines complexes, d'une haute technicité, au contractant professionnel hors de sa compétence, de ne s'être pas entouré d'avis d'experts. La Cour de cassation semble considérer que ce devoir pèse uniquement sur les professionnels⁸⁰⁸ mais comme le fait remarquer M. Mestre, il vaut mieux laisser les tribunaux apprécier au cas par cas qui a ou n'a pas la possibilité de se renseigner lui-même⁸⁰⁹. Il est vrai que le profane qui ne possède aucune connaissance dans le domaine concerné bénéficie de

⁸⁰⁶ SCHMIDT Reimer, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswissenschaft 1953, et LENT F., *Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß*, 67. ZZZP, 1954, p. 344 et s. ; voir également WIELING H.J., *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, AcP, 1976, (334) 346 et s.

⁸⁰⁷ VAN DUNNE J.M., *The prelude to contract, the threshold of tort. The law on precontractual dealings in the Netherlands*, in E. Hondius & G. Steenhoff (ed.) *Netherlands reports to the 13th International Congress of Comparative Law Montreal 1990*, p. 71, spéc. 74.

⁸⁰⁸ Cass. civ., 23 avril 1985.

⁸⁰⁹ MESTRE Jacques, RTDCiv., 1987, p. 339, n° 148.

l'indulgence des tribunaux⁸¹⁰. Cette dernière est renforcée s'il traite avec un professionnel car comme le fait remarquer M. Jourdain, la jurisprudence tend à instituer une véritable « ... présomption de connaissance de l'information »⁸¹¹. Dans ce sens, le devoir de renseignement et de conseil du vendeur professionnel ou du fabricant peut aussi être largement entendu lorsque l'acheteur, tout en étant un professionnel, n'est pas de la même spécialité que le vendeur⁸¹².

Le contrat de concession fait souvent l'objet du devoir de se renseigner⁸¹³. En outre, dans le cas de conventions portant sur des choses d'occasion, elle se renforce.⁸¹⁴ À l'inverse, certains contrats sous-entendent la véracité des informations qui sont données et par là-même, dégagent le créancier de cette obligation de s'informer. Tel est le cas de tous les contrats conclus *intuitu personae*, comme les contrats de société. Finalement, le débiteur de l'obligation d'information inexécutée n'a pas à indemniser la victime si le dommage dont celle-ci demande réparation ne serait « dû qu'à sa propre faute »⁸¹⁵.

II - La victime a été renseignée ou se comporte comme telle

À l'acquéreur renseigné par le prestataire ou par son expérience, il faut assimiler l'acquéreur professionnel qui, dans bien des hypothèses, a déjà eu doit avoir la connaissance, par exemple du mode d'emploi d'un produit, de ses contre-indications ou des capacités d'un appareil⁸¹⁶. Dès lors, il est inutile, dans de telles situations, d'informer le client ou le destinataire du produit ou de l'appareil, alors même qu'en principe la délivrance de la chose doit s'accompagner de toutes les instructions utiles, même lorsque l'acheteur est un professionnel⁸¹⁷. Il en va encore de la sorte lorsque l'acquéreur est assisté d'un conseil professionnel.

Si les renseignements doivent être donnés, ils n'ont pas à garantir le résultat de l'opération contractuelle. Cette solution semble découler d'un arrêt de la chambre commerciale

⁸¹⁰ CA de Rouen, 25 février 1959, D, 1959, som. p. 74.

⁸¹¹ JOURDAIN Patrice, Le devoir de se renseigner, D, 1983, chron. XXV, p. 142.

⁸¹² Cass. civ. I, 23 avr. 1985 ; Cass. com. 28 oct. 1986, Bull. civ. IV, n° 195 ; rappr. Cass. com. 25 oct. 1994.

⁸¹³ Cass., com., 10 février 1987, Bull. civ., IV, n° 4. ; CA de Paris, 14 janvier 1983, Juris-Data, n° 000366 ; Cass., com., 25 février 1986, Bull. civ., IV, n° 33 ; RTDCiv., 1987, p. 85, obs. MESTRE Jacques.

⁸¹⁴ Voir, par exemple : Cass. civ., 18 décembre 1962, D, 1963, p. 114.

⁸¹⁵ Cass. com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-21616, Société Phone Pratique c/ Société SFR ; voir sur cet arrêt: BEHAR-TOUCHAIS Martine, De la sanction de l'obligation d'information précontractuelle, RDC, 01 juillet 2009, n 3, p. 1150.

⁸¹⁶ LE TOURNEAU Philippe, De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil, Dalloz, 1987, 14^e cahier, Chron., p. 101.

⁸¹⁷ Cass. com. , 28 sept. 2004, inédit, pourvoi: 03-12983.

de la Cour de cassation du 11 juin 1985⁸¹⁸. En l'espèce, à propos de l'installation d'un système d'alarme, les juges ont rejeté l'action du client qui avait pris le risque de ne s'équiper que d'un système d'alarme léger. Le conseil avait bien été donné, cependant le client ne l'ayant pas suivi ne pouvait se plaindre par la suite. Le débiteur du devoir de renseignement n'a qu'une obligation de moyens. Récemment, la Cour de cassation a jugé que l'assureur qui a communiqué les caractéristiques essentielles des divers supports financiers ainsi que les risques qui leur étaient associés satisfait à son devoir de renseignement⁸¹⁹. Le restant des informations doit être recherché par le souscripteur.

Dans le même sens, si l'acquéreur se conduit comme s'il savait, le prestataire se trouve corrélativement déchargé pour partie de son devoir de renseignement. Il paraît logique de décider que le devoir de renseignements ou de conseil du fournisseur est allégé lorsque son partenaire se conduit comme s'il savait, et alors qu'il peut savoir, car il est compétent. De même, la Cour de cassation a décidé que le client qui agit contrairement à son devoir de loyauté et collaboration ne peut pas invoquer une violation du devoir de mise en garde à la charge de son partenaire⁸²⁰.

Enfin, le devoir d'information du prestataire sera modalisé en fonction des compétences propres du client. Soit il sera renforcé lorsque le client est considéré comme un profane ou lorsque le prestataire connaît parfaitement les besoins du client, soit il sera diminué lorsque le client est initié à la matière ou s'est fait assister d'un conseil extérieur spécialisé.

Une autre limite importante est la condition d'avertissement de la victime. Par exemple, un investisseur est considéré comme familier de la gestion de portefeuilles de valeurs mobilières et suffisamment averti des risques afférents aux opérations spéculatives, s'il « est déjà titulaire de portefeuilles d'actions et de SICAV qu'il gère sans avoir consenti de mandat de gestion ». La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 15 septembre 2009⁸²¹, considère qu'au cours de l'exécution de la convention d'ouverture d'un compte sans mandat de gestion, le banquier n'est tenu que d'une obligation d'alerte quant à la survenance de positions anormales qu'il constate

⁸¹⁸ Cass., com., 11 juin 1985, Bull. civ., IV, n° 188.

⁸¹⁹ Cass. civ. 2, 9 juillet 2009, FS-P-B, n° 08-18.730, obs. de HUC-BEAUCHAMPS Anne ; Cass. civ. 2, 7 mars 2006, JCP 2006. II. n° 10056.

⁸²⁰ Cf. Cass. civ. 1, 30 oct. 2007, pourvoi n° 06-17.003, Epx Debure c/ Sté Cofidis, D. 2008. Jur. 256, note E. Bazin, et Chron. Cass. 638, spéc. 645, obs. C. Creton ; LEGAIS Dominique, Absence de devoir de mise en garde au profit de l'emprunteur non averti déloyal, RTDCom. 2008 p. 163 ; SAUVAGE F., Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs, RD banc. et fin, 2007. 57.

⁸²¹ Cass. com. 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-14398.

sur le compte de son client, et il ne saurait être tenu de l'aviser spécialement des risques afférents à l'investissement dans certaines valeurs mobilières déterminées si le client ne pose pas des demandes précises à cet égard. Ne doivent pas être réparées les pertes enregistrées par un opérateur qui, même dûment avisé des risques, aurait, en toute hypothèse, réalisé les opérations spéculatives litigieuses.

B - Limites tenant à la personne de l'auteur du dommage

Aujourd'hui, la partie la plus puissante ou la plus savante n'est pas toujours celle que l'on croit. Ce n'est plus nécessairement le fabricant ou le fournisseur, il arrive que ce soit le client. L'ignorance du fournisseur peut se rencontrer dans diverses circonstances. Soit, il ne sait pas parce qu'il n'a pas été averti par l'acquéreur des besoins propres de celui-ci, soit il ne peut pas savoir dans l'état actuel de la technique.

Dans de nombreux contrats, l'information doit être réciproque. L'acquéreur ou destinataire d'un service doit préciser lors des pourparlers les caractères, qualités, performances qu'il attend. Un « dialogue », selon le mot employé par certains arrêts à propos de l'installation d'ordinateurs⁸²², doit donc s'instaurer entre les partenaires ; ils sont tenus à un « devoir de collaboration »⁸²³. Le destinataire de l'information doit renseigner le débiteur des éléments qu'il considère essentiels pour la formation de son consentement. Mis à part les éléments essentiels prévus par la loi, le débiteur qui n'est pas un professionnel spécialisé, n'est pas tenu de connaître les besoins particuliers de son partenaire.

M. Le Tourneau explique que sur le même fondement de l'ignorance, on admettra que la garantie des vices cachés ne puisse pas jouer lorsque l'acquéreur fait de la chose un usage inhabituel ou qui n'est pas conforme à sa nature⁸²⁴. Ou, du moins, l'acheteur ne pourra agir sur

⁸²² V. en particulier les espèces suivantes, toutes rendues dans des litiges portant sur l'informatique: CA Paris, 11 janv. 1984, Expertises 1984, p. 25 ; 18 juin 1985, GP, 1986.1.72, note Bonneau ; 31 janv. 1986, Expertises 1986, p. 232 ; Tribunal de commerce de Paris, 9 déc. 1985, *ibid.* 1986, p. 168.

⁸²³ Cf., notamment, MALURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 1986, n° 429 ; MESTRE Jacques, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 41 s.

⁸²⁴ LE TOURNEAU Philippe, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Dalloz, 1987, 14^e cahier, chron., p. 101.

ce fondement que s'il avait pris la précaution d'avertir au préalable le vendeur de l'usage particulier auquel il songeait, sans que celui-ci ait émis une quelconque réserve⁸²⁵.

En matière de crédit bancaire, la jurisprudence considère que la partie « non averti, qui dissimule à l'établissement de crédit l'existence de prêts en cours de remboursement, de sorte que les éléments d'information qu'il avait, sur la demande de cette société, portés à la connaissance de celle-ci étaient compatibles avec l'octroi de l'ouverture de crédit litigieuse, manque à son obligation de loyauté ; il n'est pas fondé à imputer à l'établissement de crédit un manquement au devoir de mise en garde auquel est tenu le professionnel du crédit à l'égard de son client non averti »⁸²⁶.

L'intensité du devoir variera aussi en fonction du degré d'implication du prestataire dans le projet. Dans l'hypothèse de la fourniture d'une solution globale ou dans le cadre d'un contrat « clé en main », cette intensité sera nettement accrue. Assez logiquement, le devoir de renseignement du prestataire est également limité par l'obligation de collaboration du client qui lui impose de préciser ses besoins et ce qu'il attend du projet.

On peut établir, en règle générale, que pour le vendeur profane « l'obligation se limite à la loyauté et la bonne foi, telles que les contours en sont donnés dans le cadre du dol par réticence »⁸²⁷. Selon M. Huet, la sanction du devoir de renseignement du vendeur profane « n'est qu'un avatar de celle du dol par réticence »⁸²⁸. On peut déduire que le vendeur occasionnel ne paraît pas tenu d'un devoir de renseignement proprement dit, de conseil ou de mise en garde au cas de vente d'une chose complexe ou qui comporte un risque. Par contre, le vendeur professionnel est tenu, en principe, d'un devoir de renseignement, de conseil et de mise en garde. Le contenu de son obligation est déterminé suivant la nature plus ou moins complexe de la chose vendue, selon qu'il s'agit ou non d'un produit nouveau, que la chose est dangereuse ou non. Il peut varier également en fonction des stipulations du contrat, lorsque, par exemple, le vendeur professionnel s'engage à installer le bien vendu, devant non seulement vérifier

⁸²⁵ La solution est dans la logique de la liaison, souvent effectuée, entre l'obligation de conseil et l'usage auquel la chose est destinée ; cf., par exemple, Cass. civ. 1, 3 juill. 1985, Bull. civ. I, n° 211, p. 191 ; D. 1985, LR.502.

⁸²⁶ Cass. civ. 1, 30 oct. 2007, n° 06-17.003, Bull. inf. Cass. 15 févr. 2008, n° 255 ; D. 2008, p. 256, note BAZIN Eric ; JCP E, 2007, n° 51-52, p. 12, note LEGAIS Dominique, pour une approche globale du sujet: Michel STORCK, L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, RLDA, 10-2008, n°31, p. 82.

⁸²⁷ COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 2007, n° 219.

⁸²⁸ HUET Jérôme, obs. RTDCiv. 1986, p. 367.

l'adéquation dudit bien aux besoins de l'acheteur, mais aussi l'informer sur les modalités d'installation les plus adaptées⁸²⁹.

CHAPITRE 2 - LES AUTRES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Nous avons vu que pendant la phase de négociations, une partie peut causer un préjudice du fait de rompre les pourparlers d'une manière fautive ou de fournir une information inexacte. Il convient encore de distinguer quels préjudices pourront être réparés (Section 2) et dans quelles circonstances l'on pourra affirmer que le dommage est le résultat d'une faute précontractuelle bien établie (Section 1).

SECTION 1 - LE LIEN DE CAUSALITE

Pour établir le lien de causalité, il faut considérer comme cause d'un préjudice précontractuel tous les éléments concourant à sa production. Le fait dommageable doit être la *conditio sine qua non* du préjudice. Cela conduit à faire remonter la responsabilité à tous les faits fautifs sans lesquels le dommage ne se serait pas produit⁸³⁰. Il s'agit de la conception la plus adaptée à la théorie subjective de la responsabilité civile dans la mesure où celle-ci requiert une faute, ce qui est une façon de filtrer les divers éléments qui peuvent établir la responsabilité.

Si la faute est désormais plus objective, elle implique toujours la faculté de discernement⁸³¹. Si on peut se poser la question de savoir si le fait doit ou non constituer un écart de conduites, il paraît presque incongru de douter de l'exigence de l'élément subjectif⁸³². Selon le

⁸²⁹ Cass. civ. 1, 18 mai 1989, à propos de la vente d'un système de télé-sécurité ; Cass. com. 25 oct. 1994, à propos de la vente d'un système informatique ; pour le fournisseur d'un système de chauffage, Cass. civ. 1, 7 avr. 1998, Bull. civ. I, n° 150, CCC, 1998, comm. 97, obs. LEVENEUR Laurent ; pour le vendeur-maître d'œuvre d'un insert de cheminée, Cass. civ. 1, 17 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 61, GP, 1998.1, somm. 109, obs. PEISSE, JCP E, 1998. p. 584.

⁸³⁰ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, Éd. Defrénois, 2005, p. 47.

⁸³¹ Ch. Demolombe, Cours de code napoléon, tome XXXI, 1882, n° 468, p. 404.

⁸³² Ch. Aubry et Ch. Rau, Cours de droit civil d'après la méthode de Zacharie, tome IV, 1871, n° 444 p. 747 ; R. Demogue, Théorie des obligations en général, tome III, 1923, n° 242 p. 408 ; L. Jossierand, Cours de droit civil

doyen Cornu, la notion de faute comprend incontestablement les deux éléments : « À quoi sert d'insister sur le caractère objectif ou subjectif de la faute, si elle mêle l'un et l'autre ? »⁸³³. Aubry et Rau sont du même avis : « il faut que le fait soit imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme le résultat d'une libre détermination de sa part. »⁸³⁴. L'évitabilité constituera le critère subjectif de la faute et permettra ainsi de faire le départ avec le cas de force majeure. Dès 1866, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond caractérisent chez l'agent la faculté de discernement en posant deux conditions techniques à la naissance de l'obligation qui naît d'une faute : l'écart de conduite et la faculté de discernement⁸³⁵.

Ici, la simple initiative créatrice de risques pour autrui ne peut pas caractériser un fait générateur de responsabilité⁸³⁶. Il faut ainsi déterminer quelles sont les situations où il existerait un lien de causalité entre la faute précontractuelle et un préjudice causé. Il faut encore savoir si ce préjudice doit être réparé par le défendeur ou s'il est la conséquence normale de la période précontractuelle. Pour répondre à ces questions, il faut considérer que le lien de causalité doit avoir un rapport direct (§1) et certain (§2) avec le dommage.

§ 1 - Le caractère direct du lien de causalité

L'exigence d'un lien direct entre le préjudice le fait qui en est la cause conduit à ce que seuls les dommages présents soient réparés. Il n'est pas question de réparer des dommages futurs qui, dépendant d'un événement à venir, sont pour autant d'une réalisation incertaine. Ce sont les dommages déjà subis par la victime qui doivent être considérés par le juge au moment de fixer l'indemnisation.

Il faut, cependant, que le lien entre la faute et le dommage soit direct. Il faut ainsi que le préjudice soit motivé exclusivement par les actions et les volontés de la partie fautive pendant les négociations. Dans ce sens, le seul motif de dépenses précontractuelles doit être la

positif Français, tome II, 2 éd. 1933, n° 455 p. 243 ; R. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, tome 1, 1939, n° 4 p. 5 et n° 161 p. 207.

⁸³³ G. Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et droit public, th. Paris 1949, p. 216.

⁸³⁴ Ch. Aubry et Ch. Rau, préc., n° 444 p. 747.

⁸³⁵ Cass. req. 14 mai 1866, S. 1866.237 ; Cass. req. 21 octobre 1901, S. 1902.1.32 ; D.P. 190.11524 ; Cass. Ass. plén., 9 mai 1984, bull. civ. n°s 2 et 3, arrêts Derguini, Lemaire et autres, D. 1984.525, concl. J. Cabannes, note F. Chabas ; JCP 1984.11.20256, note P. Jourdain ; RTDC 1984.508 ; GA, n° 186.

⁸³⁶ MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, Éd. Defrénois, 2005, p. 47.

certitude, au moins partielle, de la conclusion du contrat. Si une partie a fait croire fautivement qu'elle conclurait un contrat avec son partenaire, toutes les dépenses faites par ce dernier, persuadé de la conclusion du contrat, doivent être réparées.⁸³⁷ Ainsi ce ne sont pas tous les dommages qui ont une liaison directe avec la rupture de négociations ou l'information précontractuelle qui sont indemnisés, mais seulement ceux qui sont causés par la mauvaise foi de l'autre partenaire. On peut citer, par exemple, les frais de voyage, les dépenses anormales visant à la conclusion du contrat et les coûts liés à l'étude du marché qui ont un lien direct avec la rupture des pourparlers, dès lors qu'ils ont été causés par la mauvaise foi de l'autre partenaire qui a ensuite abandonné les pourparlers. À l'inverse, si toutes ces dépenses sont faites volontairement, elles seront considérées comme des actions normales de la période précontractuelle où l'aléa est toujours présent.⁸³⁸ Dans cette dernière hypothèse, les dommages ne seront pas réparables puisqu'ils n'auront pas un caractère direct avec la rupture de pourparlers. En plus de l'exigence du caractère direct, il faut, aussi, la présence du caractère certain du lien de causalité.

§ 2 - Le caractère certain du lien de causalité

La principale difficulté pour établir le caractère certain du lien de causalité tient à la preuve du préjudice et du lien l'unissant à la faute précontractuelle. D'abord, il faut exclure les dommages futurs, conditionnés à la conclusion du contrat. Ainsi, les avantages futurs qu'une partie aurait pu avoir si le contrat avait été conclu n'ont pas un rapport certain avec la rupture de pourparlers. Au contraire, le dommage présent est naturellement certain.

Un comportement normal est attendu des précontractants face aux circonstances des pourparlers qui peuvent créer une incertitude particulière sur la conclusion du contrat, les parties doivent se limiter aux dépenses normales pendant les négociations, sans prendre de risques en faisant des dépenses extraordinaires. L'imprudence d'une partie qui engage des dépenses anormales, va la transformer en l'unique responsable, la cause directe et certaine du préjudice ne sera pas la rupture, mais l'attitude imprudente que la partie a prise.

⁸³⁷ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 126.

⁸³⁸ Ibid. p. 127.

À ce sujet, la jurisprudence a exclu la responsabilité de la partie qui a rompu des pourparlers sous l'argument que « les parties devaient toujours envisager l'éventualité d'un échec » et que « le fabricant des châssis avait pris un risque en effectuant des livraisons de matériel dans le cadre d'un accord non définitif »⁸³⁹. De la même façon, la Cour d'appel d'Angers a considéré que « les frais engagés par une société pour le déplacement d'une équipe dans le pays étranger, siège de l'autre société, ne sont pas constitutifs d'un préjudice lié à la rupture des pourparlers mais un risque commercial pris en connaissance de cause, tout comme les frais de fabrication du matériel objet du contrat engagés par l'autre société »⁸⁴⁰. Dans ces deux cas, les juges montrent clairement que le dommage n'a pas eu un lien de causalité avec la rupture de pourparlers parce que la victime a pris un risque en connaissance de cause qui l'empêche de recevoir une indemnisation⁸⁴¹.

Si la réparation de ces différentes pertes ne pose aucun problème de principe, encore faut-il, évidemment, que leur cause véritable ne puisse être trouvée aucunement dans une faute de la victime elle-même. Par exemple, l'anticipation sur la conclusion du contrat, par l'engagement imprudent des frais non justifiés, ne peut point donner lieu à une responsabilité à titre précontractuel.

SECTION 2 - LE PREJUDICE PRECONTRACTUEL

L'existence d'un préjudice est une condition nécessaire pour qu'un précontractant soit rendu responsable d'une faute précontractuelle, que ce soit par rupture fautive de pourparlers ou soit par manquement à un devoir qui persiste à la conclusion du contrat. À défaut de rapporter une telle preuve le demandeur sera débouté⁸⁴². Longtemps négligé par la doctrine et la

⁸³⁹ Cass. com., 4 octobre 1982, JurisData : 1982-702028.

⁸⁴⁰ CA Angers, 25 novembre 1992, JurisData : 1992-048656.

⁸⁴¹ Pour une approche comparée du sujet: RODIERE René et PEDAMON Michel (sous dir. de), Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle. Étude comparative dans les pays du Marché commun, RIDC, 1984, Vol. 36, n°2, p. 453 : « Sur la nécessité d'un lien de causalité comme condition distincte de la responsabilité délictuelle il y a un accord général entre les systèmes juridiques européens. Mais sur la notion même de causalité les divergences réapparaissent d'un système juridique à l'autre. C'est en effet un domaine où les théories ont abondé, où les législateurs se sont montrés très discrets, où les jurisprudences nationales ont évolué et continuent d'évoluer. S'il apparaît aujourd'hui que la plupart d'entre elles se rattachent à la théorie de la causalité adéquate, encore qu'il y ait des exceptions notables comme par exemple en Belgique où les tribunaux restent fideles dans l'ensemble à l'équivalence des conditions ».

⁸⁴² V en ce sens, Cass. civ. 1, 24 sept. 2002, n° 00-15.213, inédit

jurisprudence⁸⁴³, le préjudice n'a que récemment trouvé sa place aux côtés des deux autres composantes, la faute et le lien de causalité.

À notre avis il est nécessaire de distinguer le dommage du préjudice, le premier consistant en une lésion objective commune à toutes les victimes de manière abstraite, le second désignant précisément les conséquences juridiquement réparables du dommage, pour chaque victime, de façon personnelle⁸⁴⁴. La distinction présente d'indéniables intérêts, dont le fait elle permet de rechercher les répercussions concrètes de la lésion objective sur la situation personnelle de la victime.⁸⁴⁵ Le dommage serait ainsi l'atteinte portée à l'intégrité d'une personne ou d'une chose, tandis que le préjudice consisterait dans les conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales de cette atteinte. Encore cette restriction n'est-elle pas un rempart absolu, puisque l'on tend actuellement à discerner, en droit positif, un préjudice derrière tout atteinte à un droit subjectif. En même temps, on réhabilite une exigence de raison souvent critiquée, mais jamais abolie, qui doit contribuer à fixer les bornes du préjudice réparable, à savoir la lésion d'un intérêt juridiquement protégé⁸⁴⁶.

En anglais, la terminologie suscite des difficultés supplémentaires car le terme « préjudice » semble correspondre à plusieurs mots, tels que *damage*, *injury* et *loss*. Le vocable *damage* se traduirait plus précisément par le préjudice matériel, *injury* par le préjudice physique ou moral causé à la personne et *loss* par le préjudice financier. Il conviendrait, toutefois, de choisir en anglais, dans la mesure du possible, un terme générique anglais comme *damage ou harm*, en prenant soin alors de préciser qu'il s'agit effectivement d'une utilisation générique au sens le plus large possible. Le préjudice est un terme qui apparaît dans différentes sources nationales, internationales et communautaires. L'article 7.4.2 des Principes Unidroit,

⁸⁴³ PRADEL Xavier, Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 415, 2004, n° 1.

⁸⁴⁴ LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2008/2009, n°s 1304 et s. et 1309 ; LAPOYADE DESCHAMPS Christian, Quelle(s) réparation(s) ?, RCA, 2001, n° 11, p. 62.

⁸⁴⁵ La distinction est connue mais souvent « expressément » exclue par les auteurs : VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Les conditions de la responsabilité, 3^e éd., LGDJ 2006, n°246-1. Parfois, l'assimilation est implicite, dans ce sens : RETIF Samuel, Jurisclasseur Responsabilité civile et assurances, Fasc. 101, n° 3 : « Cette distinction n'est pas fréquemment faite par les praticiens ; les termes « dommage » et « préjudice » étant considérés comme synonymes, y compris d'ailleurs dans certains arrêts de la Cour de cassation. » Toutefois, certains auteurs y sont de plus en plus attachés : LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2008/2009, n°1305 et 1309 ; CADIET Loïc, Le préjudice d'agrément, thèse, Poitiers 1983, LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit du dommage corporel, Dalloz, 5^e éd., n° 86 ; LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, Quelle(s) réparation(s) ?, in : La responsabilité à l'aube du XIXe siècle : bilan prospectif, Resp. civ. et assur., hors série, Juin 2000, p. 62 et s. ; BRUN Philippe, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec 2005, n° 215 et n° 249.

⁸⁴⁶ ROUXEL Sylvie, Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice, thèse, Grenoble II, dactyl. 1994 ; et GUILLEMAIN Caroline, Le trouble en droit privé, PUAM, 2000, n° 54.

par exemple, lie les dommages et intérêts à l'existence d'un préjudice. L'avant-projet Catala affirme aussi que le préjudice serait la lésion des intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux qui découlent d'une atteinte - le dommage- causé aux biens ou à la personne de la victime. De même, au niveau communautaire, où les travaux terminologiques liés au projet de cadre commun de référence ont considéré que « le terme « préjudice » est sans doute le plus neutre et le plus stable : il constitue l'étalon-mesure de ce qui doit être réparé »⁸⁴⁷.

Dans un souci de clarté et de cohérence, il convient d'employer le terme « préjudice ». Celui-ci fait également l'objet d'une distinction forte importante : il est question des préjudices patrimoniaux et des préjudices non patrimoniaux. Aujourd'hui ces deux catégories ne permettent toutefois pas à elles seules d'opérer une classification complète des chefs de préjudice (§2). Certaines conditions sont requises pour que le préjudice soit indemnisable. Dans la quasi-totalité des textes analysés, il est exigé que le préjudice soit certain, prévisible et présente un lien suffisant avec le fait dommageable. À ces conditions générales attachées au préjudice, s'ajoutent des conditions spécifiques suivant la catégorie de préjudice concernée (§1).

§ 1 - Les préjudices réparables

Dans une approche classique, pour donner lieu à réparation, le préjudice doit être actuel, certain et la conséquence directe du fait générateur⁸⁴⁸.

Le préjudice considéré comme certain est, tout d'abord, le dommage actuel, celui qui est d'ores et déjà réalisé. L'actualité du dommage doit être effective, c'est-à-dire, l'appréciation du dommage doit se faire au moment de la demande. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a rejeté une demande d'une commune voisine d'un aéroport, qui demandait une indemnité pour la dépréciation de son patrimoine immobilier à cause du bruit. La Cour affirme qu'il convient de réserver le droit à réparation aux cas où une aliénation ferait apparaître le préjudice invoqué⁸⁴⁹. En revanche, le préjudice futur est celui qui, en raison de l'état actuel, est d'une réalisation certaine. Si sa réalisation est certaine, il doit être également réparé.

⁸⁴⁷ Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 6, 2008, p. 334.

⁸⁴⁸ Cass. civ., 24 nov. 1942, GP, 1943, I, p. 50.

⁸⁴⁹ CA Paris, 17 novembre 1987, D. 1988, IR 20.

On peut considérer que la perte d'une chance de conclure un contrat avec un tiers est aussi un dommage futur, mais elle doit être réparable s'il s'avère qu'elle est réelle et sérieuse⁸⁵⁰. Selon la formule plusieurs fois reprise par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain dès lors qu'est constatée la disparition par l'effet d'un délit de la possibilité d'un événement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »⁸⁵¹. La situation est différente quand le préjudice futur n'est que probable, de caractère aléatoire et non plus certain. La probabilité de voir se réaliser l'événement favorable dont le fait imputé au défendeur a privé la victime, elle doit elle-même être suffisamment forte pour que celle-ci puisse se voir accorder réparation⁸⁵². La concurrence déloyale peut aussi configurer un dommage précontractuel, du fait de la divulgation de secrets, de savoir-faire, d'informations confidentielles, au cours des pourparlers⁸⁵³.

Enfin, le préjudice direct est réparable s'il est la conséquence directe du fait générateur. Ainsi, l'obligation de réparer est limitée à ce qui a été causé par le fait dommageable. De cette façon, le préjudice indirect est, en principe, non réparable. La preuve du préjudice est à la charge de celui qui se prétend victime. C'est la règle procédurale selon laquelle celui qui réclame une indemnisation doit prouver le préjudice qu'il a subi. Les caractéristiques nécessaires étant établies, il faut encore savoir quels sont les préjudices pouvant être réparés (B) ainsi que la méthode de réparation à utiliser (A).

A - Dommages et intérêts précontractuels

En principe, en matière de responsabilité civile, on peut concevoir une réparation en nature ou une réparation par équivalent. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 janvier 1990 semble s'engager dans la voie d'une réparation intégrale du préjudice subi du fait de la non-conclusion du contrat⁸⁵⁴. En l'espèce, l'associé d'une holding désirant quitter cette dernière lui avait proposé la vente de ses titres et avait avancé la négociation pour finalement les vendre à

⁸⁵⁰ V. par ex. Cass. civ. 2, 9 nov. 1983, JCP 1985, II, 20360, note Y. CHARTIER ; Cass. civ. 1, 16 juin 1998, qui évoque la perte certaine d'une chance ; comp. Cass. civ. 2, 14 oct. 1992 : Bull. civ. II, n° 241 ; RTD civ 1993, p. 148, obs. JOURDAIN Patrice.

⁸⁵¹ Cass. crim. 4 déc. 1996, Bull. crim. n°445.

⁸⁵² V. ainsi sur l'exigence du caractère réel et sérieux de la chance perdue, Cass. civ. 1, 4 avr. 2001 : Bull. civ I, n° 107 ; RCA 2001, comm. n° 296, obs. VAILLIER P. ; 8 juill. 2003 : Bull. civ I, n° 164.

⁸⁵³ Cass. com., 7 avr. 1998 ; 3 oct. 1978 ; CA Paris, 8 juill. 1972 et CA Rouen, 13 janv. 1981.

⁸⁵⁴ CA de Paris. 10 janvier 1990, Dt des soc., janvier 1991, p. 8.

un tiers. La société holding demandant alors réparation du préjudice subi pour rupture fautive des pourparlers, a obtenu gain de cause car la Cour d'appel a considéré que « ... Dès lors que la société holding avait manifesté son intention d'acquérir les actions et accepté sans réserve la méthode proposée par le cédant... ce dernier doit être condamné à réparer le préjudice subi par celle-ci du fait de la perte du bénéfice lié à l'acquisition d'une grande partie du capital d'une société florissante... ». Dans cette espèce, les juges ont alloué des dommages et intérêts correspondant à la totalité à ce que la société pouvait espérer retirer de la cession. Par la réparation en nature, on aboutit au même résultat que si le contrat avait été effectivement passé. Comme l'affirme Mlle Laude : « ...De là, à concevoir que le juge puisse effacer la défaillance des pourparlers en prononçant la réparation en nature lors de la rupture des pourparlers, il n'y a qu'un pas que le juge nous semble prêt à franchir »⁸⁵⁵.

Toutefois, dans le domaine particulier des négociations, il est difficile d'admettre une réparation en nature. En effet, la conclusion forcée du contrat ne semble pas appropriée à des hypothèses où l'une des parties n'a plus le désir de s'engager. Il serait impensable de contraindre des personnes à reprendre leurs pourparlers. Ce serait occasionner inutilement des frais et des attermolements aux deux parties, étant assuré que jamais elles ne parviendraient à un accord dans de telles conditions. De plus, lorsque l'on se situe dans la période des pourparlers, les éléments principaux du contrat sont encore en discussion, et le demandeur n'a aucun droit à l'exécution⁸⁵⁶. Étant entendu d'une part qu'aucun contrat définitif n'est encore conclu, et d'autre part que le juge ne peut se substituer à la volonté des parties⁸⁵⁷, l'idée d'une réparation en nature demeure *a priori* exclue. L'unique solution demeure l'allocation d'une somme d'argent⁸⁵⁸, la principale difficulté tenant alors certainement à son évaluation.

À défaut de réparation en nature, qui serait une vraie réparation stricto sensu, force est de se tourner vers un substitut : la compensation par équivalent. Ainsi, en matière

⁸⁵⁵ LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, p. 521.

⁸⁵⁶ GAUDEMET Eugène, Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, p. 196. V. aussi CHAUVEL Patrick, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., 1996, p. 36 et s., spéc. p. 45 ; MOUSSERON Pierre, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDCom. 1998, p. 242 et s., spéc. p. 265.

⁸⁵⁷ Sur cette question, voir, notamment, LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PU d'Aix-Marseille, 1992, n° 26, p. 34 ; Le constat judiciaire des pourparlers, RTDCom. 1998, p. 551. Pour des exemples jurisprudentiels, v. par ex. Cass. soc., 19 décembre 1989, D. 1989, p. 62, note SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna ; CA Rennes, 29 avril 1992, JCP 1993. IV. 1520 ; CA Paris, 29 janvier 1996, D. Aff. 1996, p. 389 ; Cass. civ. 3, 1^{er} juillet 1998, D. Aff. 1998, p. 1528 ; Cass. civ. 1, 24 novembre 1998, D. Aff. 1999, p. 164.

⁸⁵⁸ CA Paris, 13 février 1883, GP, 1883-2, p. 414 ; Cass. civ. 3, 30 avril 1997, D. 1997, jur., p. 475, note MAZEAUD Denis.

précontractuelle, la violation des devoirs identifiés se résout, par application de l'article 1142 du Code civil, en dommages-intérêts.

Le législateur contemporain et la jurisprudence ont également tendance à employer les deux expressions « dommages-intérêts » et « dommages et intérêts » en les considérant comme synonymes. Toutefois, certains auteurs font valoir, notamment en matière contractuelle, que les expressions ont un sens distinct⁸⁵⁹. Les dommages et intérêts sont constitués de deux éléments séparés : la perte éprouvée - *damnum emergens* - et le gain manqué - *lucrum cessans* - et ont pour fonction primordiale de réparer le préjudice subi, tandis que les dommages-intérêts sont « une somme déterminée en bloc »⁸⁶⁰ dont le but principal est de sanctionner l'auteur d'une faute⁸⁶¹. Nous allons donc utiliser le terme dommage et intérêts précontractuels pour désigner la réparation des préjudices précontractuels.

B - Distinction entre « intérêt négatif » et « intérêt positif »

En ce qui concerne la détermination du montant de dommages et intérêts octroyé en réparation d'un préjudice précontractuel, la méthode proposée par Jhering⁸⁶², distinguant l'intérêt négatif de l'intérêt positif semble être la plus appropriée. Cette méthode fut d'ailleurs adoptée par les codifications les plus modernes⁸⁶³.

Selon Jhering, l'intérêt positif consiste dans l'intérêt à l'exécution du contrat et correspond à tout ce que le demandeur aurait eu si le contrat était valable. L'intérêt négatif correspond à ce qu'il aurait eu si le fait extérieur de la conclusion du contrat n'avait point existé. Originellement appliquée par Jhering au cas d'un contrat annulé, les deux volets de cette méthode sont utilisés dès nos jours en cas de rupture de pourparlers.

⁸⁵⁹ Par exemple, SAEDI Omid, Dommages-intérêts ou dommages et intérêts : celle-ci ou celle la ; ou bien les deux ?, LPA, 7 juin 2005, n° 112, p. 6.

⁸⁶⁰ SAEDI Omid, Dommages-intérêts ou dommages et intérêts : celle-ci ou celle la ; ou bien les deux ?, LPA, 7 juin 2005, n° 112, p. 6.

⁸⁶¹ Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 6, 2008, p. 380.

⁸⁶² VON JHERING Rudolph, De la 'Culpa in contrahendo' ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, Œuvres choisies, t. 2, traduction de O. de Meulenaere, Paris, 1893, Chevalier-Marescq et Cie. éditeurs, p. 16.

⁸⁶³ Il en va ainsi en droit italien. Voir, en ce sens, BIANCA Cesare Massimo, Il contratto, 2^e éd., Milano 2000, p. 175 ; en common law à travers de la distinction entre « expectation » et « reliance interest », en droit allemand, par le biais de l'articulation entre « status quo ante » et le « status ad quem » et également en droit suisse ; aussi Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 6, 2008, p. 381.

Pour ce qui est de l'intérêt négatif, il aurait ainsi son champ d'application restreint à la seule période des négociations, et à ce qui concerne cette période, toutes considérations relatives au contrat futur en étant exclues car elles font plutôt l'objet de l'intérêt positif. En ce qui concerne cet intérêt positif, ce sont seulement les gains manqués qui auraient résulté de la conclusion du contrat faisant l'objet de la négociation, qui doivent être pris en compte. En partant de cette méthode, on peut discerner à l'intérieur de l'intérêt négatif la distinction perte subie et gain manqué. Un important avantage de la différenciation préconisée par Jhering est que la fixation du « quantum » du dommage est plus précise parce qu'elle fait une distinction entre les gains manqués qui auraient résulté de la conclusion du contrat et ceux de la perte d'une chance de réaliser un autre avantage en dehors du domaine du contrat négocié. De cette façon, cette méthode résout un problème de cohérence en ce qui concerne les gains manqués. Comme elle divise les gains manqués entre ceux de l'intérêt positif et ceux de l'intérêt négatif, ces derniers sont considérés de façon plus libérale par rapport aux premiers⁸⁶⁴.

La victime ne pouvant prétendre qu'à la seule réparation du préjudice effectif - autrement dit l'intérêt qu'elle aurait eu à ne pas engager les pourparlers avec l'auteur de la rupture -, il est traditionnellement admis que seul « l'intérêt négatif » est indemnisable⁸⁶⁵. En réalité, plutôt que de schématiser et définir « l'intérêt négatif », il faut rechercher sans entrave quelles sont les conséquences de la violation, exactement déterminée, du devoir précontractuel. Il faudra par exemple déterminer à partir de quand une partie n'avait plus de « véritable intention de parvenir à un accord ». Si elle n'en a jamais eu, elle devra indemniser le partenaire pour toutes les conséquences depuis le début des négociations ; si c'est à un stade ultérieur qu'elle a perdu toute intention de parvenir à un accord et a malgré tout poursuivi les négociations, les conséquences préjudiciables - et réparables - de cette violation seront moindres. Le moment de la violation doit être déterminé avec précision.

§ 2 - Etendue du préjudice réparable

⁸⁶⁴ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 144.

⁸⁶⁵ La doctrine allemande utilise de façon très expressive le terme Vertrauensinteresse, signifiant « l'intérêt de confiance ». Cependant, l'intérêt de confiance a une portée plus étendue que celle de l'intérêt négatif. Voir à ce propos, WITZ Claude, Droit privé allemand. Actes juridiques, droits subjectifs. Paris, Litec, 1992 ; PEDAMON Michel, Le contrat en droit allemand, LGDJ, 2^e éd., par. 135, p. 107.

Il reste néanmoins à résoudre le problème de l'évaluation de cette réparation. Le principe dans le système de la responsabilité civile est la réparation intégrale du dommage, c'est-à-dire que la somme des dommages et intérêts doit comprendre tout le préjudice et lui seul. Appliquant ce principe à la responsabilité précontractuelle, on a seulement besoin de comprendre ce que signifie « tout le dommage précontractuel ». Pour définir le « quantum » de la réparation, la Cour de cassation a décidé que l'évaluation du montant des dommages relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁸⁶⁶.

Or, si la réparation de la première composante de l'intérêt négatif - la perte subie - (A) ne soulève aucune difficulté, la réparation de la seconde - le gain manqué - a fait l'objet d'importantes hésitations jurisprudentielles (B).

A - La perte subie

Selon la classification doctrinale traditionnelle, le préjudice peut être matériel et moral. On s'accorde cependant à reconnaître aujourd'hui qu'une telle présentation est quelque peu approximative et non exempte d'inconvénients⁸⁶⁷. Le dommage matériel évoque l'atteinte aux biens, alors que sous ce vocable, on désigne aussi la lésion d'intérêts pécuniaires consécutifs à une atteinte à la personne. Quant au dommage moral, il semble bien que l'on regroupe sous cette appellation devenue générique, des types de préjudices assez dissemblables. Cette présentation classique se révèle enfin embarrassante quand il s'agit de traiter du dommage corporel, dont on dit qu'il présente à la fois des aspects du dommage matériel et du dommage moral. Nous ne traiterons pas du dommage corporel, trop rare dans les pourparlers commerciaux internationaux.

Ainsi, le préjudice précontractuel subi par la victime est d'abord une perte patrimoniale éprouvée, tels les frais engagés (I), mais il peut correspondre aussi à un préjudice extrapatrimonial, telle une atteinte à la réputation commerciale lorsqu'elle a connu un certain retentissement, et qu'elle laisse planer un doute sur la compétence ou l'honnêteté de la victime (II).

⁸⁶⁶ Cass. civ. 3, 8 décembre 1981, Bull. civ. III, n° 260 ; Cass. civ. 2, 8 juillet 1987, Bull. civ. II, n° 150 ; Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, Bull. civ. ch. mixte, n° 4.

⁸⁶⁷ MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, *Leçons de droit civil : obligations*, Tome II, vol. I, Obligations, Montchrestien, 9^e éd., 1998, par F. Chabas, n° 417, p. 422 ; et STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Obligations*, vol. I, Responsabilité délictuelle, Litec, 5^e éd., 1996, n°104, p. 56.

I- Les frais engagés lors des pourparlers

Étant donné l'importante liberté et incertitude qui gouvernent les pourparlers internationaux, les pertes et dépenses survenues au cours des pourparlers restent, en principe, à la charge de chacun des partenaires. Certes, un professionnel connaît les risques de rupture de négociations et les intègre dans ses prévisions financières⁸⁶⁸ ; mais il n'entend pas accepter les pertes qui résultent de la mauvaise foi⁸⁶⁹. Ces dépenses relèvent de deux catégories distinctes : les frais de négociations proprement dites et les frais de la rupture⁸⁷⁰.

La première catégorie englobe les frais réalisés pendant les pourparlers en vue de la conclusion du contrat, tels que les dépenses de déplacements⁸⁷¹, le temps utilisé pour l'élaboration d'un projet de contrat⁸⁷², les coûts liés à l'aménagements de locaux⁸⁷³, à l'acquisition de biens⁸⁷⁴, à l'intervention de tiers spécialisés⁸⁷⁵, au recrutement d'employés⁸⁷⁶, aux investissements exceptionnels⁸⁷⁷. Ces dépenses sont normales dans toutes les négociations plus avancées.⁸⁷⁸ Ce sont des frais qui habituellement s'imposent quand la partie croit à la conclusion du contrat, mais sa confiance légitime est trompée par l'autre partie. Comme nous avons mentionné avant, il n'est nul besoin de mauvaise foi, suffisant l'existence d'une légèreté⁸⁷⁹ et que le précontractant se soit contredit au détriment de l'autre⁸⁸⁰.

⁸⁶⁸ Com. 22 mai 1978, D. 1978. IR. 408, obs. LARROUMET Christian.- CA Rennes, 29 avr. 1972, JCP G, 1993, IV. 1520.- SALEILLES Raymond, De la responsabilité précontractuelle, RTDCiv. 1907. 697 et s., spéc. p. 700.

⁸⁶⁹ Contre, LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRJ 1994/3, p. 825, spéc. p. 851-852 ; il est vrai que quelques rares arrêts considèrent, à tort, que ces dommages sont inhérents à la gestion de toute entreprise, notamment CA Pau, 14 janv. 1969, D. 1969. 716.- Com. 30 nov. 1971, Bull. civ. IV, n° 288.

⁸⁷⁰ Cette division a été proposée par DESHAYES Olivier dans son article Le dommage précontractuel, RTDCom., 2004, p. 187 et s.

⁸⁷¹ CA Angers, 25 novembre 1992, JurisData : 1992-048656 ; Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93, RTDCiv. 1972, p. 779, obs. DURRY Georges ; JCP 1973, II, 17543, note SCHMIDT Joanna.

⁸⁷² CA Lyon, 24 juillet 2002, JurisData : 2002-193214.

⁸⁷³ Cass. civ. 3, 3 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 491 ; Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-19.456 ; CA Aix, 16 octobre 2001, JurisData : 2001-180989.

⁸⁷⁴ CA Agen, 21 août 2002, JCP 2003, II, 10162, p. 1829, note LECOURT Arnaud.

⁸⁷⁵ CA Rennes, 29 avril 1992, Bull. Joly 1993.463, n° 132, note DAIGRE Jean-Jacques ; JCP 1993, IV, 1250 ; CA Lyon, 6 juin 2002, JurisData : 2002-184338.

⁸⁷⁶ CA Paris, 17 janvier 2003, JurisData : 2003-211449 ; CA Versailles, 8 mars 1985, JurisData : 1985-041111.

⁸⁷⁷ Cass. com., 22 février 1994, M. Ménant et a. c/ M. Baron et a., Bull. civ. 1994, IV, n° 72, p. 55, RTDCiv., 1994, p. 850, note MESTRE Jacques.

⁸⁷⁸ PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008, p. 132.

⁸⁷⁹ Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-19456, inédit ; Cass. com., 22 février 1994, BMCE c/ M. Duterage, Bull. civ., IV, n° 79, p. 61 ; RJDA 1994, n° 765, p. 611, RTDCiv. 1994, p. 849, note MESTRE Jacques ; CA Versailles, 8 mars 1985, JurisData : n° 1985-041111 ; CA Riom, 2 octobre 2002, JurisData : n° 2002-192849.

⁸⁸⁰ Cass. com., 11 juillet 2000, JurisData : 2000-003185 ; CA Riom, 10 juin 1992, RTDCiv. 1993, p. 343, obs. MESTRE Jacques ; RJDA, 1992, n° 893, p. 732 ; CA Paris, 16 novembre 1988, JurisData : 1988- 026630 ; CA Reims, 13 décembre 1989, JurisData : 1989-049587 ; CA Toulouse, 27 novembre 2000, JurisData : 2000-135127.

Outre les frais liés à la négociation, il existerait des dépenses effectuées à cause de la rupture de pourparlers, dénommées « frais de rupture » par M. Deshayes⁸⁸¹. Il s'agit, par exemple, des frais provoqués par la nécessité de recourir à un financement suite à l'échec des négociations⁸⁸², des dépenses liées à la nécessité de trouver un nouvel emploi⁸⁸³, ou encore des dépenses liées à la nécessité de recourir en urgence aux services plus coûteux d'un tiers⁸⁸⁴.

En outre, les frais engagés pour minimiser son propre dommage sont de plus en plus considérés comme un chef de préjudice à part entière. Bien connu de la *common law*, sous la dénomination de *duty to mitigate*, ce devoir de minimiser son propre dommage a pour corollaire le droit pour le créancier de recouvrer les sommes déboursées à cette fin, à condition qu'elles ne soient pas déraisonnables⁸⁸⁵. En France, cette idée a été concrétisée par l'article 1344 de l'avant-projet Catala. En effet, l'article dispose que « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, des lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ». L'article 2:104 des Principes européens de la responsabilité civile⁸⁸⁶ prévoit aussi que « Les dépenses engagées pour prévenir la menace d'un dommage sont considérées comme préjudice réparable, du moment qu'elles sont raisonnablement engagées »⁸⁸⁷.

Il faut remarquer, cependant, que si l'obligation de minimiser son propre dommage est retenue tant par les Principes du droit européen du contrat, dont l'article 9 :505 dispose que « le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait

⁸⁸¹ DESHAYES Olivier, Le dommage précontractuel, RTDCom., 2004, p. 190.

⁸⁸² CA Lyon, 4 mars 1994, JurisData : 1994-043277.

⁸⁸³ CA Agen, 21 août 2002, JCP 2003, II, 10162, obs. LECOURT Arnaud.

⁸⁸⁴ CA Paris, 5 novembre 1999, RTDCiv. 2000, p. 104, note MESTRE Jacques et FAGES Bertrand.

⁸⁸⁵ FARNSWORTH Allan, Contracts, 4 éd., 2004, Boston, Little, Brown & Co, p. 778.

⁸⁸⁶ The European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien, Springer, 2005 ; KOCH Bernhard A.: The « European Group on Tort Law » and Its « Principles of European Tort Law », American Journal of Comparative Law 53 (2005) 189 ; MARTÍN CASALS Miquel, Una panoràmica sui "Principles on European Tort Law" (Dalla prospettiva spagnola), Responsabilità Civile e Previdenza, 6-2005, p. 1277-1302 ; JANSEN Nils, The State of Art of European Tort Law. Present Problems and Proposed Principles, in: Mauro Bussani (Hg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives 2007, pp. 15 et s. ; VAN DEN BERGH Roger et VISCHER Louis, The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonisation?, German Working Papers in Law and Economics: Vol. 2006: Article 8 ; WAGNER Gerhard, The Project of Harmonizing European Tort Law, 42 Common Market Law Review, 2005, pp. 1269-1312 ; WERRO Franz, Les Principes de droit européen de la responsabilité civile en deux mots: contenu et critique, Responsabilité et assurance 2005, p. 248-250.

⁸⁸⁷ Ces principes ne constituent qu'une contribution doctrinale à l'unification des législations nationales et, s'ils influencent les réflexions sur le sujet, ils n'ont reçu nulle part une quelconque application. Les principes retenus combinent les différentes approches anglo-saxonne, allemande et française. Ils prévoient ainsi, sur le modèle français, une règle générale de responsabilité et, sur le modèle allemand, une modulation de la protection apportée à la victime en fonction de l'importance de l'intérêt lésé. De la même manière, pour apprécier la faute, ils renvoient à un standard de conduite proche du « standard of conduct » du droit anglais.

pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables », que par les Principes d'Unidroit (article 7.4.8 [1]). Elle n'a pas été accueillie par la jurisprudence française, qui s'en tient au principe de la réparation intégrale du préjudice. Par deux importants arrêts, la Cour de cassation a ainsi décidé que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable⁸⁸⁸. Toutefois, la doctrine n'est pas demeurée insensible à sa consécration par la *lex mercatoria* internationale⁸⁸⁹. Aussi, ce principe, qui pourrait utilement être fondé sur l'obligation qu'ont les parties de collaborer⁸⁹⁰, tend à acquérir une place de plus en plus importante dans le paysage juridique français⁸⁹¹. En témoigne sa consécration à l'article 1344 de l'avant-projet Catala.

II - Les préjudices extrapatrimoniaux

L'appréciation du dommage moral en ce qui concerne la phase de négociations est controversée. D'abord, poser la question de l'existence d'un préjudice moral chez une personne morale peut choquer⁸⁹² parce que le préjudice moral est défini comme « le dommage subi par une personne dans ses sentiments »⁸⁹³. Pour considérer la personne morale comme susceptible d'avoir des préjudices moraux, la jurisprudence a augmenté la portée du préjudice moral⁸⁹⁴, tout en élargissant la notion de victime⁸⁹⁵. Les préjudices subis par une personne morale peuvent être de genres divers mais se manifestent surtout dans les cas d'atteinte à l'activité de la personne morale⁸⁹⁶, à sa réputation, image ou crédit⁸⁹⁷.

⁸⁸⁸ Cass. civ. 2, 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01-13.289, Bull. civ. II, n° 203, D. 2003, p. 2326, note CHAZAL Jean-Pascal ; sur le sujet voir: AUBERT Jean-Luc, La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?, note sous Cass. civ. 2, 19 juin 2003, RJDA, 2004, n° 4, p. 355.

⁸⁸⁹ Voir ROBIN Guy, Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux, RDAI 2005, p. 695.

⁸⁹⁰ Comp. PIMONT Sébastien, Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage, RLDC oct. 2004, p. 15.

⁸⁹¹ V., en ce sens, AUBERT Jean-Luc, Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, in Mélanges VINEY Geneviève, 2008, LGDJ, p. 55 et s., spéc. p. 57 ; LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz-Action 2008-2009, n° 48.

⁸⁹² WESTER-OUISSE Véronique, Le préjudice moral des personnes morales, JCP G, 25 juin 2003, I, 145, p. 1189.

⁸⁹³ CORNU Gérard, vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8^e éd., 2007.

⁸⁹⁴ Cass. civ. 2, 16 avril 1996, LPA, 12 février 1997, n° 19, p. 20, note DAGORNE-LABBÉ Yannick, qui admet l'indemnisation des frères et sœurs, des oncles et tantes ; CEDH, 24 avril 1998, Selguk et Asker c/ Turquie, RTDCiv. 1998, p. 996, obs. MARGUENAUD Jean-Pierre et RAYNARD Jacques, qui a admis qu'un dommage aux biens pouvait générer un préjudice moral.

⁸⁹⁵ Cass. com., 3 juillet 2001, pourvoi n° 98-18352 et 25 avril 2001, pourvoi 98-19670.

⁸⁹⁶ Cass. com., 27 novembre 1996, Bull. civ. IV, n° 431.

⁸⁹⁷ Cass. crim., 27 novembre 1996, Bull. crim. n° 431 ; JCP G, 1997, IV, 508 ; JurisData : 1996-004701 ; Cass. com., 3 juillet 2001, pourvoi n° 98-18352 ; Cass. com., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-14.108 ; Cass. crim., 14 octobre 1985, BRDA 1985/23, p. 9 ; CA Paris, 17 janvier 2003, JurisData : 2003-211449.

En 2002, pour la première fois, ce type de préjudice a été reconnu à propos d'une faute précontractuelle. La Cour d'appel d'Agen⁸⁹⁸ a accordé une indemnisation du dommage moral, indépendamment du préjudice matériel pour le motif de rupture de pourparlers. En l'espèce, un infirmier, ancien restaurateur, souhaite contracter une location-gérance et engage des négociations avec le propriétaire d'un fonds de commerce. L'infirmier cesse son activité libérale et prend des mesures pour l'installation du restaurant. Cependant, le propriétaire rompt les pourparlers en invoquant que n'existait entre eux aucune promesse de contracter et que l'infirmier avait caché sa condition de restaurateur dans le passé. La victime, par contre, fait valoir que, en plus des dommages matériels - perte de revenus du fait d'être restée plusieurs mois sans activité professionnelle et frais engagés dans le cadre des négociations - il a subi des dommages moraux causés par le « caractère vexatoire des conditions dans lesquelles il a été mis fin aux relations entre les parties ». La Cour d'appel condamne le propriétaire du fonds de commerce, entre autres motifs, parce que « les circonstances mêmes de la rupture lui (*la victime*) ont nécessairement causé un préjudice moral ». Cependant, dans les circonstances de l'affaire, il demeure difficile de trouver en quoi la rupture des négociations aurait porté atteinte à la réputation de la victime. C'est peut-être la situation spécifique de la victime, sans emploi et sans restaurant, qui a poussé les juges à lui indemniser le dommage moral⁸⁹⁹. Dans un arrêt de mars 2000, la Cour d'appel de Paris⁹⁰⁰ a condamné la partie fautive à réparer la perte de chance pour la victime de voir sa notoriété se développer.

M. Deshayes⁹⁰¹ propose un nouveau fondement pour la réparation du préjudice moral en pourparlers : « Si la faute consiste à avoir porté atteinte à la réputation et l'honneur du partenaire, il est possible d'affirmer que ce dernier a perdu, pour l'avenir, des chances de conclure un contrat satisfaisant avec des tiers, rendus méfiants. Le montant sera alors le montant de l'avantage net attendu du contrat qui aurait pu être conclu avec un tiers, affecté d'un coefficient de minoration qui est fonction de la teneur de la chance perdue ». Selon M. Ghestin, cette solution est transposable à la rupture abusive des pourparlers et même à une rupture trop

⁸⁹⁸ CA Agen, 21 août 2002, Solhard c/ SARL Le mans de douze, JCP G, n° 42, 15 octobre 2003, Jurisprudence II 10162, p. 1829, note LECOURT Arnaud.

⁸⁹⁹ V. aussi en matière de rupture de pourparlers pour un contrat de travail, CA Paris, 17 janvier 2003, JurisData : 2003-211449.

⁹⁰⁰ CA Paris, 10 mars 2000, JCP 2001, Entreprise et affaires, n° 10 (08/03/2001), p. 422, note VIOLET Franck.

⁹⁰¹ DESHAYES Olivier, Le dommage précontractuel, RTDCom. 2004, spéc. p. 197.

brutale, puisque cette rupture serait de nature à augmenter le discrédit sur la valeur des prestations du précontractant ainsi écarté.⁹⁰²

La jurisprudence semble être majoritairement d'accord pour que soient réparées toutes les pertes subies par la victime d'une rupture fautive de pourparlers, mais elle est assez réservée sur la réparation du gain manqué.

B - Le gain manqué

Le gain manqué ayant son origine dans une rupture de négociations peut être résumé en deux hypothèses. D'abord, la rupture peut empêcher une partie de contracter avec un tiers (II). Cela peut arriver si une partie négocie l'achat d'un bien pour pouvoir le revendre à un tiers avec des profits. Enfin, la rupture peut priver une partie des bénéfices qu'elle aurait pu avoir en vertu de la conclusion du contrat envisagé par les pourparlers (I). Le préjudice issu d'une perte de chance n'est pas, cependant, facilement perceptible dans toutes les situations et, parfois, il est controversé⁹⁰³.

I- La perte d'une chance de conclure le contrat envisagé

Les gains manqués furent exclus du champ de la réparation du dommage précontractuel pendant longtemps. Cette position était justifiée par le fait qu'une telle indemnisation revenait à donner effet à un contrat qui n'avait pas été conclu. Ainsi avait-il été décidé par la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 8 juillet 1929 : « Considérant qu'on ne devra pas pour leur calcul [les dommages-intérêts] tenir compte des avantages dont la partie lésée a été privée par la non-réalisation de la convention, ce qui, indirectement, rendrait cette convention obligatoire, mais uniquement du préjudice acquis, c'est-à-dire des dépenses et dérangements que la promesse non tenue a provoqué, du dommage matériel et moral qu'elle a entraîné »⁹⁰⁴. Heureusement, cette solution a évolué sous l'influence des modifications qui ont transformé la responsabilité civile, spécialement le recours à la notion de perte de chance par la

⁹⁰² GHESTIN Jacques, Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers, JCP G, 30 mai 2007, n° 15.

⁹⁰³ Voir VACARIE Isabelle, La perte d'une chance, RRJ 1987-3, p. 903 ; RUELLAN Caroline, La perte de chance en droit privé, RRJ, 1999/3, p. 729.

⁹⁰⁴ CA Rennes, 8 juillet 1929, DH 1929, p. 548 ; RTDCiv. 1930, p. 112.

jurisprudence. L'analyse de la jurisprudence montre que le critère d'indemnisation réside principalement dans la vraisemblance ou l'improbabilité de la conclusion du contrat. Et ce n'est que lorsque celle-ci est plausible, autrement dit lorsque le degré d'avancement des pourparlers est jugé suffisant, qu'une réparation est octroyée⁹⁰⁵. Le dommage constitué par la perte de chance n'est donc plus écarté d'emblée, et les juges décident, sous le visa de l'article 1149 du Code civil et sous certaines conditions, que « les dommages-intérêts dus au créancier de l'obligation inexécutée sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé »⁹⁰⁶.

Cependant, la réparation des gains manqués n'a pas été épargnée par les critiques. En effet, la réparation de ces préjudices est marquée par l'aspect hypothétique et aléatoire. En outre, indemniser les avantages qui auraient résulté de la conclusion du futur contrat, reviendrait à donner effet à un contrat qui n'a pas été conclu⁹⁰⁷. Selon M. Stoffel-Munck, réparer le gain manqué par « la victime d'un dommage corporel, c'est une chose. Qu'il faille décider pareillement à propos des bénéfices prévisionnels éventuellement manqués à l'occasion d'un rapport d'affaires qui, de surcroît, n'était lui-même qu'éventuel, cela se justifie avec moins de force »⁹⁰⁸.

De plus, l'évaluation du gain manqué est assez complexe et incertaine. En effet, à la différence des pertes subies qui requiert une démarche purement factuelle, l'évaluation du gain manqué est bien plus difficile, puisqu'il s'agit d'une simple estimation de ce qui aurait été gagné s'il n'y avait pas eu d'atteinte à l'activité économique. En d'autres termes, il convient de faire la différence entre ce qui a été gagné et ce qui l'aurait été s'il n'y avait pas eu une rupture abusive des pourparlers⁹⁰⁹. Les juges du fond, de façon générale, ne sont liés par aucun mode de calcul⁹¹⁰, ou un quelconque barème préétabli. En d'autres termes, l'évaluation du gain manqué résultera, au moins partiellement, d'un raisonnement de « finance-fiction »⁹¹¹. La Cour

⁹⁰⁵ CA Paris, 13 mai 1988, RTDCiv. 1989, p. 736, note MESTRE Jacques ; Cass. civ. 1, 15 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 334 ; Cass. com., 7 avril 1998, JCP E 1999, p. 579, note SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna.

⁹⁰⁶ Cass. civ. 1, 15 novembre 1994, JCP 1995. I. 3853, VINEY Geneviève ; CA Versailles, 21 septembre 1995, RTDCiv. 1996, p. 145.

⁹⁰⁷ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations : Cujas, 2006, n° 464 ; V. déjà en ce sens, GAUDEMET Eugène, Théorie générale des obligations : Sirey, 1937, p. 196 ; CHAUVEL Patrick, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., 1996, p. 36 et s. ; VIOLET Franck, note sur CA Paris, 10 mars 2000, JCP G, 2001, II, 10470.

⁹⁰⁸ STOFFEL-MUNCK Philippe, Heureuses précisions sur la nature et la sanction de l'abus dans la rupture de pourparlers, note sur Cass. com. 26 novembre 2003, JCP Communication - Commerce électronique, mars 2004, p. 33.

⁹⁰⁹ BÉLOT Frédéric, L'évaluation du préjudice économique, D. 2007 p. 1681.

⁹¹⁰ Cass. civ. 2, 3 oct. 1990, RCA 1990. comm. 400 ; 5 févr. 1992, RCA 1992. comm. 173.

⁹¹¹ BOUCHON François, L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, Litec, avril 2002, p. 44, § 142.

de cassation limite le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond lorsqu'elle contrôle la motivation du jugement et vérifie ainsi le respect du principe de la réparation intégrale des préjudices.

Mais le principal obstacle à la réparation de ces préjudices est la difficulté d'établir le lien de causalité entre la rupture de négociations et les gains manqués. Cela a poussé la Cour de cassation à opérer un revirement de la jurisprudence. Dans un arrêt du 25 février 2003, la chambre commerciale statue que « nul n'ayant l'obligation de contracter, la perte du bénéfice qui aurait pu être retiré du contrat qui n'a pas été conclu ne se trouve pas en relation de cause à effet avec la faute commise lors de la rupture de pourparlers »⁹¹². C'est alors que la chambre commerciale de la Cour de cassation rend son arrêt Manoukian⁹¹³. L'affaire concernait une négociation en vue de la cession de parts sociales. Alors que les négociations étaient bien avancées, la cession est faite au profit d'un tiers ; l'acquéreur évincé n'étant informé de cela que plusieurs jours plus tard. La faute est reconnue. Or les juges d'appel sont approuvés d'avoir exclu la réparation de la perte de chance de tirer profit de la cession au motif « que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ». La chambre commerciale en déduit que la cour d'appel « a décidé à bon droit qu'en l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ». Cet arrêt est innovateur par sa motivation. La Cour ne raisonne plus comme à son habitude en termes de certitude du dommage et probabilité de la conclusion du contrat, mais en termes de causalité. De ce point de vue, la solution présente une cohérence évidente, puisque ce n'est pas la rupture unilatérale qui constitue en elle-même la faute reprochée source de préjudice, mais la faute doit bien plus être cherchée dans les circonstances qui ont entouré la rupture.

⁹¹² Cass. com. 25 février 2003, n° 01-12.660, Sté Pierre Industrie c/ Sté Deville, inédit.

⁹¹³ Arrêt Alain Manoukian, Cass. com. 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et n° 00.10-949, Sté Alain Manoukian c/ Les consorts Wajsfisz et autre, JurisData : n° 2003-021243 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 186, p. 206, RTDCiv. 2004, p. 80, note MESTRE Jacques ; Communication, Commerce Électronique, mars 2004, p. 33, obs. FAGES Bertrand ; Rev. sociétés, 2004, p. 325, note MATHEY Nicolas ; RDC, n° 2, p. 257, obs. MAZEAUD Denis ; JCP E, n° 39, 22 mars 2004, p. 601, note CAUSSAIN Jean-Jacques, DEBOISSY Florence et WICKER Guillaume ; JCP G, 22 septembre 2004, I, p. 163, note VINEY Geneviève ; Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 2004, n° 6, p. 849, obs. DAIGRE Jean- Jacques ; JCP E, n° 20, 13 mai 2004, p. 738, note STOFFEL-MUNCK Philippe ; Dr. et patr., 2004, n° 124, obs. PORACCHIA Didier ; D. 2004, p. 869, obs. DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie.

Plusieurs arrêts ultérieurs, non publiés et d'ailleurs passés inaperçus, auraient pu semer le doute. En effet, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, le 07 janvier 2004, a admis la réparation du préjudice résultant dans la perte d'une chance : « Attendu que la réparation du préjudice consistant dans la perte d'une chance doit être mesurée à la valeur de la chance perdue ». De même, certaines décisions des juges du fond ont admis la réparation de cette perte de chance. La Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt du 13 février 2004 a considéré que « la perte de chance ne recouvre pas tout le manque à gagner étant donné son caractère aléatoire ».⁹¹⁴

Mais, la position de l'arrêt Manoukian a été confirmée dans un important arrêt *Antinéas*, rendu par la troisième chambre, le 28 juin 2006⁹¹⁵. Dans cette affaire, il était question de la cession d'un terrain sur lequel l'acquéreur voulait réaliser un programme immobilier. À nouveau, il a été jugé qu'« une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ».

Cette position a également été confirmée récemment par la Cour de cassation dans l'arrêt du 7 janvier 2009, rendu par la troisième chambre civile⁹¹⁶. Dans le cadre de la négociation de la cession d'un bail commercial, le bailleur donne son accord sous certaines réserves à la réalisation de l'opération en présence de son preneur et du bénéficiaire projeté de la cession. Finalement, le bailleur refuse le projet mis au point ; le preneur et le candidat cessionnaire assignent celui-ci afin d'obtenir la réparation des préjudices subis du fait de la rupture des pourparlers. Les juges du fond font droit à la demande, retenant un préjudice indiscutable du fait de l'impossibilité dans laquelle le candidat à la cession a été d'ouvrir le nouvel établissement qu'il souhaitait adjoindre à sa chaîne. La Cour de cassation censure la décision sur le fondement de l'article 1382 du Code civil : « la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne peut être la cause d'un

⁹¹⁴ Cités par DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie, Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers, D. 2004 p. 869.

⁹¹⁵ Dans ce sens, Cass. civ. 3, 28 juin 2006, n°04-20.040, JCP G 2006, I, n° 166, obs. STOPPEL-MUNCK Philippe, JCP G 2006, II, n° 10130, note DESHAYES Olivier, RTDCiv. 2006, p. 754, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand ; D. 2006. Jur. 2963, note MAZEAUD Denis, et Pan. 2638, obs. AMRANI-MEKKI Soraya et FAUVARQUE-COSSON Bénédicte ; et Com. 26 nov. 2003, D. 2004. Jur. 869, note DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie, et Somm. 2922, obs. LAMAZEROLLES Eddy ; voir aussi DESHAYES Olivier, Le dommage précontractuel, RTDCom. 2004, p. 187 et s. ; Cass. civ. 3, 28 juin 2006, Defrénois, 15 déc. 2006, n° 23, p. 1858, note LIBCHABER Rémy ; LAGARDE Xavier, De la période précontractuelle, RLDC, 2008/55, n° 3205.

⁹¹⁶ Cass. civ. 3, 7 janvier 2009, n° 07-20.783, SCI Norimmo c/ Sté Regal Lezennes ; D. 2009 p. 297 ; RDC, 2009, n° 58 ; Bulletin Joly Sociétés, 01 mai 2009 n° 5, p. 477.

préjudice consistant dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ».

Il est largement admis que la faute n'est pas constituée par la rupture mais par les conditions qui l'entourent : mauvaise foi, abus de droit, rupture tardive, confiance légitime de l'autre partie, brutalité de la rupture, concurrence déloyale. C'est donc sur le terrain technique de la causalité que se situe, *a priori*, la justification de la solution nouvelle. En effet, si la décision de rompre les pourparlers est un acte juridique générateur d'un certain nombre de dommages, notamment du préjudice résultant de ce que les frais de négociation ont été engagés en pure perte par l'autre partenaire, il n'est pas la cause nécessaire de la non-conclusion du contrat. L'existence d'un rapport de nécessité entre le fait générateur et le dommage va naturellement conduire les tribunaux à écarter le lien de causalité à chaque fois que l'événement envisagé n'apparaît pas comme une condition *sine qua non* du dommage. Au regard de cette définition de la causalité, il serait permis de considérer qu'en l'absence de rupture des pourparlers, le contrat, malgré une négociation menée correctement à son terme, aurait pu finalement ne pas être conclu.

Mme. Viney a observé que « la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas été insensible aux enseignements du droit comparé » qui montre que de nombreux pays limitent dans cette hypothèse la réparation à « l'intérêt négatif »⁹¹⁷ qu'aurait eu le demandeur à ne pas s'engager dans une négociation qui a finalement échoué par la faute de son partenaire et écarte celle de « l'intérêt positif » qu'il aurait retiré de la conclusion et de l'exécution du contrat. Cet alignement serait d'autant plus justifié que le contentieux relatif à la rupture des pourparlers intéresse fréquemment des relations commerciales internationales⁹¹⁸.

La jurisprudence a su convaincre puisque les projets de réforme en cours du droit des obligations intègrent cette solution. L'avant-projet de la chancellerie, à l'article 20, et l'avant-projet Terré, à l'article 23, prévoient qu'en cas de rupture des négociations les dommages et intérêts ne peuvent compenser la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu. Contrairement, l'avant-projet Catala prévoit, à l'article 1346, que « la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle

⁹¹⁷ Voir CONINCK Bertrand de, Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles, in Le processus de formation du contrat, (dir.) M. Fontaine, Bruylant-LGDJ, 2002, n° 226, p. 134.

⁹¹⁸ GHESTIN Jacques, Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers, JCP G, 30 mai 2007, n° 22, p. 19.

s'était réalisée ». Cette restriction à la perte d'une chance ne semble ni excessive ni inéquitable, d'autant que les juges se montrent particulièrement généreux lorsqu'il s'agit de réparer la perte subie.

II - La perte d'une chance de conclure un contrat avec un tiers

Cette évolution jurisprudentielle sur la réparation de la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé, a soulevé la question de savoir si toute réparation au titre de la perte d'une chance était condamnée, notamment la perte d'une chance de conclure un contrat avec un tiers, ce que l'on peut appeler la perte d'opportunité.

Ce doute était légitime parce que l'arrêt *Antinéas*⁹¹⁹ laissait entendre que la réparation de la perte d'opportunité demeurerait possible, et toutes les raisons qui excluent la perte de chance de conclure le contrat envisagé ne valent pas pour la perte de la chance de conclure avec un tiers.⁹²⁰ MM. Mestre et Fages⁹²¹, s'interrogent aussi sur une éventuelle remise en cause de la jurisprudence antérieure par l'arrêt *Manoukian*. Pour eux, « il faut souhaiter que non. D'ailleurs, à s'en tenir au texte, l'arrêt ne vise ici que les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat. C'est suggérer très implicitement que les occasions ratées de conclure avec un tiers, pourvu qu'elles apparaissent suffisamment certaines, peuvent constituer pour la victime un préjudice indemnisable ».

Dans une affaire assez commentée, la chambre commerciale, le 7 avril 1998⁹²², avait déjà jugé « qu'en précisant que la société Poleval avait en raison du comportement fautif de la société Sandoz immobilisé en pure perte son procédé breveté pendant quatre années sans pouvoir négocier avec un autre partenaire pendant cette période et avait également de ce fait

⁹¹⁹ Dans ce sens, Cass. civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20.040, JCP G 2006, I, n° 166, obs. STOPPEL-MUNCK Philippe, JCP G 2006, II, n° 10130, note DESHAYES Olivier, RTDCiv. 2006, p. 754, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand ; D. 2006. Jur. 2963, note MAZEAUD Denis, et Pan. 2638, obs. S. Amrani-Mekki et FAUVARQUE-COSSON Bénédicte.

⁹²⁰ Voir LAGARDE Xavier, De la période précontractuelle, RLDC 2008/55, n° 3205.

⁹²¹ MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, RTDCiv. 1984, p. 85.

⁹²² Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361, Sté Laboratoires Sandoz c/ Sté civile Poleval, inédit titré, JCP E 1999, p. 579, note SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna ; D. 1999, p. 514, note CHAUVEL Patrick. Aussi Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-16.488: RTDCiv. 2003, p. 282, note MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, qui fait état de la perte d'une « chance, fut-elle ténue, de trouver un autre repreneur ». - Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-16.773, Sté Décathlon c/ Sté Double V, inédit.

divulgué son savoir-faire et en appréciant le préjudice en résultant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».⁹²³

La chambre commerciale a confirmé cette solution dans un arrêt du 20 novembre 2007⁹²⁴. En l'espèce un constructeur automobile décide de mettre fin à un contrat de concession commerciale. Des négociations s'engagent tendant à ce que les éléments du fonds de commerce soient repris. Mais ces négociations échouent. L'ancien contractant évincé est débouté en appel de toutes ses demandes en réparation fondées sur la rupture abusive des pourparlers. La Cour de cassation approuve les juges du fond au motif « qu'en l'absence de demande d'indemnisation des frais occasionnés par les négociations, le préjudice directement rattachable à la rupture s'avère être constitué par la seule perte de chance d'opérer une reconversion ; que l'arrêt précise, à cet égard, d'un côté, que [le demandeur] n'a pas démontré les conditions dans lesquelles, dans le cadre d'une reconversion, [il] aurait été mis en mesure de mieux réaliser les éléments d'actifs, de l'autre, [qu'il n'a] apporté aucun élément conduisant à établir la nature d'une reconversion qui eût été effectivement possible et que la tenue des pourparlers aurait empêchée de mettre en œuvre ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la Cour d'appel qui a recherché le préjudice résultant de la rupture tardive des pourparlers, distinct de celui résultant de la rupture du contrat de concession, appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis (...) a pu statuer comme elle a fait ».

Selon M. X. Lagarde⁹²⁵, « cette solution est justifiée ». La perte des gains attendus du contrat est une conséquence de la rupture, pas de la faute détachable qui justifie une responsabilité. Le préjudice causé par cette faute, c'est essentiellement une perte de temps. Ce n'est même pas, vraisemblablement, la perte des opportunités qui auraient pu être obtenues auprès de concurrents. Car de fait, sauf accord sur le principe de négociations exclusives, rien n'empêchait les parties de faire jouer la concurrence⁹²⁶. On comprend clairement que la perte d'une chance d'opérer une reconversion, c'est-à-dire de conclure un contrat avec un tiers, est bien réparable. Simplement, si elle n'est pas ici réparée, c'est uniquement pour des raisons tenant à l'insuffisance des preuves apportées par le plaignant. Ce type de réparation suppose

⁹²³ Dans le même sens DESHAYES Olivier, *Le dommage précontractuel*, RTDCom. 2004, p. 197.

⁹²⁴ Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-17.289, CCC, 2008, comm. 6, note Mathey N. ; voir LAGARDE Xavier, *De la période précontractuelle*, RLDC 2008/55, n° 3205.

⁹²⁵ LAGARDE Xavier, *De la période précontractuelle*, RDC, 2008, n° 55.

⁹²⁶ Pour une étude d'ensemble de la question, voir GHESTIN Jacques, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP G 2007, I, n° 155 ; DESHAYES Olivier, *Le dommage précontractuel*, RTDCom. 2004, p. 187.

que la victime n'ait pas trouvé rapidement un nouveau partenaire et apporte une preuve suffisante de la probabilité dans laquelle elle était de contracter avec autrui.

Pour conclure, sous réserve de la réparation de la perte de la chance des gains espérés de la conclusion du contrat, que la Cour de cassation a écarté davantage pour des raisons d'opportunité qu'au nom d'un impératif technique de causalité, il semble que les solutions antérieures à l'arrêt *Manoukian* restent valables pour l'essentiel. Il demeure ainsi possible la réparation de toutes les pertes subies et de la perte de chance de conclure avec un tiers. Ceci revient à indemniser ce que Jhering a appelé l'intérêt négatif, c'est-à-dire l'intérêt qu'aurait eu la victime à ne pas s'engager dans les négociations.

TITRE II - LA MISE EN ŒUVRE DE LA *LEX CAUSAE*

Avant d'analyser le contenu des lois étrangères applicables à la responsabilité précontractuelle, dans une perspective d'harmonisation internationale de la matière. Il convient de se poser la question des conséquences et difficultés envisageables de l'application d'une loi étrangère par le juge français. Il ne s'agit pas de revenir sur l'ensemble des questions théoriques que l'évolution du régime procédural relatif à l'application de lois étrangères en droit français. Pour les buts de notre démonstration, il suffira de faire le point sur le statut actuel de la loi étrangère en France (Chapitre 1), ce qui nous permettra d'analyser la mise en pratique des instruments perturbateurs du mécanisme conflictuel à savoir les lois de police (Chapitre 2) et l'exception d'ordre public international (Chapitre 3).

CHAPITRE 1 - L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE PAR LE JUGE FRANÇAIS

Nous avons déjà démontré le mécanisme de détermination de la loi applicable à un litige présentant des éléments d'extranéité. Dans l'hypothèse où ce mécanisme désigne une loi étrangère comme applicable, le juge français va se poser la question de savoir s'il est obligé d'appliquer cette loi, d'une part, et à qui appartient la charge prouver le contenu de cette loi, d'autre part. Nous verrons que si, en principe, ces tâches appartiennent au juge (Section 1), dans certaines hypothèses, il se verra libéré de l'obligation de les accomplir (Section 2).

SECTION 1 - L'OFFICE DU JUGE ET LA PREUVE DE LA LOI ETRANGERE

Dans un litige international, il se peut qu'une loi autre que la française soit compétente pour le régler. Il se peut également que les parties restent en silence quant à la compétence de cette loi étrangère. La position actuelle de la jurisprudence française dispose que face à des litiges internationaux, si aucune des parties ne se prévaut de l'application d'une loi étrangère, le juge a respectivement la faculté ou l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit idoine selon que les droits litigieux soient disponibles ou indisponibles. Si, en revanche, l'une des parties invoque la compétence d'une loi étrangère, le juge est alors tenu de déterminer et de mettre en œuvre la règle de conflit de lois pour en déduire la loi applicable à la solution du

litige. Aucune distinction n'est plus faite par rapport aux règles d'origine conventionnelle.⁹²⁷ En ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, elle ne semble heurter que des intérêts privés et ne se traduit pas nécessairement par une atteinte à l'ordre public. Sa réparation concerne, même en cas de dommage moral à l'image ou réputation, des préjudices essentiellement patrimoniaux.⁹²⁸ On est bien dans le cadre d'un droit disponible.

Et lorsque, à l'issue de cette première étape du raisonnement, le juge « reconnaît applicable un droit étranger », son office lui impose encore, nous indique l'arrêt du 28 juin 2005, d'en rechercher la teneur, « avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu [...] pour donner à la question posée une solution conforme au droit positif étranger », peu importe que les droits litigieux soient disponibles ou non. La première Chambre civile avait déjà affirmé cette solution dans plusieurs arrêts, par rapport auxquels une partie de la doctrine doutait pourtant qu'ils reflètent sa véritable position. L'arrêt confirme avec force qu'il s'agissait et s'agit bien là de la jurisprudence de la Chambre. Par ailleurs, le lien manifeste existant avec une décision identique rendue le même jour par la Chambre commerciale en matière de droits disponibles ne laisse plus de doute⁹²⁹. En effet, dans un autre arrêt, aussi du 28 juin 2005, la Chambre commerciale s'est ralliée à la conception de la seconde étape du raisonnement de l'office du juge, consacrée par la première Chambre civile, effaçant la divergence qui existait jusqu'alors entre leurs jurisprudences. Que les droits litigieux soient disponibles ou non, le juge est en devoir d'établir la teneur du droit étranger applicable. Cette solution semble découler de l'affirmation que la loi étrangère est une règle de droit. Il est alors normal que le juge, qui doit appliquer au litige la règle de droit appropriée⁹³⁰, soit tenu de jouer le rôle principal dans la détermination du contenu de la loi étrangère⁹³¹.

Dans le cadre communautaire, rien n'est prévu sur ce point dans le règlement Rome II. Les questions de preuve du droit étranger ou de son application d'office relèvent donc des systèmes nationaux, ce qui est assez normal puisqu'elles touchent le droit international privé

⁹²⁷ En matière de droits disponibles, Cass. civ. 1, 22 octobre 2002, RCDIP, 2003, p. 86 ; Cass. civ. 1, 11 février 2009, n° 08-10.387, D. 2009, p. 564 ; et en matière de droits indisponibles, Cass. civ. 1, 28 janvier 2003, RCDIP, 2003, p. 462 ; Cass. civ. 1, 11 février 2009, n° 07-13.088, D. 2009, p. 565.

⁹²⁸ Sur la détermination du caractère disponible en droit international privé, voir MAYER pierre, RCDIP 1998, p. 71, et FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Le juge français et le droit étranger*, D. 2000, p. 125.

⁹²⁹ Cass. civ. 1, 28 juin 2005, Aubin, D. 2005. Jur. 2853, note BOUCHE, Pan. 2748, obs. KENFACK Hugues.

⁹³⁰ Art. 4 du Code civil ; art. 12 CPC.

⁹³¹ Com. 28 juin 2005, D. 2005, Pan. 2755, obs. KENFACK Hugues ; RCDIP 2005, p. 645, note ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia ; RTDCom., 2005, p. 872, obs. DDELEBECQUE ; confirmé par Cass. civ. 1, 23 janvier 2007 ; GP, 24 janvier 2008, n° 24, p. 27 ; Cass. com., 30 octobre 2007, n° 06-17.102, GP, 07 mai 2009 n° 127, p. 17, Cass. civ. et com. 11 février 2009, D. 2009, p. 565.

général. Néanmoins, les parlementaires s'en étaient souciés et lors de la première lecture du 6 juillet 2005 ils avaient adopté deux amendements traitant de l'application du droit étranger. L'amendement 42 imposait au demandeur d'indiquer dans l'assignation le droit sur lequel il fondait sa demande. L'amendement 43 obligeait le juge à rechercher d'office le contenu du droit étranger compétent. La Commission les a cependant rejetés. La première exigence était excessive, il suffit de penser au demandeur qui n'est pas assisté par un avocat pour entrevoir la difficulté de mise en œuvre de cette exigence. La seconde, inconnue dans de nombreux pays, aurait été bien difficile à respecter partout. Malgré tout, la Commission a reconnu que des réflexions devaient être envisagées sur ces questions. Dans le projet commun approuvé par le comité de conciliation, il a été convenu qu'elle devra effectuer une étude sur la manière dont le droit étranger est pris en compte et appliqué par les juridictions des États membres.

SECTION 2 - ATTENUATIONS A L'OBLIGATION D'APPLIQUER UNE LOI ETRANGERE

Deux situations peuvent libérer le juge français de son obligation d'appliquer la *lex causae*. La première est l'équivalence. Elle est de mise quand la situation concrète engendre les mêmes conséquences juridiques aussi bien à l'égard de la *lex fori* que de la *lex causae*. Ainsi ne s'agit-il pas de l'identité des lois en présence, mais de l'équivalence par analogie entre les institutions étrangère et française, entre les normes étrangère et française, ou encore entre les résultats obtenus par la mise en œuvre des systèmes juridiques étranger et français. C'est en effet « une notion intermédiaire qui exige que les deux lois soient de même sens pour résoudre une même question de droit »⁹³². L'équivalence signifie simplement que la mise en œuvre de l'un des textes doit conduire à une solution matérielle similaire à celle qui aurait résulté de l'application de l'autre texte à propos de la même question de droit et dans les mêmes conditions de fait⁹³³.

C'est à la partie qui se prévaut de l'application de la loi étrangère qu'il appartient de démontrer que son application aboutit à un résultat différent de celui auquel conduiraient les

⁹³² MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit international privé, Montchrestien, 2007, 9^e éd, n° 386.

⁹³³ MALAURIE Philippe, L'équivalence en droit international privé, D. 1962, Chron. p. 215.

règles de droit français.⁹³⁴ Autrement, la règle française trouverait application en raison de la vocation subsidiaire qui s'y attache.

Dès lors que l'équivalence en présence excuse l'inapplication par le juge de la loi internationalement compétente, il en résulte que le conflit de lois ne procède plus de la seule présence des éléments d'extranéité. Le conflit n'existe que dans la mesure où se trouve établie la différence de teneur entre la *lex fori* et la *lex causae*. En effet, c'est seulement cette différence qui entraîne l'obligation pour le juge d'appliquer la règle de conflit et, par conséquent, la loi désignée. Il apparaît donc que les arrêts qui faisaient obligation au juge du fond d'appliquer la règle de conflit au seul motif qu'existait un élément d'extranéité dans le litige se rattachent à une conception qui fait que le conflit de lois existe par la seule présence d'un élément étranger dans le litige. Dans l'arrêt annoté, en revanche, un tel conflit n'existe que pour autant que la loi étrangère soit d'une teneur différente de la loi française⁹³⁵. Selon Mme Gaudemet-Tallon l'équivalence conduit à « une certaine perte d'autorité de la règle de conflit des lois »⁹³⁶. Ainsi, dans une telle conception du conflit de lois, faute d'avoir intérêt à l'application de l'une plutôt que de l'autre loi, le demandeur au pourvoi ne saurait-il faire grief au juge du fond de n'avoir pas recouru au système conflictuel au vu de la simple présence d'un élément d'extranéité⁹³⁷. Dans cette nouvelle conception du conflit, la règle de conflit ne peut être mise en œuvre qu'en présence d'un vrai conflit⁹³⁸. Selon M Ancel et Mme Muir-Watt, la fonction de la règle de conflit se déplace donc désormais « de l'ordre des compétences vers celui des solutions concrètes »⁹³⁹.

Ainsi comprise, l'équivalence implique que le juge du fond fasse l'effort de mettre en œuvre la règle de conflit afin de constater que la loi étrangère internationalement compétente présente les mêmes solutions que celles qui sont déduites de l'application du droit français.

⁹³⁴ Cass. civ. 1, 11 juill. 1988, RCDIP 1989, p. 81, note GAUTIER Pierre-Yves ; voir en outre, pour l'équivalence des droits français et belge : 13 avr. 1999, D. 2000, Jur. p. 268, note AGOSTINI Eric ; RCDIP 1999, p. 698, note ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia ; JCP 2000, II, 10261, note LEGIER Gérard ; JDI 2000, p. 315, note FAUVARQUE-COSSON Bénédicte ; GP, 2000, n° 61-62, p. 24, obs. NIBOYET Marie-Laure ; espagnol et français : 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 93 ; RCDIP 2001, p. 513, note MUIR WATT Horatia ; et Cass. Soc. 12 novembre 2002, D. 2003, 311, JCP 2003, I, 266 ; français et allemand : Cass. civ. 1, 11 janvier 2005, n° 21 ; et français et saoudien : 16 févr. 1994, RCDIP 1994, p. 341, note MUIR WATT Horatia.

⁹³⁵ Cass. civ. 1, 11 janvier 2005.

⁹³⁶ GAUDEMET-TALLON Hélène, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, Mélanges LAGARDE Paul, Dalloz, 2005, p. 304.

⁹³⁷ Sur le faux conflit, voir GAUTIER Pierre-Yves, note sous Cass. civ. 1, 11 juill. 1988, RCDIP 1989, p. 81.

⁹³⁸ MAHINGA Jean-Grégoire, L'équivalence et la règle de conflit, D. 2005 Jur., p. 2924.

⁹³⁹ ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia, RCDIP 1999, p. 698, note sous Cass. civ. 1, 13 avr. 1999, spéc. p. 707.

Cette perspective est cohérente car si le juge du fond ne prend pas en compte la loi étrangère lorsque les parties en revendique l'application, la Cour de cassation ne saurait sauver une telle décision car la règle de conflit est une règle de droit qu'il appartient au juge du fond d'appliquer sous le contrôle précisément de la Cour de cassation. Les arrêts de 2005 imposant au juge du fond l'obligation d'appliquer la loi étrangère lorsqu'il recourt, d'office ou à la demande des parties au conflit des lois, ne changent en rien le rôle de l'équivalence. Or la démarche d'équivalence suppose nécessairement que le juge procède à la mise en œuvre de la règle de conflit et la recherche du contenu de la loi étrangère pour comparer les résultats. Mais l'application ensuite de la loi française favorise toujours le juge et les parties, évitant ainsi la procédure de mise en œuvre du droit étranger et le risque d'une mauvaise interprétation de ce droit.

Une seconde exception possible est l'accord procédural. Dans un important arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation⁹⁴⁰ a précisé que « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ». Les plaideurs peuvent, à travers cet accord, lier le juge quant au droit à appliquer lorsque leurs droits sont disponibles, faisant ainsi obstacle à la faculté d'appliquer le droit désigné par la règle de conflit, même au cours du procès⁹⁴¹. La Cour de cassation a consacré, pour la première fois précisément en matière délictuelle, la possibilité pour les parties d'éluder la règle de conflit et de renoncer à invoquer la loi normalement compétente⁹⁴².

L'accord procédural subsiste au système du règlement Rome II. Dans la mesure où, en vertu de l'article 1 § 3, la procédure, exclue du champ d'application du règlement, reste soumise à la loi du for, une réponse affirmative semble s'imposer. Cette possibilité ne devra pas être négligée car il y a des matières où l'autonomie de la volonté est exclue, ainsi que des hypothèses où les conditions formelles d'un accord de fond ne seront pas satisfaites. Destiné à la fois à assouplir les obligations des juges du fond en matière d'application d'office de la loi étrangère et à corriger une règle de conflit parfois inadaptée, cet instrument ne s'est pas révélé totalement satisfaisant, principalement parce qu'il est limité à un cadre judiciaire⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Cass. civ. 1, 6 mai 1997 Hannover international, GA n° 84.

⁹⁴¹ V. contre l'accord procédural, Cass. civ. 1, 22 février 2005, RCDIP, 2005, p. 304.

⁹⁴² Cass. civ. 1, 19 avr. 1988, RCDIP 1989, p. 68, note BATIFFOL Henri.

⁹⁴³ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'accord procédural à l'épreuve du temps : Retour sur une notion française controversée, in Mélanges Lagarde 2005, p. 263.

CHAPITRE 2 - ADMISSION DES LOIS DE POLICE

La tentation a été grande, aussi bien en doctrine⁹⁴⁴ qu'en jurisprudence⁹⁴⁵, de considérer les lois relatives aux délits comme de véritables lois de police, en ce qu'elles touchent à l'ordre public interne de l'État dans lesquels ils ont été commis. Cependant, il semble bien difficile de leur reconnaître cette nature.

En effet, les lois de police, encore appelées parfois « règles d'application nécessaire » ou « lois d'application immédiate »⁹⁴⁶, s'analysent en tant que normes dont l'application est essentielle aux yeux de l'État qui les a édicté. Leur but implique leur mise en œuvre. C'est ainsi que les conçoit la Cour de justice lorsqu'elle indique que les lois de police consistent en des « dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »⁹⁴⁷. La CJCE s'est arrogée le pouvoir de contrôler cette notion, la reconnaissance d'une loi de police devant se faire dans le respect du droit communautaire. Une loi de police purement nationale est soumise à un test de proportionnalité. Elle doit être écartée si elle constitue une entrave aux échanges qui ne peut se justifier pour des raisons impérieuses d'intérêt général⁹⁴⁸.

À ce sujet, l'article 16 du règlement Rome II indique que les règles qu'il contient « ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ». Cette disposition

⁹⁴⁴ Cf. GUERCHOUN Frédéric, PIEDELIÈVRE Stéphane, GP, 30 octobre 2007 n° 303, p. 22 (2^{ème} partie).

⁹⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 10 octobre 1991, Juris-Data n° 1991-052474 qui affirme de manière surprenante que « les lois sur la responsabilité civile sont des lois édictées dans l'intérêt de la sécurité publique et constituent des lois de police et de sûreté qui s'appliquent à tous les faits commis sur le territoire ».

⁹⁴⁶ FRANCESKAKIS Philippe, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, RCDIP, 1971, p. 1 et s., p. 209 et s., p. 415 et s.

⁹⁴⁷ CJCE, 23 novembre 1999, Arblade, RCDIP, 2000, p. 710, note FALLON Marc. V. également : POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, Ordre public, lois de police et droit communautaire, Trav. com. fr. DIP 2002-2004, Pedone, p. 65 et s ; SAGAUT Jean-François et CAGNIART Marc, Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne, JCP N, 2005, 1281 ; BRULE-GADIOUX Florence et LAMOTHE Eric, L'ordre juridique communautaire : pour une nouvelle approche des lois de police, JCP N, 2005, 1234 ; PATAUT Etienne, Lois de police et ordre juridique communautaire, in Les conflits de lois et le système juridique communautaire, sous la direction de Fuchs, Muir Watt et Pataut, Dalloz, 2004, p. 117 et s. ; CHILSTEIN David, Droit pénal international et lois de police, Dalloz, 2003.

⁹⁴⁸ CJCE, 23 nov. 1999, Arblade ; CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/95, Mazzoleni : RCDIP 2001, p. 495, note PATAUT Etienne ; JDI 2002, p. 584, note LUBY Monique - CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-49/98, Finalarte : JDI 2002, p. 584, note LUBY Monique - CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-164/99, Portugal Construções : JDI 2003, p. 613, note LUBY Monique.

visent seulement les lois de police du for alors que la proposition initiale de la Commission réservait également l'application des lois de police étrangères présentant un lien étroit avec la situation juridique en cause. Le juge saisi n'est donc tenu d'appliquer, au besoin d'office, que les lois de police de son for. Les lois de police étrangères ne se trouvent pas dans la disposition générale du règlement Rome II, l'article 17 prévoit que les règles étrangères de sécurité et de comportement peuvent être prises en compte, mais seulement en tant qu'élément de fait⁹⁴⁹.

La CJCE n'hésite pas à conférer à certaines normes communautaires la qualification de loi de police⁹⁵⁰. Ces lois de police d'origine communautaire reconnues par la Cour de justice tendent à assurer le respect du droit substantiel communautaire auquel un caractère impératif a été attribué. Or, l'article 16 du règlement « Rome II » ne se réfère pas expressément à ces lois de police de source communautaire. Cela étant, en vertu du principe d'intégration, les textes communautaires sont assimilables à la loi du for. Par conséquent, les lois de police d'origine communautaire relèvent implicitement de l'article 16 d'autant que lorsqu'une directive est jugée impérative, celle-ci n'ayant pas d'effet direct horizontal, le juge doit appliquer sa loi nationale de transposition. La réserve des lois de police est opportune dès lors que le règlement contient des règles de conflit fondées sur l'autonomie de la volonté permettant aux parties de choisir la loi d'un pays tiers dépourvue de tout lien avec l'obligation non contractuelle en cause. La volonté des parties ne pourra donc avoir pour effet de contourner les normes considérées comme impératives dans l'ordre international.

Le domaine du règlement « Rome II » n'est pas le terrain d'élection habituel du mécanisme des lois de police, contrairement à la matière contractuelle. En droit français, la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse a été qualifiée de loi de police excluant l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit⁹⁵¹. En matière de droit d'auteur, la Cour de cassation a qualifié, dans l'arrêt *Huston* du 28 mai 1991, de « lois d'application impérative » les normes françaises relatives à l'attribution et à la protection du droit moral⁹⁵². Les juges français qualifient également les règles communautaires de concurrence de loi de

⁹⁴⁹ LAGARDE Paul, Rapport de synthèse, In CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 208.

⁹⁵⁰ CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar : RCDIP 2001, p. 107, note IDOT Laurence ; JDI 2001, p. 511, note JACQUET Jean-Michel.

⁹⁵¹ Cass. civ. 1, 19 oct. 2004 : Juris-Data n° 2004-025262 ; Bull. civ. 2004, I n° 224 ; D. 2005, p. 878, note MONTFORT Cédric.

⁹⁵² Cass. civ. 1, 28 avr. 1991, Huston : RCDIP 1991, p. 752, note GAUTIER Pierre-Yves ; JDI 1992, p. 133, note EDELMAN Bernard.

police économique⁹⁵³. En ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, il n'existe pas de lois de police pour le moment, mais rien n'empêche que la CJCE puisse attribuer, dans l'avenir, le caractère internationalement impératif à certaines règles en la matière.

Le considérant 35 du règlement précise la manière dont il s'articule avec les normes destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur. Lorsque le règlement et ces normes ne peuvent s'appliquer conjointement, ces dernières doivent prévaloir. Les dispositifs du Règlement Rome I sont donc susceptibles de subir l'influence de textes communautaires spéciaux. Dans ce sens, la directive « commerce électronique »⁹⁵⁴ exerce une influence à travers ce qu'il est convenu d'appeler la clause de marché intérieur, prévue à l'article 3, qui tend à garantir le respect des principes de droit communautaire originaire et notamment du principe de libre prestation des services⁹⁵⁵. C'est la simple éventualité d'une application de la loi du pays de destination, selon le jeu des dispositifs du règlement Rome II, qui ferait obstacle à la libre prestation des services⁹⁵⁶. En effet, si dans l'exercice de son activité dans la Communauté, l'opérateur, ici de commerce électronique, doit se conformer aux exigences des vingt-cinq législations nationales en matière contractuelle, il se trouve dans une situation qui, pratiquement fait obstacle à l'exercice de son activité et entrave la liberté de prestation des services dont il bénéficie⁹⁵⁷. Au demeurant, en excluant la liberté pour les parties de choisir la loi applicable du champ de la clause de marché intérieur, la directive laisse clairement entendre que celle-ci a une incidence sur le conflit de lois et, pour autant, sur le règlement Rome II⁹⁵⁸.

⁹⁵³ CA Paris, 19 mai 1993 : Juris-Data n° 1993-024273 ; Europe 1993, comm. 300, obs. IDOT Laurence.

⁹⁵⁴ Directive n° 2000/31/CE ; voir FALLON Marc et MEEUSEN Johan, Le commerce électronique, la directive n° 2000/31/CE et le droit international privé : RCDIP 2002, p. 435, spéc. p. 483.

⁹⁵⁵ PASSA Jérôme, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2005, Etude 17.

⁹⁵⁶ CACHARD Olivier, La régulation internationale du marché électronique, 2002, LGDJ, n° 279. - V. également, parmi de nombreuses références aujourd'hui, FALLON Marc, Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne : Rec. cours La Haye, 1995, t. 253, p. 9 ; GANNAGÉ Léna, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in Mélanges J. Calais-Auloy : Dalloz, 2004, p. 421, spéc. 438, affirme qu'« à elle seule la disparité des législations entre les États membres, c'est-à-dire au fond le conflit de lois lui-même, est susceptible de constituer une entrave aux libertés de circulation » ; GOSSELIN-GORAND Armelle, L'influence des principes communautaires de libre circulation sur les règles nationales de conflit de lois, Thèse, Caen 2001 ; IDOT Laurence, L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé : LPA 12 déc. 2002, p. 27 ; MUIR WATT Horatia, L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres in Mélanges J. Béguin, Lexisnexis 2005, p. 545. Voir aussi FUCHS Angelika, MUIR WATT Horatia et PATAUT Etienne (dir.), Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.

⁹⁵⁷ CACHARD Olivier, La régulation internationale du marché électronique, 2002, LGDJ, n° 244.

⁹⁵⁸ Contre, HUET Jérôme, Le droit applicable dans les réseaux numériques : JDI 2002, p. 737, qui considère que la clause de marché intérieur ne s'applique qu'à l'« organisation de l'activité » et non à son exercice par voie de contrats ; VIVANT Michel, Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie

Finalement, lorsqu'une norme communautaire est en jeu, l'article 16 concerne plutôt les relations avec les États tiers. Lorsque l'application de la loi d'un pays tiers ne sera pas exclue en raison de l'existence d'une loi de police, la législation étrangère devra, elle aussi, passer le test de compatibilité à l'ordre public.

CHAPITRE 3 - EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

Certaines règles ne se contentent pas d'être impératives par l'organisation d'une profession ou d'une activité. Ces règles traduisent la sanction de la violation d'un des principes élémentaires de la société et visent à protéger un intérêt public plus large. Si la distinction entre ordre public et loi de police, considérée comme sans intérêt pratique dans le domaine national, puisque le résultat concret de l'application de ces deux instruments sera le même – l'éviction de la loi étrangère normalement applicable – elle nous semble conserver un intérêt juridique et politique majeur dans la construction d'un système européen (Section 1), surtout en ce qui concerne le principe de la réparation intégrale du préjudice (Section 2).

SECTION 1 - L'ORDRE PUBLIC DANS LE REGLEMENT ROME II

Le règlement Rome II prévoit à l'article 26 l'exception d'ordre public international : « L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Cette disposition est fondamentale dans une convention internationale, étant souvent l'une des conditions pour que les pays y adhèrent. La Cour de cassation a même affirmé que, « sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international »⁹⁵⁹. L'arrêt Lautour envisageait déjà en matière délictuelle l'ordre public international comme les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »⁹⁶⁰.

numérique : Lamy dr. de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, p. 2, spéc. n° 19, qui souligne que « le texte français tout comme le texte européen doivent manifestement être entendus comme signifiant que le prestataire est, comme tel, soumis à la loi du pays dont il relève. Cela ne peut avoir une quelconque incidence quant à la détermination de la loi applicable au contrat ».

⁹⁵⁹ Cass. civ. 1, 6 juillet 1988, Baaziz, RCDIP, 1989, p. 71, note LEQUETTE Yves.

⁹⁶⁰ Cass. civ., 15 mai 1948, Arrêt Lautour.

La jurisprudence française refuse le plus souvent l'éviction de la *lex loci delicti*. Ainsi les juges ont-ils estimé que n'est pas contraire à l'ordre public international la loi étrangère qui exige une faute prouvée en un domaine où le droit français consacre une responsabilité objective⁹⁶¹. N'a pas à être écartée, également, la loi refusant la réparation intégrale du préjudice, notamment celle du préjudice moral⁹⁶². Cette solution n'est pas étonnante eu égard aux débats qui ont eu lieu en France en ce qui concerne la réparation des préjudices moraux, admise seulement de manière véritable qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle⁹⁶³. De même, ne sera pas écartée la loi qui, à la différence du droit français qui institue ici une présomption de responsabilité, consacrait seulement une présomption de faute à l'encontre du gardien responsable du fait de sa chose⁹⁶⁴. Le fait que la loi étrangère prévoit un délai de prescription plus court que celui retenu par le droit français n'empêche pas non plus son application⁹⁶⁵.

Selon la doctrine majoritaire, cette jurisprudence ne devrait pas se trouver altérée en France par l'entrée en vigueur du règlement Rome II⁹⁶⁶. Par ailleurs, l'adverbe « manifestement », auquel le texte se réfère, indique clairement que le recours à l'ordre public devra avoir un caractère exceptionnel car il porte atteinte à l'objectif d'uniformisation⁹⁶⁷ des règles de conflit destinées à rendre applicable une même loi nationale, quel que soit le pays où l'action est introduite⁹⁶⁸.

SECTION 2 - PRINCIPE DE REPARATION INTEGRALE ET ORDRE PUBLIC

L'exclusion du principe de réparation intégrale de l'ordre public international semble, de prime abord, devoir être approuvée dans le sens où, comme l'explique M. Malaurie, « le

⁹⁶¹ Cass. civ. 1, 4 mai 1976, Arrêt Brajeul ; CA Versailles, 30 janvier 1989, D. 1989, somm., p. 258, obs. AUDIT Bernard ; Cass. civ. 1, 4 avril 1991, Bull. civ. I, n° 113.

⁹⁶² Cass. crim., 16 juin 1993, Bull. crim., n° 214 ; Cass. civ. 1, 30 mai 1967, RCDIP, 1967, p. 728, note BOUREL Pierre.

⁹⁶³ TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd. 2005, spéc. n° 712.

⁹⁶⁴ Cass. civ. 1, 1 mai 1976, Bull. civ. I, n° 153.

⁹⁶⁵ CA Agen, 28 avr. 1997 ; Juris-Data n° 1997-048157 ; Cass. civ. 1, 5 janvier 1999, RCDIP, 1999, p. 297 ; 15 mai 1994, JDI 1994. 122, note LÉGIER Gérard ; sauf lorsque sont en cause des règles de prescription tendant à protéger les mineurs, Cass. civ. 1, 21 mars 1979 ; RCDIP 1981, p. 81, note DAYANT R.

⁹⁶⁶ GUERCHOUN Frédéric et PIEDELIÈVRE Stéphane, GP, 30 octobre 2007, n° 303, p. 23 (2^{ème} partie), Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II ».

⁹⁶⁷ MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit international privé, Montchrestien, 2007, 9^e éd, p. 157, n° 213, « L'ordre public est un élément perturbateur du règlement du conflit. Son intervention doit être aussi limitée que possible ».

caractère d'ordre public international n'est généralement pas attaché à ce qui ne constitue que la modalité d'une règle »⁹⁶⁹ Or, le principe de réparation intégrale n'est qu'une modalité d'application du droit à réparation.

Néanmoins, lorsque M. Mayer écrit que l'exception d'ordre public doit servir à « éliminer les lois étrangères qui commanderaient une solution injuste, contraire au « droit naturel »⁹⁷⁰, on ne peut s'empêcher d'opérer un rapprochement entre cette affirmation et le fondement du principe de réparation intégrale qui repose sur l'idée même de justice corrective⁹⁷¹. Une telle solution conforterait l'idée selon laquelle ce principe est fondamental puisque l'ordre public international ne s'entend « que de certains principes fondamentaux intervenant à titre d'exception pour écarter la loi étrangère »⁹⁷². Dans ce sens, selon M. Légier « un ordre juridique qui plafonnerait la réparation d'une grave atteinte à l'intégrité physique à un taux qui nous paraîtrait ridiculement bas devrait être considéré comme inconciliable avec nos principes fondamentaux »⁹⁷³. C'est donc un droit à réparation minimale qui doit être assuré sans qu'aucune précision ne soit apportée sur le quantum de ce minimum. Cependant, il demeure difficile dans la pratique d'établir un minimum juste pour la réparation. Une telle solution paraît quelque peu impraticable et irrationnelle. Il paraît plus raisonnable exclure de l'ordre public international toute règle portant sur l'étendue du droit à réparation, alors même que le principe de réparation intégrale revêt des caractères essentiels quant à ses origines et ses fondements.⁹⁷⁴

La Commission européenne, dans sa proposition de règlement du 22 juillet 2003, envisageait l'insertion dans le règlement Rome II d'une disposition aboutissant à considérer comme contraire à l'ordre public communautaire toute loi conduisant à l'allocation de dommages et intérêts non compensatoires, comme des dommages et intérêts punitifs et

⁹⁶⁸ Règlement Rome II, consid. 6.

⁹⁶⁹ Note sous Cass. civ. 1, 30 mai 1967, D. 1967, jur., p. 630.

⁹⁷⁰ MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2007, n° 200.

⁹⁷¹ Article 24 de la proposition ; sur le sujet, voir COUTANT-LAPALUS Christelle, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, 2002, PU d'Aix-Marseille, p. 126 et s.

⁹⁷² BOUREL Pierre, note sous Cass. civ. 1, 30 mai 1967, RCDIP, 1967, jur., p. 732. Voir également : CORNU Gérard, *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., 2007, qui définit de la manière suivante l'ordre public international : « Ensemble de principe, écrits ou non, qui sont, au moment ou l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux... ».

⁹⁷³ Note sous Cass. civ. 1, 15 mai 1994, JDI, 1995, jur., p. 125.

⁹⁷⁴ A ce propos, voir COUTANT-LAPALUS Christelle, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, 2002, PU d'Aix-Marseille, p. 127.

exemplaires⁹⁷⁵. Le Parlement européen s'était initialement rallié à cette position. Mais, par la suite, ces deux institutions avaient nuancé leur approche, en considérant, d'une part, que les dommages et intérêts punitifs ne devaient pas, par nature, être considérés comme excessifs ni la loi les consacrant comme automatiquement inapplicable, et, d'autre part, que la référence à l'ordre public communautaire devait laisser place à celle visant l'ordre public du for. Cette disposition s'est transformée dans un simple considérant énonçant que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie »⁹⁷⁶. L'éviction d'une loi étrangère, qui n'est que facultative, admettant l'octroi de dommages et intérêts punitifs interviendra donc par le biais de l'exception générale d'ordre public réservée.

De cette manière, une loi étrangère admettant l'octroi de tels dommages et intérêts ne sera tenue pour contraire à l'ordre public international français⁹⁷⁷. En effet, si la Cour de cassation se refuse à tenir pour contraire à l'ordre public international une loi qui ne répare pas intégralement le préjudice de la victime, aucune raison ne saurait justifier l'éviction d'une loi qui excède la mesure de celui-ci. En outre, on sait que la notion de peine privée n'est pas étrangère au système juridique français. Il est même proposé d'insérer dans la législation française la possibilité d'allouer des dommages et intérêts punitifs en cas de preuve d'une « faute manifestement délibérée » et particulièrement d'une « faute lucrative » dont « les conséquences profitables pour son auteur ne sauraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »⁹⁷⁸.

Aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les dommages et intérêts punitifs pouvant être alloués dans le cadre d'actions nationales doivent l'être également dans le cadre d'actions fondées sur des règles communautaires de concurrence⁹⁷⁹. Si les particuliers ont le droit de réclamer des dommages et intérêts en raison

⁹⁷⁵ Sur l'ordre public en droit communautaire, voir POILLOT-PERRUZETTO Sylvaine, *Ordre public et droit communautaire*, D. 1993, chron., p. 177 et s.

⁹⁷⁶ Considérant n° 32.

⁹⁷⁷ En ce sens LÉGIER Gérard, *J.-Cl. civil Code*, App. articles 1370 à 1386, fasc. 20, n° 101.

⁹⁷⁸ Cf. l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription élaboré par la Commission présidée par M. le professeur Catala ; v. entre autres CHAGNY Muriel, *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, JCP G, 2006. I. 149.

⁹⁷⁹ CJCE, 13 juill. 2006.

d'un dommage subi, suite à une infraction aux articles 81 et 82 du Traité CE⁹⁸⁰, « le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droits »⁹⁸¹. C'est au regard de l'enrichissement injustifié que la législation accordant des dommages et intérêts punitifs sera éventuellement écartée lorsqu'ils sont démesurés. Actuellement, seuls trois États membres prévoient la possibilité d'accorder de tels dommages et intérêts⁹⁸².

⁹⁸⁰ CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453/99, *Courage c/ Crahen*, pt 24.

⁹⁸¹ CJCE, 13 juill. 2006.

⁹⁸² Il s'agit du Royaume-Uni, de l'Irlande et de Chypre, cf. le rapport Ashurt du 31 août 2004, *Study on conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, p. 84, consultable sur http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en_pdf [consulté le 20 octobre 2009]

SECONDE PARTIE - PERSPECTIVES

D'HARMONISATION DE LA RESPONSABILITE

PRECONTRACTUELLE

L'harmonisation du droit matériel applicable à la responsabilité précontractuelle représenterait un apport très important de sécurité juridique dans les relations d'affaires internationales, à la lumière de l'heureuse harmonisation du droit international privé apportée par le règlement Rome II. Afin de vérifier la viabilité de cette harmonisation nous ferons le point sur les éléments de convergences entre les différents systèmes juridiques nationaux et les initiatives déjà entreprises par des codifications doctrinales dans ce sens (Titre I). À la fin, nous essayerons d'établir les fondements qui pourraient guider l'harmonisation (Titre II).

TITRE I - LES CONVERGENCES DANS LES REGIMES NATIONAUX DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Nous constaterons d'abord l'avènement d'une déontologie précontractuelle commune à tous les régimes juridiques nationaux, manifesté par la jurisprudence et par l'introduction de normes sur la matière dans certaines codifications (Chapitre 1). Le même phénomène est présent dans les propositions doctrinales d'harmonisation du droit des obligations au niveau international (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LE RAPPROCHEMENT SPONTANE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX

Nous verrons que l'affirmation législative de la responsabilité précontractuelle est encore assez variable dans les différents systèmes juridiques (Section 1), même si l'on pourra constater l'avènement d'une culture juridique commune au tour des pourparlers internationaux (Section 2). La base de toute comparaison entre ces différentes règles et institutions juridiques, qu'ils soient codifiées ou non, est la similitude de problèmes juridiques qu'ils visent à régler et les conditions de la mise en œuvre de ces règles (Section 3)⁹⁸³.

SECTION 1 - LES VOIES D'AFFIRMATION DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE EN DROIT POSITIF

La plupart des droits nationaux ne consacrent pas de dispositions législatives spécifiques sur la responsabilité précontractuelle. Cette absence de textes légaux contraste singulièrement avec l'attention croissante que suscite la problématique précontractuelle. Les développements relatifs à la phase précontractuelle sont essentiellement le fruit de la jurisprudence.

⁹⁸³ ZWEIGERT Konrad, *Méthodologie du droit comparé*, in *Mélanges Maury*, vol. I, p. 594 ; SCHLESINGER Rudolf, *The common core of legal systems. An emerging subject of comparative study*, in *Essays in Honour of Yntema*, Leyden, Sythoff, 1961, p. 73 ; CONSTANTINESCO Leontin-Jean, *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1974, p. 81 et s.

Toutefois, un certain nombre de pays ont adopté des dispositions générales spécifiques sur la responsabilité précontractuelle. C'est le cas des articles 197 du Code civil grec⁹⁸⁴, 1337 du Code civil italien, 1362 du Code civil péruvien, 42 de la loi chinoise sur les contrats de 1999⁹⁸⁵, 227-1 du Code civil portugais⁹⁸⁶, 1198 du Code civil argentin, 30 de la loi yougoslave sur les contrats⁹⁸⁷, 1362 du Code civil péruvien⁹⁸⁸, du §311-2 du Code civil allemand après la réforme de 2002⁹⁸⁹ et de la section 12 de la loi israélienne sur les contrats de 1973⁹⁹⁰

⁹⁸⁴ Le Code civil grec prévoit de façon expresse, dans son article 197, le principe selon lequel : « Au cours des négociations pour la conclusion d'un contrat, les parties se doivent mutuellement la conduite dictée par la bonne foi et les usages dans les rapports d'affaires ». Cité par HONDIUS Edward. H., General Report, in *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law*, Kluwer, 1991, p. 11. Il a été le pionnier, établissant une règle général sur la responsabilité précontractuelle et des devoirs à suivre pendant cette période, sans pour autant déterminer les conséquences d'une violation à tels devoirs. Les devoirs précontractuels et sa discipline se ressemblent beaucoup au droit français.

Dans l'article 198 : « celui qui a causé, par sa faute, un préjudice à l'autre partie, au cours des négociations pour la conclusion d'un contrat, est tenu à réparation même si le contrat n'a pas été conclu. La disposition relative à la prescription des réclamations nées d'actes illicites s'applique par analogie à la prescription de cette réclamation », le législateur grec a choisi encore d'inclure une disposition spécifique sur la rupture abusive de pourparlers, étant jusqu'à aujourd'hui le seul Code civil à le faire.

⁹⁸⁵ L'article 6 de la loi chinoise sur les contrats, du 15 mars 1999, prévoit expressément que « les parties doivent respecter le principe de bonne foi dans l'exercice de ces droits et dans l'accomplissement de ces obligations ». Mais le dispositif plus important et innovateur est l'article 42 consacré exclusivement à la responsabilité précontractuelle : « La partie que cause un dommage, pendant la conclusion d'un contrat, est obligée à le réparer si elle: (i) négocie de mauvaise foi la conclusion d'un contrat ; (ii) omet intentionnellement un fait matériel relatif à la conclusion du contrat ou fournit une fausse information ; (iii) tout autre comportement qui viole le principe de bonne foi ». Il y a encore l'article 43 qui prévoit la responsabilité de celui qui révèle ou use incorrectement les secrets d'affaires obtenus pendant les pourparlers. V. sur le sujet : CHEN A. Hy., *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, Hong Kong, 1992, pp. 80 et s ; YUHONG Zhao, *Contract Law*, in Wang Chenghuang-Zhang Xianchu (dir.), *Introduction to Chinese Law*, Hong Kong, 1997, p. 237 et s. ; LAN Liu, *Brèves réflexions sur le droit chinois de contrats et ses perspectives d'évolution*, in RIDC, 1996, n. 4, pp. 866 et s. ; JIANGHUA et WILLIAMS, *Foreign Trade Contract Law in China*, Hong Kong-Singapore, 1998, pp. 19-20 ; SEIDMAN Ann et Robert, *Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1996, vol 44., pp. 1 et s.

⁹⁸⁶ L'article 227, n°1, dispose que « celui qui négocie avec autrui pour la conclusion d'un contrat doit, tant dans les préliminaires quant dans la formation, procéder selon les règles de la bonne foi, sous peine de répondre pour les dommages qu'il cause fautivement à l'autre partie » (notre traduction). V. PRATA Ana, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual, reimpressão*. Coimbra: 2002 ; CUNHA MOURA FERREIRA Daniela, *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*, Coimbra, Almedina, 2006 ; MOREIRA DA SILVA Eva Sónia, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003 ; GALVÃO TELLES Inocencio, *Culpa na formação do contrato*, *Direito* 1993, p. 344 ; FERREIRA SINDE MONTEIRO Jorge, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, p. 381 ; ALMEIDA COSTA Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura de negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 46.

⁹⁸⁷ Article 30 :1 - Les pourparlers précédant la formation d'un contrat ne doivent pas être obligatoires et les parties peuvent les rompre si elles le souhaitent ; 2 - Cependant, la partie qui s'engage en pourparlers sans l'intention de conclure un contrat doit être responsable pour tout préjudice qu'elle cause au cours de ces pourparlers ; 3 - La partie qui s'engage en pourparlers avec l'intention de conclure un contrat mais qui ensuite abandonne cette intention sans un motif légitime, causant un préjudice à l'autre partie, doit en être responsable ; 4 - À défaut d'un accord sur le sujet, chaque partie doit répondre par ses propres dépenses en vue de la conclusion du contrat, les dépenses communes doivent être partagées.(Notre traduction à partir de la version anglaise de E. H. Hondius, General Report, in *Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law*, Kluwer, 1991, p. 9).

D'autres pays ont consacré le principe de la bonne foi par une disposition générale en matière des obligations et des contrats, dont l'application s'étend à la phase précontractuelle, même en absence d'une référence expresse à cet égard. C'est le cas de l'article 422 du nouveau Code civil brésilien, l'article 6:2 du Code civil hollandais⁹⁹¹ et l'article 2 du Code civil suisse.

En absence de prévisions spécifiques sur la responsabilité précontractuelle, c'est à la jurisprudence d'assurer la protection des parties pendant la période précontractuelle, comme nous l'avons démontré être le cas, entre autres, en France, dans les pays de *common law*, au Japon⁹⁹², en Belgique⁹⁹³ et dans les pays qui appliquent la loi islamique⁹⁹⁴.

⁹⁸⁸ Article 1362: La conclusion et exécution des contrats doivent se faire selon les règles de la bonne foi et la commune intention des parties. (notre traduction).

⁹⁸⁹ §311-2: « Un rapport d'obligations générateur des obligations prévues au § 241 al. 2 naît aussi : 1) de l'engagement de pourparlers ; 2) de toute mesure préparatoire à la conclusion d'un contrat par laquelle l'une des parties accorde à l'autre la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ou les lui confie, ou 3) de rapports d'affaires similaires ».

⁹⁹⁰ L'article 12 dispose que les parties doivent « mener leurs négociations, tant pendant les phases de la formation qu'à la conclusion du contrat, de bonne foi et de façon conforme à l'usage ». Cette disposition incorpore dans le droit des contrats israélien la doctrine traditionnellement rattachée au droit continental de la culpa in contrahendo. V. sur cette disposition: SHALEV Gabriela, Article 12 of the Contracts Law : Good Faith in Negotiation, 7 Mishpatim, 1976, 118, cité par RABELO Alfredo Mordechai, La Théorie de la « Culpa in Contrahendo » et la Loi Israélienne sur les Contrats 1973, RIDC 1997, p. 37 ; FRIEDMANN Daniel, The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period, Israel Law Review, 1975, n° 10, pp. 192 et s. ; SHALEV Gabriela, Israeli Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Jérusalem, 1990, p. 15.

⁹⁹¹ La jurisprudence de la Hoge Raad néerlandaise considère que « par le fait d'entrer en négociations concernant la conclusion d'un contrat, les parties se trouvent l'une à l'égard de l'autre dans une relation juridique particulière régie par la bonne foi, remplacée par les « exigences de la raison et de l'équité », dans le nouveau Code civil de 1992, dont il résulte qu'elles sont tenues de laisser guider leur comportement aussi par les intérêts légitimes de l'autre partie »(HR 15-11-1957, Baris c. Riezenkamp, NJ (Nederlandse jurisprudentie) 1958, 67 obs. RUTTEN L.E.H., 7 AA (Ars aequi), 103 obs. VAN DER GRINTEN). Cette position est partiellement confirmée par la règle générale de l'article 6:2 du Code civil de 1992, qui stipule que tout créancier et tout débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences « de la raison et de l'équité ». L'art. 3:35 NBW, consacre encore la théorie de la confiance légitime, dispose que le défaut de volonté ne peut être opposé à celui qui a interprété une déclaration ou un comportement comme constituant une déclaration de volonté de portée déterminée à son adresse « d'après le sens qu'il pouvait raisonnablement leur donner dans les circonstances »(HR 17-12-1976, Erckens c. Bunde, NJ 1977, 241 obs. SCHOLTEN G.J., 26. AA, 654 obs. VAN SCHILFGAARDE). Sources cités par VAN DUNNÉ J.M., in Netherlands reports to the 13th International Congress of Comparative Law Montreal 1990, p. 71.

⁹⁹² Le Code civil japonais ne prévoit pas de dispositions spécifiques sur la période précontractuelle en matière de contrats commerciaux. Dans ce sens, OKUDA Yasuhiro, Aspects de la réforme du droit international privé au Japon, JDI, 2007, n° 3, var. 7. Mais la violation de certains devoirs peut donner lieu à la responsabilité précontractuelle, comme, par exemple, par violation de la confiance légitime dans la conclusion du contrat. Voir: Tokio Dist. Court, 22 juin 1959, 10 Kaminshu n° 6, 1318 ; Fukuoka High Court, 17 janv. 1972, Hanrei-Jiho n° 671, p. 49.

Le devoir d'informer et de respecter la confiance légitime est reconnu :Osaka Dist. Court, 26 mars 1954, Hanrei-Times, n° 526, 168. Un devoir de négociier de bonne foi, surtout quand les pourparlers sont avancés, et de se comporter en bonne foi visant à la conclusion du contrat: Tokio High Court, 7 nov. 1979, 30 Kakyu-Minshu n°9-12 ; Tokio High Court, 17 mars 1987, Hanrei-Jiho, n° 1232, 110, Sendai High Court, 25 avr. 1986, Hanrei-Taimuzu, n° 608, p. 78.

⁹⁹³ Les droits belge et français envisagent de façon similaire la rupture de négociations précontractuelles. Les textes de base pertinents du Code civil, à savoir les articles 1382 et 1383, en l'absence de contrats préliminaires, et

SECTION 2 - VERS LA PRIMAUTE DU MODELE ROMANO-GERMANIQUE

Sont essentiels pour la détermination de la notion et du domaine d'application de la responsabilité précontractuelle, les idées qui président l'organisation économique et sociale de chaque système juridique. Dans les pays où une grande importance est accordée au libéralisme économique et à l'individualisme, l'idée de responsabilité précontractuelle trouve un accueil plus difficile, puisqu'elle est aperçue comme une limitation à la liberté d'initiative au cours des pourparlers. La notion de contrat, comme expression du principe de l'autonomie de la volonté, est un facteur important pour l'intégration de cette responsabilité dans le domaine de la responsabilité délictuelle. Au contraire, dans les systèmes où l'on trouve une tendance plus forte pour répondre aux exigences sociales dans le droit privé, cette responsabilité trouve un accueil plus chaleureux et une intégration aux règles de la responsabilité contractuelle plus facile, puisque plus protectrice de la victime.

Les pourparlers sont marqués par la grande divergence existant entre la philosophie précontractuelle adoptée dans les deux principaux régimes juridiques contemporains romano-germaniques et anglo-saxons, une divergence qui revient à la différence des sources de ces deux régimes. Elle a été symbolisée par le fait que la *common law* était développée par des marchands et des commerçants, tandis que le droit civil continental a été développé par des savants. Bien qu'elle ne soit qu'une réalité symbolique, cette déclaration reflète l'importance de l'influence de la pratique commerciale sur la *common law*, contrairement aux régimes romano-

l'article 1134 qui instaure le principe de la convention-loi, sont, il est vrai, identiques. Il faut rappeler l'important attachement des tribunaux à un certain « respect de l'apparence, de la croyance légitime dans le consentement final de l'autre ». Certaines décisions ont d'ailleurs explicitement repris le critère de la croyance légitime de l'autre partie : Anvers, 4^e ch., 22 mars 1994, RW, 1994-1995, p. 296 ; Liège, 7^e ch., 28 février 1997, JT, 1997, p. 392 ; Liège, 7^e ch., 16 janvier 1998, JLMB, 1998, p. 589.

⁹⁹⁴ En vertu de la loi islamique, le Quran et les traditions du prophète imposent un devoir pour négocier en bonne foi. Le Quran se rapporte à la bonne foi, à la justice et à l'honnêteté (*ihsan*) en tant que choses nécessaires impératives dans toutes les transactions musulmanes. La période précontractuelle en droit musulman est connue sous le nom de « *Musawama* ». Voir ELKARKOURI Driss, *Pre-Contractual Liability in Islamic Construction Contracts*, *The International Construction Law Review*, 1992, pp. 545 et s., accordant, sous certaines conditions semblables au droit français, des dommages et intérêts à la victime d'une rupture fautive de pourparlers ou d'une violation de devoirs précontractuels. Dans ce sens voir AHBAD Abd al-Hamid, *Arbitration with the Arab countries*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990 ; CALDER Norman, *Studies in early Muslim jurisprudence*. Oxford, Clarendon Press, 1993 ; COMAIR-Obeid Nayla, *The law of business contracts in the Arab Middle East : a theoretical and practical comparative analysis*, Boston : Kluwer Law International, 1996 ; MALLAT Chibli, *The renewal of Islamic law : Muhammad Baqer as-Sadr, Najaf, and the Shi'i International*. New York : Cambridge University Press, 1993. Notamment le devoir d'information et conseil: ELKARKOURI Driss, *Pre-Contractual Liability in Islamic Construction Contracts*, *The International Construction Law Review*, 1992, p. 547.

germaniques, qui ont été élaborés par des savants et incarnent les reflets des concepts philosophiques et moraux de l'époque.

La nature commerciale du droit anglo-saxon s'est révélée par sa vision précontractuelle individualiste, considérant la négociation comme une période de risque, selon laquelle « la partie qui entre en négociation en l'espérance d'un gain qui peut résulter de l'accord final, supportera les risques de toutes les pertes qui peuvent provenir de la rupture des négociations ». Cette vision se concrétise par le principe de liberté contractuelle absolue, permettant la rupture de la négociation à n'importe quel moment et sans aucune justification.

Cette philosophie a été consacrée dans la fameuse affaire *Walford c. Miles*⁹⁹⁵ où la Chambre des Lords a retenu que « chaque négociateur a le droit de chercher son propre intérêt, tant qu'il évite les fausses affirmations. Pour avancer ses propres intérêts il doit avoir le droit, s'il le croit approprié de menacer de se retirer de la négociation ou de la rompre, en l'espérance que son négociateur essaye de renégocier en lui offrant de meilleures conditions ».

Les pays civilistes ont au contraire instauré des limites au principe de la liberté contractuelle. Ces tempéraments ont eu pour but de donner plus de sécurité juridique aux négociateurs et de protéger la partie qui a fait d'importants investissements en se fiant aux affirmations de son partenaire. Ces régimes ont donc tenté d'établir un certain équilibre au sein de la phase précontractuelle entre la liberté de négociation et le besoin de sécurité juridique, ce qui incitera les opérateurs économiques à prendre l'initiative de négocier et d'investir sans crainte des pertes dues au caractère aléatoire des pourparlers. Cette divergence de solutions traditionnellement adoptées par ces deux familles juridiques n'a pourtant pas résisté aux effets de l'élargissement du droit du commerce international et de la mondialisation, forçant ces systèmes à s'aligner sur le droit qui offre les solutions les plus attractives aux opérateurs économiques internationaux.

La responsabilité précontractuelle est une matière assez dynamique fortement influencée par la pratique du commerce international. En raison de la concurrence qu'elle crée entre les différents systèmes juridiques afin de présenter aux opérateurs du commerce international le régime juridique le plus adapté à leurs exigences, la mondialisation a engendré la convergence de ces systèmes et leur alignement sur le modèle le plus flexible et le plus sécurisant qui s'est avéré être, durant la phase précontractuelle, le droit romano-germanique.

En effet, selon M. Chevallier, l'un des principaux effets de la mondialisation⁹⁹⁶ est la convergence qu'elle crée entre les différents régimes juridiques nationaux. M. Ponthoreau explique que le droit moderne se caractérise par une « constitution progressive d'un socle de règles et de principes communs »⁹⁹⁷, par un mouvement de rapprochement des systèmes juridiques étatiques⁹⁹⁸.

Si ce rapprochement favorise dans différents domaines du droit le système de common law, et l'américain en particulier, il en va autrement en ce qui concerne la responsabilité précontractuelle. Ici, on témoigne une tendance générale d'alignement du droit anglo-saxon au modèle romano-germanique.⁹⁹⁹

La tendance actuelle de rapprochement de systèmes en matière de responsabilité précontractuelle suit le modèle romano-germanique, notamment le modèle français¹⁰⁰⁰, qui a eu plus de succès sur l'échelon international, et qui sert mieux aux intérêts du commerce et des opérateurs internationaux. D'où notre choix de l'analyse de la matière sous l'optique du juge français.

La liberté contractuelle totale, qui surgit en droit anglo-saxon et qui fait sa réputation dans les autres domaines du droit, a un effet inverse durant la phase précontractuelle. Si les opérateurs internationaux préfèrent une telle liberté lors de la création de nouvelles catégories de contrats ou de clauses juridiques, ils ne la favorisent pas durant la négociation.

⁹⁹⁵ Walford c. Miles, (1992) 2 AC 128.

⁹⁹⁶ CHEVALLIER Jacques, Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation, in MORAND Charles-Albert (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Collection de droit international, 2001, p. 37 et s. ; MOHAMED SALAH Mahmoud, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Puf, 2002, p. 105 et p. 138 ; MARKESINIS Basil, *Unité ou divergence : A la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain*, RIDC, n° 4, 2001, p. 807 et s., spéc. p. 826 ; DELMAS-MARTY Mireille, *La mondialisation du droit : chances et risques*, D. 1999, chr. 43.

⁹⁹⁷ PONTTHOREAU Marie-Claire, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, AJDA, 9 janv. 2006, p. 20 et s., spéc. p. 22.

⁹⁹⁸ LAMETHE Didier, *L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation*, in *D'ici, d'ailleurs. Harmonisation et Dynamique du droit*, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Paris, Société de législation comparée, 1999 ; p. 305.

⁹⁹⁹ MONZER Rabi, *Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle : Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons*, RIDC, 2007, vol. 59, n° 3, p. 523.

¹⁰⁰⁰ MUIR-WATT Horatia, *Les pourparlers: de la confiance trompée à la relation de confiance*, in *Les concepts contractuels français*, Dalloz, 2003, p. 53 et s., spéc. p. 55 ; v. encore l'analyse comparative de FONTAINE Marcel, *Un régime harmonisé de la formation des contrats. Réexamen critique*, in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, FONTAINE Marcel (dir.), Bruylant, LGDJ, 2002, p. 851 et s.

C'est ce qu'ont prouvé les multiples études économiques effectuées, notamment celle élaborée par M. Wils¹⁰⁰¹. L'auteur a, en effet, conclu que l'acceptation de certaines limitations à la liberté contractuelle octroie une plus grande sécurité aux parties et les incite à s'investir dans les négociations sans craintes d'injustes pertes.

Elle a ainsi démontré la fausseté de la vision traditionnelle anglo-saxonne considérant, que l'acceptation de telles limites se contredit avec les intérêts des parties et les décourage d'entrer en pourparlers et a prouvé « que le marché trouve son compte dans le régime de liberté surveillée »¹⁰⁰².

Conférant une liberté totale de négociation aux parties, les régimes juridiques anglo-saxons, se sont trouvés dépassés par les exigences du commerce international¹⁰⁰³. Ils ont donc fait d'importants efforts afin de combler leurs retards par rapport aux droits continentaux. Cela a imposé une modification de la philosophie précontractuelle individualiste anglo-saxonne de *l'aleatory view of negotiation*. Elle a été clairement exprimée dans la décision de la Cour d'appel de Californie dans l'affaire *Kevin A. Copeland c. Baskin Robbins USA*¹⁰⁰⁴. On remarque d'ailleurs le considérable rapprochement de la position de la Cour à celle longtemps adoptée dans les systèmes romano-germaniques.

Pour arriver à cette fin et surmonter l'absence en droit anglo-saxon des principes généraux applicables à cette phase, les régimes de *common law* ont adapté certains de leurs mécanismes classiques aux exigences de la phase précontractuelle. Ils se sont ainsi référés à *l'unjust enrichment*, le *promissory estoppel*, et au *law of tort*, développant ce qui est désormais connu sous le nom de *piecemeal solutions* – des solutions au cas par cas – répondant aux problèmes d'injustices durant cette phase.

Le *Law of tort* ou plus précisément le *misrepresentation* permet de sanctionner la communication des informations mensongères en cours de négociation. Quant à *l'unjust enrichment* et le *promissory estoppel*, ils servent en cas de rupture fautive des négociations. La première, utilisée principalement en droit anglais, s'applique notamment lors de la

¹⁰⁰¹ WILS Wouter P. J., Who should bear the costs of failed negotiations? A function inquiry into precontractual liability, *Journal des Econ. et des Étud Hum.*, 1993, p. 93 ; voir aussi, SHELL Richard, Opportunism and Trust in the negotiation of commercial contracts: Towards a New cause of action, 44 *Vanderb. Law. Rev.* 1991, p. 221.

¹⁰⁰² MUIR-WATT Horatia, Les pourparlers: de la confiance trompée à la relation de confiance, in *Les concepts contractuels français*, Dalloz, 2003, p. 53, spéc. p. 55.

¹⁰⁰³ GILIKER Paula, Pre-contractual liability in English and French Law, *Kluwer Law International*. 2002, p. 63 et s.

réalisation des travaux préliminaires sur la demande d'un des négociateurs. La seconde, instaurée principalement aux États-Unis, permet d'empêcher les négociateurs de revenir sur leurs promesses, lorsqu'elles créent une confiance légitime quant à la future conclusion du contrat.

Dans ce sens, on constate en common law un mouvement d'élargissement du domaine délictuel dans la *common law*. En effet, en raison de la soumission du contrat, en *common law*, aux conditions de la *privity* et, avec moins d'intensité, de la *consideration*. En absence de ces conditions il devient impossible d'indemniser selon la responsabilité contractuelle, par exemple, les dommages patrimoniaux subis par exemple par celui qui a reçu gratuitement avec négligence une mauvaise information. Mais si entre les parties il y a une suffisante *proximity*, la jurisprudence anglaise et américaine admettent la réparation in tort de ces dommages. Il faut rappeler que la *common law* adopte traditionnellement la théorie de l'*aleatory* ou du *venturesome* en matière de pourparlers¹⁰⁰⁵. Cette théorie qualifie les pourparlers comme des activités de risques, où les conséquences doivent être supportées par les parties. Dans ce sens, la jurisprudence anglaise ne reconnaît pas un principe général de bonne foi¹⁰⁰⁶. Ce n'était pas toujours le cas. En réalité, un concept général de bonne foi est reconnu depuis longtemps dans la tradition anglaise du droit des contrats commerciaux, la *lex mercatoria* de tradition romaine étant caractérisée par ce concept. Cela a fortement influencé les cours de *common law* et d'*equity*. À partir de la fin du 19^{ème} siècle, les cours ont accueilli les idées de consensualisme et de liberté contractuelle. Au même temps, les cours se réfèrent aux doctrines de l'*equity* pour résoudre les cas d'injustice contractuelle. Dans ce sens, le moderne droit anglais n'accueille plus un principe général de bonne foi.

Aux États-Unis, même si l'UCC reconnaît le principe de bonne foi, il le fait uniquement par rapport à l'exécution du contrat¹⁰⁰⁷. De toute manière, il n'y a aucune doctrine générale de la bonne foi dans le droit anglais des contrats¹⁰⁰⁸. La loi anglaise ne rejette pas l'éthique de la bonne foi ; elle préfère établir des solutions aux problèmes contractuels à un

¹⁰⁰⁴ Kevin Copeland c. Baskin Robbins USA & cil, Cal. App. 2002, Daily Journal DAR 3063.

¹⁰⁰⁵ KOTTENHAGEN R.J.P., Freedom of contract to forcing parties into agreement: the consequences of breaking off negotiations in different legal systems, *Ius Gentium*, 2006, n° 69-70.

¹⁰⁰⁶ William Lacey (Hounslow) Ltd. c. Davis [1957] 1 WLR 932, spéc. 934 par Barry.

¹⁰⁰⁷ FARNSWORTH Allan, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. L. Rev., 1987, p. 217, spéc. 221.

niveau légal plus détaillé. Ainsi, la bonne foi dans le processus de négociation est, dans la loi anglaise, invoquée par des moyens indirects¹⁰⁰⁹, comme le *promissory estoppel*, l'*unjust enrichment*, et la *misrepresentation*.

Un mouvement en sens contraire se vérifie en droit allemand où certaines limitations du droit délictuel ont conduit au besoin d'élargir le domaine objectif et subjectif des règles de responsabilité contractuelle au-delà des obligations prévues par les parties dans le contrat. Le moteur principal de ces développements est la clause générale de bonne foi prévue à l'article 242 du BGB. À cet effet, face à des dommages simplement patrimoniaux causés par négligence, difficilement était octroyée une indemnité sous le fondement de la responsabilité délictuelle prévu aux §§ 823 et 826 du BGB¹⁰¹⁰. C'est pour cette raison, par exemple, que le Tribunal Fédéral Allemand a fondé la responsabilité précontractuelle en raison d'un préjudice causé par une information, sur un contrat tacite d'information ou de conseil – *Auskunfts ou Beratungsvertrag* – qui est considéré comme conclu quand l'informant savait que cette information était importante pour le destinataire et que celui-ci allait l'utiliser dans les domaines commercial, économique ou juridique¹⁰¹¹.

Si le droit allemand choisit une responsabilité précontractuelle suivant les principes de la responsabilité contractuelle (§ 280 I du BGB), c'est pour remédier aux défauts de réparation que pourrait engendrer l'application d'un régime de responsabilité délictuelle (§823 I du BGB). Notamment, la difficulté liée au fait que le préjudice réparable en matière de responsabilité fondée sur le § 823 I du BGB ne prend pas en compte les dommages purement patrimoniaux - *reine Vermögensschäden* - ou en a une conception très stricte. En effet, le § 823 I du BGB fonde uniquement la réparation d'un des dommages énumérés – atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'une personne – et ne réparera ainsi le préjudice purement économique que s'il résulte d'un dommage physique – au cas où la faute serait commise par le préposé, il existe une présomption simple de responsabilité du commettant ce qui lui permet donc de s'exonérer (§831 I du BGB). Bien au contraire, la

¹⁰⁰⁸ Bernhard Schulte GmbH & Co KG c. Nile Holdings Ltd, Queen's Bench Division, Commercial Court [2004] EWHC 977 (Comm), applicant Walford c. Miles. ; Abbale (t/a GFA) c. Alstom UK Ltd, WL 2000, 989503, Queen's Bench Division (Technology & Construction Court).

¹⁰⁰⁹ DAVID René et PUGSLEY David, Les contrats en droit anglais, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1985, p. 95.

¹⁰¹⁰ Cf. PALANDT-THOMAS, §676 BGB, n.m. 1 ss, p. 795.

¹⁰¹¹ BGH 23 janvier 1985, JZ 1985, p. 951 ; BGH 12 février 1979, NJW 1979, p. 1595 ; et BGH 4 mars 1987, BGHZ 100, p. 117.

responsabilité contractuelle permet de réparer toutes sortes d'atteintes et supprime la possibilité d'exonération du commettant en cas de faute du préposé (§ 278 du BGB).

À l'inverse, la responsabilité délictuelle retenue par le droit français, qui adopte une clause générale de responsabilité délictuelle, favorise la réparation du préjudice. En effet, si la responsabilité issue d'un contrat ne permettra d'obtenir réparation que pour les dommages prévisibles, celle issue d'un délit s'appliquera, en revanche, à toutes sortes de dommages. Cependant, la Cour de Cassation tempère ce principe, comme nous le verrons un peu plus loin. Dans ce type de système l'objectif principal est de garder la responsabilité délictuelle dans des limites raisonnables, dont le besoin de la règle du non-cumul. La formule assez large de la clause générale de responsabilité délictuelle prévue à l'article 1382 du Code civil français, à laquelle sont reconduites toutes les violations fautives des obligations contractuelles, diffère ainsi des systèmes allemand et de *common law* où le préjudice purement patrimonial causé par négligence ne peut pas être à l'origine de la responsabilité délictuelle¹⁰¹².

À ce propos, dans divers systèmes juridiques le préjudice purement patrimonial n'est indemnisé que s'il est précédé par une relation spéciale entre les deux parties en cause, soit un contrat ou une relation précontractuelle d'où l'on peut déduire un devoir de prendre soin des intérêts financiers de l'autre partie. C'est le cas du droit allemand et suisse, où seules les violations de droits subjectifs ou de dispositions légales de protection des intérêts d'autrui sont des fondements pour une responsabilisation délictuelle.¹⁰¹³ En *common law*, de la même manière, en l'absence d'une *special relationship* entre les précontractants, le devoir d'éviter de provoquer un préjudice se limite au dommage physique ou à la propriété.¹⁰¹⁴ On considère ici que le préjudice purement patrimonial appartient au domaine du droit des contrats. La seule exception qui justifie l'indemnisation *in tort* du préjudice purement financier consiste dans les situations dans lesquelles il existe des déclarations faussées dans les négociations ou dans la formation du contrat. Cette position, qui rapprochait ainsi l'idéologie du droit allemand de la

¹⁰¹² LORENTZ Romain, dommage purement patrimonial - Rapport français, RIDC 2-2006, p. 393 et s.

¹⁰¹³ Paragraphes 823 et 826 du BGB. Voir en droit allemand KÖTZ Hein, *Economic Loss in Tort and Contract*, *RabelsZ* 1994, pp. 423 et s. ; VON BAR Christian, "Limitation and Mitigation in German Tort Law", in SPIER Jaap (dir.) *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996, pp. 17 et s. ; KELLER Alfred, "Schweiz", in VON BAR Christian (dir.), *Deliktsrecht in Europa*, Köln, Heymanns, 1993, p. 9.

¹⁰¹⁴ SALMOND, HUESTON et BUCKLEY, *The Law of Torts*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 227 ; MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 84 ; ROGERS, *Keeping the Floodgates Shut: Mitigation and Limitation of Tort Liability in the English Common Law*, in *The Limits of Liability*, 1996, Kluwer, pp. 75 et s. Dans le droit nord-américain voir sur le sujet, DOBBS Dan, *Direct*

*common law*¹⁰¹⁵, répondait à des raisons historiques qui ont fait que le droit des délits soit employé exclusivement pour assurer la protection de la vie, l'intégrité physique et patrimoniale – *life, limb and property*.¹⁰¹⁶ L'une des principales raisons d'adoption de ce système est la protection de la liberté d'action, qui pourrait être limitée par une protection excessive du patrimoine. Aujourd'hui cette position a évolué et on trouve un élargissement du domaine délictuel.

Si le système de la clause générale constitue une évolution par rapport au système de *common law*, supprimant le casuisme inhérent au système de la typicité, il engendre un risque d'élargissement excessif de la responsabilité délictuelle puisqu'il attache à tout préjudice causé par une négligence une obligation d'indemniser. Il est important de noter que dans le droit suisse et brésilien il faut que le préjudice soit causé de mode illicite et qu'en droit italien il faut qu'il soit injuste, c'est-à-dire, « une lésion d'un intérêt d'autrui qui mérite la protection selon l'ordre juridique »¹⁰¹⁷.

SECTION 3 - LES ELEMENTS PERMETTANT LA RESPONSABILISATION PRECONTRACTUELLE EN DROIT COMPARE

Aujourd'hui le droit comparé adopte une méthode pragmatique, qui préfère à la macro-comparaison une micro-comparaison fondée sur la recherche d'équivalents. L'équivalent peut d'abord être conceptuel. La comparaison consiste alors à chercher dans son propre droit une notion équivalente au concept de droit étranger, étant précisé que l'équivalent n'est pas la simple traduction du terme étranger¹⁰¹⁸, mais une notion dotée d'une signification comparable. L'équivalent peut être ensuite fonctionnel, ce qui conduit à la désormais classique « méthode fonctionnelle »¹⁰¹⁹. Celle-ci conduit le comparatiste à se libérer des catégories juridiques et à considérer l'objet étudié sous l'angle des objectifs qu'il sert. La méthode fonctionnelle présente à cet égard le mérite de créer entre des notions différentes le lien sans lequel toute comparaison

and General Limits on Tort Damages in the United States, in *The Limits of Liability*, SPIER Jaan (dir.), The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996, p. 27.

¹⁰¹⁵ MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 43.

¹⁰¹⁶ Pour le droit anglais, MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007 ; pour le droit allemand voir DEUTSCH, *Zum Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung*, in FS Michaelis, Göttingen, 1972, pp. 26 et s.

¹⁰¹⁷ GALGANO Francesco, *Diritto Privato*, Padova, 13^e éd., CEDAM, 2006, p. 354.

¹⁰¹⁸ IZORCHE Marie-Laure, *Propositions méthodologiques pour la comparaison*, RIDC, n° 2/2001, pp. 289 et s.

est impossible. Ce lien de comparabilité¹⁰²⁰ tient à l'existence d'une fonction commune. En ce sens, nombre de notions de droit anglais ou de droit américain, notamment la *consideration* et l'*estoppel*, n'ont pas d'équivalent conceptuel en droit français et font l'objet d'une comparaison essentiellement fonctionnelle¹⁰²¹. La notion d'attentes renvoie en premier lieu à des attentes de comportement, le comportement d'un individu étant susceptible de créer des attentes auprès de son cocontractant¹⁰²². Cette acception des attentes, prégnante en droit anglais, reçoit en droit français un écho croissant dans le cadre des réflexions sur l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui¹⁰²³ ou sur la confiance légitime¹⁰²⁴.

Nous allons présenter, sous une approche comparatiste fonctionnelle, les conditions d'engagement de la responsabilité précontractuelle dans les principaux systèmes juridiques et les conditions de mise en œuvre relatives à la faute précontractuelle (§1), au préjudice (§2) et au lien de causalité entre la faute et le préjudice (§3). Cette présentation ne se prétendant nullement exhaustive, vise néanmoins démontrer les similitudes et les différences des principaux systèmes juridiques en la matière en vue d'une possible harmonisation.

§ 1 - L'appréciation de la faute précontractuelle en droit comparé

Nous verrons que les ordres juridiques nationaux de droit civil (A) et de *common law* (B) apprécient différemment la faute précontractuelle. Ils possèdent des caractéristiques différentes notamment en ce qui concerne l'exigence d'un acte illicite et d'une faute intentionnelle, et sur le modèle à prendre en compte pour apprécier le comportement des précontractants. Malgré ces caractéristiques propres à chaque système, une harmonisation de l'appréciation de la faute précontractuelle est parfaitement envisageable.

A - La faute précontractuelle dans les pays de tradition civiliste

¹⁰¹⁹ ZWEIGERT Konrad, Méthodologie du droit comparé, in Mélanges J. Maury, vol. 1, Dalloz, 1960, p. 579.

¹⁰²⁰ YAMAGUCHI Toshio, Comparabilité des droits dans les cultures juridiques différentes - à propos de la pluralité d'origines d'inspiration dans les règles juridiques du droit du travail, RIDC, 1999, p. 1003.

¹⁰²¹ Sur l'estoppel, voir FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel du droit anglais, in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Économica, 2001, p. 15 ; MUIR WATT Horatia, Pour l'accueil de l'« estoppel » en droit privé français, in Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 303 ; sur la consideration : DAVID René, Cause et consideration, in Mélanges J. Maury, t. 2, p. 111.

¹⁰²² FAGES Bertrand, Le comportement du contractant, PUAM, 1997.

¹⁰²³ BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Économica, 2001.

¹⁰²⁴ SOURIOUX Jean-Louis, La croyance légitime, JCP 1982, I, 3058.

D'abord, il convient d'analyser le droit allemand où la doctrine et la jurisprudence ont isolé l'illicite précontractuel dans une catégorie autonome. Selon lui, par l'entrée en pourparlers ou simplement par une prise de contact visant à conclure un contrat, les parties sont liées par une relation obligationnelle de source légale appelée par certains « relation de préparation du contrat »¹⁰²⁵. Ainsi, le seul fait de pénétrer dans un magasin pour s'informer établit ce contact d'affaires – *Geschäftlicher Kontakt* – même si cette personne n'ait pas encore d'intention ferme d'acheter.

Selon le § 311 al. 2, trois sortes de situations donnent naissance à un tel rapport¹⁰²⁶. La première situation est l'engagement de pourparlers – *Aufnahme von Verhandlungen*. Ensuite, il s'agit de l'hypothèse de toute mesure préparatoire à un contrat – *Anbahnung eines Vertrags* – « à l'occasion de laquelle l'une des parties accorde à l'autre ou lui confie, dans la perspective d'une relation contractuelle éventuelle, la possibilité d'agir sur ses droits, ses biens et ses intérêts ». Cette formulation complexe vise des hypothèses classiques, telles que celles d'un client qui pénètre dans un magasin ou celle d'une entreprise qui participe à une procédure d'appel d'offres. La dernière situation concerne les « contacts d'affaires analogues », expression qui a pour but de souligner que les deux situations précédentes n'excluent pas d'autres développements jurisprudentiels, mais sans y englober toutefois un simple contact social.

La faute dans le droit allemand est en principe une condition de la responsabilité précontractuelle. Cependant, la jurisprudence du Tribunal Fédéral¹⁰²⁷ et une partie minoritaire¹⁰²⁸ de la doctrine considèrent que la responsabilité précontractuelle est objective dans les cas d'annulation du contrat par erreur (§122 du BGB), d'absence de pouvoirs de représentation (§179, 2, du BGB) et de rupture de pourparlers quand une partie assure à l'autre de façon expresse ou conclusive la célébration du contrat. La doctrine majoritaire s'oppose à cette idée puisque, d'une part, la violation de la confiance sans motifs légitimes est une conduite fautive¹⁰²⁹ – *venire contra factum proprium*¹⁰³⁰ –, et d'autre part, si un précontractant a prévenu

¹⁰²⁵ PEDAMON Michel, Le contrat en droit allemand, LGDJ, 1993, p. 40.

¹⁰²⁶ Sur l'état actuel de la *culpa in contrahendo* en Allemagne, voir LEIBL Stefan, *Culpa in contrahendo*, in Oliver Remien (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht : Zwischenbilanz und Perspektiven*, actes du colloque de Würzburg du 27 au 28 octobre 2006, 2008, pp. 233 et 234.

¹⁰²⁷ Arrêts du 6 février 1969 ; du 16 octobre 1974, NJW 1975, p. 43 ; et du 22 février 1989, JZ 1991, p. 199.

¹⁰²⁸ LARENZ Karl et WOLF Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen rechts*, 8 éd. München, C.H. Beck, 1997, pp. 693, 938 et 940 ; CANARIS Claus-Wilhelm, *Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in FS Larenz, 1983, München, C.H. Beck, p. 91.

¹⁰²⁹ STOLL Hans, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, in FS von Caemmerer, 1978, p. 449 ; et GOTTWALD Peter, *Die Haftung für culpa in contrahendo*, JuS 1982, p. 879.

l'autre des circonstances susceptibles d'empêcher la conclusion du contrat, le risque tombe sur ce dernier qui aurait pu prendre des mesures nécessaires pour éviter ces risques¹⁰³¹. En absence d'une conduite illicite et fautive la responsabilité précontractuelle ne pourrait pas être caractérisée. Le critère pour évaluer la faute est celui du § 276 du BGB, selon lequel le débiteur répond tant pour dol que pour négligence, c'est-à-dire, pour violation du devoir de diligence.

Les devoirs dégagés par la jurisprudence à partir du principe de la bonne foi et de la protection de la confiance légitime (§ 242)¹⁰³² sont classés par la doctrine sous trois rubriques.

Il existe tout d'abord les obligations de protection de l'autre partie. Ces obligations incluent la protection de son intégrité physique et de son patrimoine¹⁰³³. Les hypothèses visées se rapprochent sensiblement de celles qui sont couvertes par les règles de la responsabilité délictuelle dans le droit français. Elles furent développées pour pallier les lacunes des règles du droit allemand de la responsabilité délictuelle, principalement en cas d'atteintes à l'intégrité physique de clients, blessés suite aux négligences de préposés de magasins. La première décision célèbre est la décision dite « *linoléum* ». Le *Reichsgericht* a alloué des dommages et intérêts à la cliente d'un magasin blessée suite à la chute de rouleaux de linoléum, causée par la négligence d'un employé qui voulait lui montrer le produit qui l'intéressait¹⁰³⁴. Par la suite, le *Bundesgerichtshof* a suivi la même voie, notamment dans un cas de chute d'un client glissant sur une peau de banane dans les rayons d'un magasin¹⁰³⁵ ou d'un enfant accompagnant sa mère dans un magasin et chutant sur une feuille de salade¹⁰³⁶. Il s'agit d'une spécificité du droit germanique puisque dans la plupart des systèmes juridiques la violation de l'intégrité physique et patrimoniale dans la période précontractuelle ne fait pas partie de l'illicite précontractuel et est sanctionnée par la responsabilité délictuelle. La doctrine range également dans ce type d'obligations de protection, qui vise également la protection des biens d'autrui, les obligations de confidentialité des renseignements obtenus au cours des pourparlers. Une partie ne peut

¹⁰³⁰ KÜPPER Wolfgang, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 216.

¹⁰³¹ FRIEDL Birgit, *Haftung bei Abbruch von Vertragsverhandlungen im deutschen und anglo-amerikanischen Recht*, *ZvglRWiss* 1998, p. 182.

¹⁰³² § 242 du BGB.

¹⁰³³ PEDAMON Michel, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 1993, p. 41.

¹⁰³⁴ *Reichsgericht*, 7 décembre 1911, RGZ 78, 239.

¹⁰³⁵ *Bundesgerichtshof*, 26 septembre 1961, NJW 1962, p. 31.

¹⁰³⁶ *Bundesgerichtshof*, 28 janvier 1976, BGHZ 66, p. 51.

abuser de son statut en révélant à des tiers des informations confidentielles obtenues au cours des négociations¹⁰³⁷.

La jurisprudence a aussi énoncé clairement le devoir de négocier de bonne foi. Une partie qui, en cours de négociation, a suscité la confiance qu'un contrat serait certainement conclu et qui, sans raison légitime ou pour des motifs ultérieurs, refuse de poursuivre la négociation doit réparer le dommage négatif issu de la rupture des pourparlers¹⁰³⁸. Sous l'influence de la célèbre théorie de la *culpa in contrahendo* développée par Jhering en 1861, le BGB a dès son origine admis dans plusieurs de ses dispositions qu'un précontractant devait être indemnisé de son préjudice, si le contrat échouait pour des raisons tenant à l'autre partie¹⁰³⁹. Outre la confiance dans la certitude de la conclusion du contrat, la jurisprudence actuelle du *Bundesgerichtshof* allemand exige en tant que condition pour la responsabilité précontractuelle en raison de la rupture des pourparlers, en plus de confiance dans la certitude de la conclusion du contrat, que la partie responsable de la rupture ait commis une grave violation au devoir de se conduire selon la bonne foi¹⁰⁴⁰.

Il existe enfin le devoir de renseignement – *Verletzung einer Aufklärungspflicht* – sur les circonstances qui apparaissent déterminantes pour la conclusion ou l'exécution du contrat¹⁰⁴¹. Comme dans la jurisprudence française, le bénéficiaire de l'information peut obtenir des dommages et intérêts en cas de violation de ce devoir et s'il s'avère qu'il a conclu un contrat désavantageux qu'il n'aurait pas conclu s'il avait disposé de cette information¹⁰⁴². Il peut en outre obtenir l'annulation du contrat pour réticence dolosive (§ 123 du BGB).

En Suisse, la doctrine est divisée sur la nature de la responsabilité précontractuelle, mais la jurisprudence du Tribunal Fédéral a déjà statué en faveur de la thèse d'un régime

¹⁰³⁷ KRAFT W., L'obligation de confidentialité en droit allemand, RDAI 1991, p. 135.

¹⁰³⁸ Voir les arrêts du Bundesgerichtshof, 12 juin 1975, NJW 1975, 1774, 22 février 1989, JZ 1991, 199, 8 juin 1978, BGHZ 71, 386, 7 février 1980, BGHZ 76, 343. V. dans la doctrine, MARKESINIS, LORENZ et DANEMANN, *The german law of obligations*, Clarendon Press, vol. I, *The law of contracts and restitution*, 1997, p. 66.

¹⁰³⁹ Par exemple, en cas de déclaration de volonté non sérieuse ou erronée : § 122, de défaut de pouvoir du représentant § 179, d'impossibilité de la prestation connue de l'autre partie : § 311 a, ex-§ 307. Le 1er janvier 2002 est entrée en vigueur la réforme du BGB, v. à ce sujet WITZ Claude, *La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations*, D. 2002 p. 3156 ; sur l'évolution du BGB au cours du siècle écoulé, PEDAMON Michel, *Le centenaire du BGB*, D. 1997, Chron. p. 107.

¹⁰⁴⁰ BGH, V ZR 332/94 du 29 mars 1996.

¹⁰⁴¹ Reichsgericht, 26 avril 1912, 41 JW, p. 743 ; KESSLER Friedrich et FINE Edith, *Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study*, Harvard Law Review, 1963-64, 405.

¹⁰⁴² BGH, 1991, 832.

autonome, indépendant de ceux des responsabilités contractuelle et délictuelle¹⁰⁴³. Le droit suisse se fonde surtout sur la confiance légitime¹⁰⁴⁴. Le mécanisme de la responsabilité précontractuelle en Suisse n'est pas très différente de celui du droit allemand. Les parties sont liées par des devoirs de comportement de source légale dans la formation du contrat, dont la violation constitue un acte illicite déterminant de l'obligation d'indemniser les dommages ainsi provoqués.¹⁰⁴⁵ La responsabilité précontractuelle a été insérée dans le plan législatif aux articles 26, 31, n° 3, 36 et 39 du Code des Obligations et 411, n° 2 du Code civil. On peut extraire de ces dispositions un principe général de responsabilité par faute dans la formation du contrat¹⁰⁴⁶. Elle se base essentiellement sur le principe de la bonne foi expressément prévu par l'article 2¹⁰⁴⁷ du Code civil suisse. À partir de ce principe les parties sont tenues de respecter certains devoirs de comportement dont la violation les oblige à réparer les dommages en résultant¹⁰⁴⁸.

Parmi ces devoirs nous pouvons citer le devoir de négocier sérieusement, qui sera violé si l'une de parties s'engage ou poursuit des négociations sans l'intention de conclure le contrat¹⁰⁴⁹. Un autre devoir est celui d'information mutuelle entre les parties sur les faits importants pour la décision de conclure le contrat ou pour les conditions du contrat¹⁰⁵⁰. Selon le Tribunal Fédéral, ce devoir résulte du rapport de confiance existant entre les parties potentielles

¹⁰⁴³ KÜPPER Wolfgang, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 103.

¹⁰⁴⁴ Tribunal fédéral, T 0/2 4C.22/2006, du 5 mai 2006 ; Tribunal federal, 4C.373/2002, du 18 mars 2003 ; Tribunal federal, T/01 4A 226/2009, du 20 août 2009 ; Tribunal federal, T 0/2 4C.365/2004, du 25 fév. 2005.

¹⁰⁴⁵ ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, p. 189 ; PIOTET Paul, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse*, 1963, Berne, Staempfli, p. 127 ad n. 368 ; ROUILLER Nicolas, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, Cedidac, 2006. Sur l'article 2.301, voir les arrêts du Tribunal Fédéral: TF, du 30 janv. 2001, 4C.253/2000.

¹⁰⁴⁶ L'affirme de Tribunal Fédéral Suisse dans l'arrêt du 6 juin 1951, ATF, vol 77/II, p. 136: « l'idée qui est la base de ce dispositions doit être généralisée si l'on veut assurer le règne de la bonne foi dans les relations d'affaires ».

¹⁰⁴⁷ Art. 2 - B. Etendue des droits civils - I. Devoirs généraux: 1 « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». v. Les arrêts du Tribunal Fédéral : TF, 17 janv. 2005, JdT 2006 I 163 ; TF, 29 avr. 2003, 4C.381/2002 ; TF, 30 oct. 2002, 4C.202/2002 ; TF, 29 oct. 2001, SJ 2002 I 164 ; TF, 5 janv. 2001, 4C.356/2000 ; TF, 24 fév. 2000, 4C.364/1999 ; TF, 4 janv. 2000, 4C.237/1999, ATF 121 III 350 c. 6c (354) ; 105 II 75 c. 2a (80).

¹⁰⁴⁸ Dans ce sens les arrêts du Tribunal Fédéral : TF, 6 février 1979, ATF, vol. 105/II, p. 75 ; du 20 décembre 1966, ATF vol. 92/II, p. 328 ; sur la bonne foi voir l'arrêt du 20 septembre 1990, ATF vol. 116/II, p. 695 ; voir aussi SCHÖNLE, *Rapport suisse*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII (1992), La bonne foi, p. 198 et 210.

¹⁰⁴⁹ Tribunal Fédéral : TF, 6 juin 1951 ; TF, 17 nov. 2005, JdT 2006 I 163 ; TF, 29 avr. 2003, 4C.381/2002 ; TF, 29 oct. 2001, SJ 2002 I 164 ; ATF 77 II 135 c. 2a (137/138) ; TF, 16 juin 2004, T 0/2 4C.56/2004 ; TF, 21 mars 2006, T 0/2 4C.409/2005.

¹⁰⁵⁰ WAHRENBERGER André, *Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht*, Zurich, Schulthess, 1992, p. 26. Aussi TF, 30 oct. 2002, 4C.202/2002 c. 3 ; cf. ég. ATF 116 II 431 (JdT 1991 I 45) c. 3a (434) ; 105 II 75 (JdT 1980 I 66) c. 2a (80).

au contrat¹⁰⁵¹. Un devoir précontractuel de mise en garde incombe notamment à la banque lorsqu'elle peut prévoir un danger inconnu du client et qui menace un placement ou provoque un conflit d'intérêts¹⁰⁵².

La différence principale par rapport au droit allemand se trouve dans le fait que les lésions à l'intégrité physique et patrimoniale d'autrui survenues au long de la période précontractuelle sont protégées en tant que dommage délictuel¹⁰⁵³, ainsi que les dommages causés par la fourniture de mauvaises informations par un tiers¹⁰⁵⁴. Le droit délictuel suisse est clairement plus large que l'allemand. Dans un récent arrêt, le Tribunal Fédéral a toutefois admis la responsabilité précontractuelle dans une hypothèse où une information précontractuelle a causé un préjudice, même si elle n'a pas empêché la conclusion et la validité du contrat¹⁰⁵⁵. Cet arrêt représente un important revirement de jurisprudence, élargissant le champ d'application de la responsabilité précontractuelle suisse qui se limitait à la rupture de pourparlers et aux contrats annulés¹⁰⁵⁶.

En Italie, le Code civil de 1865 était influencé par le modèle français, prenant en considération seulement certaines formes de responsabilité précontractuelle. Comme en France, les problèmes les plus récents étaient traités à travers la clause générale sur la responsabilité délictuelle, prévue à l'article 1151. Ensuite, l'influence de Jhering et des théories allemandes a eu un rôle fondamental dans la préparation du nouveau Code Civil de 1942 et l'introduction des articles 1337 et 1338. Selon la jurisprudence unanime de la Cour de cassation, l'obligation de bonne foi et de tenir un comportement correct durant les négociations est objective, donc pour qu'il y ait responsabilité il ne faut pas un comportement subjectif de mauvaise foi, ou une intention de causer des préjudices à l'autre partie. Dans certains cas les cours imposent un niveau plus élevé de bonne foi, en considération du sujet en question, comme, par exemple, à l'égard du banquier, ou de l'instrument juridique utilisé, comme une lettre d'intention.

¹⁰⁵¹ Tribunal fédéral, T/01 4A 226/2009, du 20 août 2009 ; aussi arrêt 4C.16/2005 du 13 juillet 2005 consid. 2.1, in ZBGR 88/2007 p. 281 ; Tribunal Fédéral, arrêts du 6 février 1979, préc. p. 80 ; 8 juin 1982, ATF, vol. 108/II, p. 305, et la Cour civile de Genève du 23 novembre 1979, Sem. Jud. 1981, p. 564.

¹⁰⁵² Tribunal Fédéral, 23 juin 1998, 4C.410/1997.

¹⁰⁵³ Cf. BÜHLER-REIMANN Theodor, SJZ 1979, p. 360 ; SCHENKER, « switzerland », in Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress. International Academy of Comparative Law, 1991, p. 316.

¹⁰⁵⁴ Tribunal Fédéral, 17 février 1931, ATF, vol. 57/II, p. 85 ; et 7 octobre 1942, ATF vol. 68/II, p. 302.

¹⁰⁵⁵ Tribunal Fédéral, 8 oct. 2008, n. 24795.

¹⁰⁵⁶ Voir la jurisprudence antérieure: Tribunal fédéral, 22 octobre 2007, T 0/2 5C.230/2006 /frs ; et 29 avril 2008, T 0/2 4C.98/2007/ech.

Le principe de la bonne foi est expressément prévu dans l'article 1337 du Code civil, la responsabilité précontractuelle peut être engagée en trois hypothèses¹⁰⁵⁷. En premier lieu, on trouve des devoirs de conduite, comme ceux de renseignement¹⁰⁵⁸, de clarté, de secret, de réalisation d'actes nécessaires à la sauvegarde de la validité et de l'efficacité du contrat¹⁰⁵⁹, mais on ne trouve pas de devoirs de protection¹⁰⁶⁰. Dans un deuxième temps, la rupture de pourparlers¹⁰⁶¹ donne lieu, selon la jurisprudence de la Cour de cassation italienne à indemnisation quand l'une des parties avait confiance en la conclusion du contrat et que la rupture est injustifiée¹⁰⁶². Une troisième hypothèse d'indemnisation résulte d'un contrat invalide ou inefficace en raison d'un fait dolosif¹⁰⁶³ ou fautif au cours de la période précontractuelle¹⁰⁶⁴.

La question de la possibilité de responsabilité précontractuelle face à des contrats valables est assez controversée en Italie. La jurisprudence¹⁰⁶⁵ exclut cette possibilité, mais une partie de la doctrine¹⁰⁶⁶ y est favorable en se basant sur la formule large de l'article 1337 du Code civil. On discute beaucoup aussi l'élargissement de la responsabilité précontractuelle à la responsabilité attachée aux prospectus. La Cour d'appel de Milan s'est prononcée en faveur de cette solution dans une affaire qui concernait la responsabilité d'une banque pour des informations contenues dans un prospectus¹⁰⁶⁷. Cependant la doctrine rejette cet élargissement en affirmant qu'il manque quelques conditions d'application de l'article 1337, notamment

¹⁰⁵⁷ ALBERICI, Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza), *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1051 ; BESSONE, Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, II, p. 962 ; BIANCA Cesare Massimo, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ; JANNUZZI, Buona fede e recesso dalle trattative contrattuali, *Foro it.*, 1948, I, p. 667 ; LOI-TESSITORE, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano, 1975.

¹⁰⁵⁸ En matière de prestation de services financiers, Corte d'Appello di Milano con la decisione del 19 dicembre 2006, una delle prime rese in sede di impugnazione nella nota vicenda dei Bonds Argentini et Tribunale di Lecco, Sentenza 14 giugno 2007, n. 657 ; Cass. italiana, Sezione unite civili, arrêt du 19 déc. 2007, n. 26725.

¹⁰⁵⁹ CIAN Giorgio et TRABUCCHI Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2002, p. 1057.

¹⁰⁶⁰ BENATTI Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, Milano, p. 99 ; du même auteur : *Culpa in contrahendo*, *Contratto e Impresa*, 1987, p. 287 et s.

¹⁰⁶¹ On doit à Fagella l'élargissement de la responsabilité précontractuelle à la rupture de pourparlers, FAGELLA Gabriele, in *Studi Giuridici in Onore di Carlo Fadda*, Napoli, 1906, vol. III, p. 298, suivi ensuite par Salleilles en France, SALEILLES Raymond, *De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière*, RTDC 1907, p. 711 et 717.

¹⁰⁶² Cass. italienne, 5 août 2004, n. 15040 ; et 18 janv. 1988, *Foro It.* 1988, *Contratto in genere*, n° 267. Dans ce sens, MUSY Alberto, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, vol. XVII, p. 401.

¹⁰⁶³ Cass. italienne, 19 sept. 2006, n° 20260.

¹⁰⁶⁴ Cass. italienne, 19 déc. 2007, *Sezioni Unite Civili*, en matière de violation d'un devoir de renseignement par le banquier.

¹⁰⁶⁵ Cass. italienne, 11 sept. 1989, n° 3922, *Foro it.* 1989, *Contratto in genere* n° 111 ; et 5 fév. 2007, n° 2479.

¹⁰⁶⁶ BENATTI Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, Milano, p. 98 ; ARIETTI Marina, *Responsabilità precontrattuale*, *Riv. Dir. Civ.* 1991, II, p. 738.

¹⁰⁶⁷ Cass. italienne, 2 fév. 1990.

l'existence de négociations et la qualité de partie dans un sens substantiel¹⁰⁶⁸. La responsabilité précontractuelle pour violation d'un devoir de protection, analogue à celle existante en droit allemand, est aussi écartée de la responsabilité précontractuelle¹⁰⁶⁹, malgré l'influence du droit allemand sur le droit italien, en raison de l'existence, en Italie, d'une clause générale de responsabilité délictuelle.

La discipline de la responsabilité civile au Brésil a reçu une large influence du droit français, mais quelques différences, en raison de circonstances de l'ordre juridique brésilien, peuvent être relevées à propos de la responsabilité précontractuelle¹⁰⁷⁰.

La jurisprudence brésilienne a commencé à exiger certains devoirs précontractuels¹⁰⁷¹, d'une manière plus systématique, seulement après l'entrée en vigueur du Code de protection du consommateur en 1990¹⁰⁷². La jurisprudence faisait une application analogique des dispositifs du Code de protection du consommateur, autorisés par l'article 4 de la Loi d'introduction au Code civil, même dans les matières du champ d'application du Code civil¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁸ Cf. FERRARINI Guido, Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo, *Giurisprudenza Commerciale* 1988, II, p. 591.

¹⁰⁶⁹ BENATTI Francesco, La responsabilità precontrattuale, 1963, Milano, p. 96 ; GRISI Giuseppe, L'obbligo precontrattuale di informazione, Napoli, 1990.

¹⁰⁷⁰ WALD Arnaldo, L'influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la responsabilité civile, Rio de Janeiro, Serviço de Documentação do DASP, 1953 ; JACOB DE FRADERA Vera Maria, La responsabilité, Aspects nouveaux, Rapport brésilien, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Panaméennes, LGDJ, Tome I, 1999, p. 217. Sur la responsabilité civile dans le nouveau Code civil: JACOB DE FRADERA Vera Maria, La partie générale du Code civil brésilien, in WALD Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI Camille, Société de Législation Comparée, 2005, p. 203 - Tradition nationale et données historiques, Rapport brésilien, XVII Congrès internationale de droit comparé, Utrecht, juillet 2006 ; WALD, Arnaldo, La responsabilité civile et le Code civil brésilien de 2002, in WALD Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI Camille, Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain, Société de Législation Comparée, 2005, p. 275.

¹⁰⁷¹ POPP Carlyle, Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas, Curitiba, Juruá, 2001 ; et FICHTNER PEREIRA Régis, A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 192 et s ; CHAVES Antônio, Responsabilidade pré-contratual, 2^e éd., São Paulo, Lejus, 1997.

¹⁰⁷² LIMA MARQUES Cláudia, Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil : do « diálogo das fontes » no combate às cláusulas abusivas, *Revista do Direito do Consumidor*, n° 45, janv/mars 2003, p. 71. Ce mécanisme a été appelé de « dialogue de sources » par M. Erik JAYME, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, Rec. des cours La Haye, tome 251, 1995, p. 60.

¹⁰⁷³ TJRS, 20 décembre 2000, Ap. Civ. 599418266, Rel. Des. Matilde Chabar Maia ; TJRS, 19 août 1998, Ap. Civ. 598209179, Rel. Des. Helena Ruppenthal Cunha ; TJRS, 20 décembre 2000, Ap. Civ. 599418266, Rel. Des. Matilde Chabar Maia ; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 18 mai 1999, Ap. Civ. 980045304, Rel. Des. Trindade dos Santos ; Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 25 septembre 2002, Ap. Civ. 13477-1/02, Rel. Des. Sílvia Zarif ; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 29 octobre 2002, Ap. Civ. 2002.001.18860, Rel. Des. Humberto de Mendonça Manes.

La clause générale de bonne foi¹⁰⁷⁴, prévue à l'article 422 du nouveau Code civil de 2002¹⁰⁷⁵, n'a pas été accompagnée d'une norme spéciale sur les conditions de mise en œuvre de cette bonne foi dans la phase précontractuelle¹⁰⁷⁶, ce qui fait que la jurisprudence continue à utiliser le principe général de responsabilité délictuelle inscrit à l'article 186 pour sanctionner la faute précontractuelle.

La jurisprudence brésilienne sanctionne surtout la faute précontractuelle consistant dans la rupture fautive de pourparlers, bien avancés et sans motif légitime¹⁰⁷⁷, en violation de la confiance créée à l'égard de l'autre précontractant¹⁰⁷⁸, et dans la violation au devoir de renseignement¹⁰⁷⁹. Une importante différence par rapport au droit français est le manque de clarté de la jurisprudence brésilienne sur l'exigence de l'intentionnalité de la faute. Si la jurisprudence semble évincer la nécessité de l'intention de nuire, cette condition a été requise dans un arrêt du 8 mai 2003 par une Cour d'appel¹⁰⁸⁰ et la jurisprudence ne l'a jamais expressément écarté.

¹⁰⁷⁴ Voir spécialement COUTO e SILVA Clóvis do, O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, in JACOB DE FRADERA Vera Maria (dir.), O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva, Livraria do Advogado, p. 33 ; NEGREIROS Teresa Paiva de A. T., Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

¹⁰⁷⁵ JACOB DE FRADERA Vera Maria, A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato, Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, edição especial, novembro 2003, p. 123.

¹⁰⁷⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Insuficiência, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, Revista Trimestral de Direito Civil, 2000. pp. 3 et s., spéc. 6.

¹⁰⁷⁷ TJSP, Apelação Com Revisão, CR 730765003 SP, Rel. João Carlos Sá Moreira de Oliveira, du 25 sept. 2008, 33^a Chambre de droit privé ; en doctrine voir: PAZIANOTTO Mariana, Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima de tratativas, Jurua, 2009 ; FRITZ Karina Nunes, Boa-fé objetiva na fase pré-contratual, Jurua, 2009 ; JACOB DE FRADERA Vera Maria, Dano pré-contratual : uma análise comparativa a partir de tres sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte, Revista de Informação Legislativa, n. 136, outubro/dezembro 1997, p. 169 ; AZEVEDO Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, Revista de Direito do Consumidor n° 18 ; MARTINS COSTA, Judith, Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro, in A Evolução do Direito no Século XXI - Estudos de Homenagem ao Professor Arnoldo Wald, 2007, Almedina, p. 301 et s.

¹⁰⁷⁸ TJRS, 31 mai 2006, 9^e chambre civile, Proc. 70014313555, Des. Íris Helena Medeiros Nogueira et Marilene Bonzanini Bernardes ; TJSP, Apelação Cível 4890464100, Rel. Francisco Loureiro, 4^a Chambre de droit privé, 29 oct. 2007 ; TJSP, Apelação com Revisão 883790002, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, 35^a Chambre de droit privé, 11 août 2008. Voir aussi MIRANDA José Gustavo Souza, A proteção da confiança nas relações obrigacionais, Revista de Informação Legislativa, 2002, n° 153.

¹⁰⁷⁹ En matière de devoir d'information et confidentialité: TJRS, 5^e chambre civile, 6 de junho de 1991, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, Revista de Jurisprudencia do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1992, vol. 154, p. 378 et s., FABIAN, Christoph. O dever de informar no Direito Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. Sur le devoir de renseignement: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 16 juin 2009, 1^{ère} chambre civile, Des. Maldonado de Carvalho.

¹⁰⁸⁰ Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Ap. Civ. 385.457-9, 08 mai 2003, Rel. Des. Viçoso Rodrigues.

Les lacunes du Code civil brésilien dans la détermination des éléments de mise en œuvre de la bonne foi ont amené le Conseil Fédéral de Justice¹⁰⁸¹ à publier des considérants en forme d'énoncés sur les normes du Code civil. Ces considérants sont dépourvus de valeur contraignante, leur but étant seulement d'orienter les juges dans la recherche de la portée de la norme et sa bonne interprétation. L'énoncé n° 26 ajoute un critère plus concret à la clause générale de l'article 422, pour exiger un comportement loyal des parties. Plus récemment, le Supérieur Tribunal de Justice - STJ a considéré que la bonne foi objective est une composante de la loyauté de conduite d'une personne loyale et honnête¹⁰⁸². À ce propos, une partie de la doctrine considère que l'objectivité de la loyauté prévue au considérant 26 nous amène à adopter la confiance légitime comme fondement de la responsabilité précontractuelle¹⁰⁸³.

La bonne foi se manifeste sous ses deux volets au sein du nouveau Code civil brésilien. D'une part, le Code civil brésilien prévoit, dans certains dispositifs, la bonne foi subjective. Celle-ci est soumise à la recherche par le juge de l'intention et du comportement des parties. C'est le cas de l'article 113 qui prévoit un principe général d'interprétation selon la bonne foi des actes d'affaires¹⁰⁸⁴, y compris les actes accomplis pendant les pourparlers¹⁰⁸⁵. D'autre part, la bonne foi peut être objective, comme dans les articles 147 et 187, mais aussi dans la clause générale de bonne foi de l'article 422. L'article 147 traite du silence pendant la formation du contrat¹⁰⁸⁶. C'est un cas typique d'omission fautive, caractérisée ici, par un silence dolosif durant les négociations. Cacher un détail, une information ou un aspect important du futur contrat peut caractériser une faute précontractuelle. Le contenu de l'article 187¹⁰⁸⁷ se réfère aux actes illicites, prévoyant que le titulaire d'un droit peut commettre des abus s'il dépasse les limites de sa finalité économique et sociale, les limites de la bonne foi et des bonnes mœurs. C'est la prévision dans le Code civil de la théorie de l'abus de droit. Commet un abus de droit celui qui exerce un droit légitime, sans avoir un intérêt qui justifie son action

¹⁰⁸¹ Énoncés du Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal. Ce conseil a pour fonction l'intégration et l'harmonisation de la jurisprudence des cours fédérales dans les différentes régions du Brésil.

¹⁰⁸² Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 803.481, 2005-0205857-0, du 28 juin 2007, Rel. Min. Nancy Andrighi, 01 août 2007, p. 462.

¹⁰⁸³ GARCIA Enéas Costa. Responsabilidade pré e pós-contractual à luz da boa-fé, 2003, São Paulo, Éditions Juarez de Oliveira, p. 61 ; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, Revista dos Tribunais, 2000, p. 484.

¹⁰⁸⁴ « Art. 113 : Les actes d'affaires doivent être interprétés selon la bonne foi et les usages du lieu de sa célébration. » (notre traduction)

¹⁰⁸⁵ FICHTNER PEREIRA Régis, A responsabilidade civil pré-contractual, Renovar, 2001, p. 207.

¹⁰⁸⁶ Sur la valeur du silence dans le nouveau Code civil brésilien voir JACOB DE FRADERA Vera Maria, O valor do silencio no novo Código Civil, Aspectos controvertidos do novo Código Civil, Éd. RT, 2003, p. 569.

et dans le but de nuire à autrui¹⁰⁸⁸. En appliquant cette théorie à la période des négociations, la rupture de pourparlers qui n'est pas, en principe, fautive, peut le devenir si son exercice est abusif par la violation de la bonne foi, des bonnes mœurs et de sa finalité économique ou sociale¹⁰⁸⁹. On reconnaît ainsi, une autre différence entre le droit brésilien, où la jurisprudence applique encore la théorie de l'abus de droit parmi les fondements de la responsabilité précontractuelle, et le droit français où la jurisprudence l'a abandonnée en faveur de la bonne foi et la confiance légitime.

Le nouveau Code civil brésilien innove dans la relation entre les parties, en exigeant, dans l'article 421, que la liberté de contracter soit exercée dans les limites de la fonction sociale du contrat. La fonction sociale du contrat est une notion assez floue, mais on peut comprendre qu'elle exige des contractants la prise en compte de la dimension sociale de leur projet, qui dépasse la simple circulation de richesses. L'individu devient moins libre pour réaliser ses affaires et doit être attentif au résultat que le futur contrat aura dans la société en général. La fonction sociale du contrat permettrait aux cocontractants d'avoir une vie plus digne, favoriserait l'accès à la consommation et empêcherait qu'une décision de contracter soit guidée par un motif discriminatoire ou inégal. Les contrats en définitive seraient plus équilibrés.¹⁰⁹⁰ L'application de ce dispositif aux contrats du commerce international, en dehors d'une partie faible, comme dans les hypothèses que nous nous proposons de traiter ici, est assez improbable. Son application configurerait une source importante d'inécurité juridique pour les cocontractants étrangers qui voudraient conclure un contrat avec un brésilien, notamment parce

¹⁰⁸⁷ « Art. 187 : Commet aussi un acte illicite l'ayant droit qui, au moment d'exercer son droit, excède manifestement les limites imposées par leur fin économique ou social, la bonne foi ou les bonnes mœurs » (Notre traduction).

¹⁰⁸⁸ Sur ce sujet, MOREIRA José Carlos Barbosa, *Abuso do direito*, Revista Trimestral de Direito Civil, 2003. p. 97 et s.

¹⁰⁸⁹ ZANETTI Cristiano de Souza, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, Éd. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005.

¹⁰⁹⁰ Sur la fonction sociale du contrat au Brésil, voir l'énoncé 23 du Conseil Fédéral de Justice: « La fonction sociale du contrat, prévue dans l'article 421 du nouveau Code civil, n'élimine pas le principe de l'autonomie contractuelle, mais atténue ou diminue l'étendue de ce principe devant les intérêts qui dépassent ceux de l'individu ou l'intérêt individuel lié à la dignité de la personne humaine » (notre traduction) ; voir en doctrine : BUENO DE GODOY Cláudio Luiz, *Função social do contrato*, Éd. Saraiva, 2004, p. 131 ; MARTINS Ives Gandra da Silva, *A função social do contrato*, in *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, éd. RT, 2003, p. 335 ; AZEVEDO Álvaro Villaça, *O novo Código Civil Brasileiro tramitação ; função social do contrato ; boa-fé objetiva ; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)*, Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves (aspectos controvertidos do novo Código Civil), Éditions Revista dos Tribunais, p. 31 ; TARTUCE Flávio, *A função social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005 ; WALD Arnoldo, *A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo CC de 2002*, Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 98, p. 21-30, nov-déc. 2002.

que le Brésil n'a pas ratifié la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises.

B - La faute précontractuelle dans les pays de common law

Dans les systèmes de common law, la faute – *fault ou blameworthiness* – est également un élément constitutif, mais non indispensable de la responsabilité délictuelle, pouvant se manifester par les figures du *wrongful intention* et de la *culpable negligence*¹⁰⁹¹.

Les juges anglais ont créé, sur la base de la confiance légitime et du « venire contra factum proprium », un autre mécanisme ayant vocation à s'appliquer aux déclarations portant sur une intention ou l'appréciation d'une question de droit. Il s'agit du *promissory estoppel*¹⁰⁹². Ce mécanisme a pour vocation de corriger des situations dans lesquelles, pour des raisons techniques, le plus souvent le défaut de *consideration*, il est impossible de considérer qu'un contrat ait été valablement formé entre les parties, mais qu'il serait toutefois inéquitable de laisser une partie revenir sur sa parole¹⁰⁹³. Nous allons analyser en détail la théorie de l'*estoppel* à la fin de ce travail, quand nous analyserons les bases d'un fondement uniforme de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international.

Aux États-Unis, la responsabilité pour *promissory estoppel* a un caractère objectif. Comme toute responsabilité contractuelle aux États-Unis elle est indépendante de toute faute. Malgré cela, le § 90 du *Restatement 2d of Contracts* exige que la confiance engendrée dans le promettant soit raisonnablement prévisible par le prometteur pour pouvoir engager sa responsabilité. Le principe posé par la section 90 (1) n'est pas limité aux contrats ; d'autres Restatements font également intervenir l'*estoppel* sur la base de la *reliance*. On retrouve ainsi la figure anglaise du *promissory estoppel* comme moyen de protection de la confiance légitime,

¹⁰⁹¹ En Angleterre, SALMOND, HUESTON et BUCKLEY, *The Law of Torts*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 24 et 214 ; MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, *Tort Law*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 40 ; aux États-Unis, KEETON Page et Robert, DOBBS Dan et OWEN David, *The Law of Torts*, 5^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1988, pp. 22 et 698. Pour une approche générale, ARYE BEBCHUK L. et BEN-SHAHAR O., *Precontractual Reliance*, 30 *Journal of Legal Studies*, 2001, pp. 57-423 ; SCHWARTZ A. et SCOTT R. E., *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, *Harvard Law Review*, 2007, vol. 120, n° 3.

¹⁰⁹² Sur la possibilité du *promissory estoppel*, [2007] EWCA Civ 1329 ; A2/2007/0923 ; Court of Appeal, Civil Division ; *Collier c. P & M.J. Wright*.

¹⁰⁹³ PINSOLLE Philippe, *Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international*, JDI, 1998-4, p. 911.

elle se base essentiellement sur le préjudice social d'une promesse, le *detrimental reliance*¹⁰⁹⁴, qui influence certains actes ou omissions de la victime.

Le devoir de renseignement a une application absolue en droit anglo-saxon, se basant sur la théorie de la *caveat emptor*, justifiée par la philosophie juridique individualiste de ce droit et permettant aux parties de négocier tout en gardant leurs cartes cachées¹⁰⁹⁵. Le négociateur peut, selon ce raisonnement, cacher des informations même s'il est sûr que son partenaire aurait renoncé au contrat s'il avait eu connaissance de ces informations.

Les droits anglo-saxons se sont référés quant à eux, pour imposer cette obligation en l'absence de l'obligation de négocier de bonne foi, à une multitude de techniques juridiques. Parmi les dispositions législatives spécifiques ou les *implied terms*, la plus importante est la théorie de *misrepresentation*. Cette dernière, constituant le fondement de l'indemnisation de toute fausse information communiquée durant la phase précontractuelle, peut engendrer une obligation indirecte d'information.

La fourniture d'informations inexactes dans la période précontractuelle est source de responsabilité pour *fraudulent ou negligent misrepresentation*, concernant la présence respective de dol ou de négligence. La responsabilité délictuelle est exclue en cas de fourniture non fautive d'information inexacte ou en absence d'une relation spéciale de confiance entre les parties, comme c'est le cas des pourparlers bien entamés¹⁰⁹⁶. Quand l'information inexacte est dolosive, elle constitue un *tort of deceit*. Les conditions pour appliquer ce *tort* sont : la conscience de l'inexactitude de la déclaration par celui qui la réalise ; l'absence de conviction sérieuse dans la véracité ou indifférence par rapport à sa véracité ou fausseté¹⁰⁹⁷ ; et l'intention que le destinataire agisse en confiance à la véracité de la déclaration¹⁰⁹⁸. La *misrepresentation* est considérée négligente dans le cas où la déclaration n'aurait pas observé le devoir de diligence en s'assurant de la véracité de l'information¹⁰⁹⁹. La charge de la preuve de la faute de la *misrepresentation* appartient en *common law*, ainsi qu'en droit français, à la victime, mais la section 2 (1) du *Misrepresentation Act 1967* inverse cette charge.

¹⁰⁹⁴ FARNSWORTH Allan, *Contracts*, 4 éd., 2004, Boston, Little, Brown & Co, vol. I, p. 310 ; sur l'alinéa "a" du § 90 du Restatement 2d of Contracts.

¹⁰⁹⁵ BANAKAS Efstathios, *Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interests System*, 7 *European Review of Private Law*, 1999, pp. 261-286.

¹⁰⁹⁶ [2009] EWCA Civ 585 ; Court of Appeal, Civil division, 18/6/2009, UBS vs. HSH Nordbank.

¹⁰⁹⁷ House of Lords, *Derry c. Peek*, (1889) A.C. 337.

¹⁰⁹⁸ SALMOND, HUESTON et BUCKLEY, *The Law of Torts*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 438.

¹⁰⁹⁹ TREITEL Guenter, *The law of the contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 308.

La *fraudulent misrepresentation* constitue aussi un illicite délictuel par le *tort of deceit*. Sont considérés encore comme faits illicites, pouvant intégrer le *tort of negligence*, les affirmations fausses ou inexactes réalisées en violation d'un devoir de diligence ; ainsi que les hypothèses de *misrepresentation*, de *concealment* et de *non-disclosure* qui déterminent, dans les termes du *Restatement Second of Contracts*, l'inefficacité ou la modification du contrat.

Les affirmations faites doivent être exactes, véritables et complètes. Les affirmations partiellement exactes seront ainsi considérées comme de fausses informations – *Misrepresentation*¹¹⁰⁰. Les parties sont donc censées ne prendre aucune mesure permettant de cacher un défaut ou un fait défavorable, voire de corriger les précédentes affirmations qu'ils ont énoncées et les informations qu'ils ont donné.

Cette vocation, créant une obligation indirecte d'information, a été consolidée par la tendance jurisprudentielle de plus en plus indulgente vis-à-vis de la qualification de l'affirmation – *representation*¹¹⁰¹ –, en dépit parfois de l'absence de déclarations claires. D'où la possibilité d'étendre les exceptions au principe du *caveat emptor*. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Spice Girls Ltd c. Aprilia World Service BV* où une affirmation a été déduite des comportements des parties¹¹⁰².

Au delà de la *misrepresentation*, qui a été créé pour sanctionner les informations inexactes et qui a été élargi à l'obligation d'information, il existe en Angleterre le *duty of disclosure* qui s'apparente à l'obligation positive d'information d'un cocontractant par rapport à l'autre qui ignore l'information et dont le non-respect constitue un comportement déloyal.

Aux États-Unis, l'obligation d'information est prévue à l'article 161 du *Restatement Second of Contracts*. Cet article se caractérise d'une part, par la création d'une obligation positive d'information en l'absence de toute affirmation, et d'autre part, par la référence à la notion de bonne foi durant la phase précontractuelle.

Ce dispositif prévoit que : « La non-révélation d'un fait connu d'une personne équivaut à une affirmation que le fait n'existe pas seulement dans les situations suivantes : (a) lorsqu'elle sait que la révélation des faits est nécessaire pour empêcher certaines affirmations précédentes

¹¹⁰⁰ With c. O'Flanagan, 1936, Ch 575 ; Davis c. London and Provincial Marine Insurance CO, 1878 LR 8 Ch. D 469 ; 1878 26 WR, 794 CH D.

¹¹⁰¹ Box c. Midland Bank, 1979, 2 Lloyd's Report 391 ; 1981, 1 Lloyd's Report 434 CA.

¹¹⁰² Spice Girl Ltd c. Aprilia World Service BV 2002, EWCA Civ 15 ; 2002, EMLR 27.

de constituer une misrepresentation ou d'être frauduleuses ou essentielles ; (b) lorsqu'elle sait que la révélation du fait corrigera une erreur de l'autre partie quant à la supposition fondamentale sur laquelle cette partie conclut le contrat, et si la non révélation du fait équivaut à un agissement contraire à la bonne foi et non conforme aux exigences raisonnables de la loyauté contractuelle ; (c) lorsqu'elle sait que la révélation du fait corrigera une faute de l'autre partie quant au contenu ou effets d'un document, prouvant ou incarnant un accord complet ou partiel ; (d) lorsque l'autre personne a le droit de connaître le fait à cause d'une relation de confiance entre elles ».

Il s'agit donc d'une présomption, en cas de silence des parties, d'affirmation implicite niant l'existence des informations dissimulées. La simple preuve du contraire de cette présomption, et de la dissimulation des informations essentielles, suffira donc à engager la responsabilité de son auteur sur le fondement de *misrepresentation*.

Le devoir de confidentialité se fonde sur *l'equity*. Lord Denning a ainsi retenu dans la fameuse affaire *Seager c. Copydex Ltd* que : « La loi sur ce sujet ne dépend d'aucune clause implicite. Il dépend de la portée étendue du principe de l'équité qui exige de celui qui a reçu des informations confidentielles de ne pas en profiter d'une manière déloyale. Il ne doit pas les utiliser au préjudice de celui qui les lui a communiquées, sans d'abord obtenir son consentement ».

Les tribunaux américains, par l'influence de la jurisprudence française, fondent le devoir de confidentialité sur la bonne foi. La Cour Suprême d'Oklahoma a ainsi jugé dans la fameuse affaire *ABC Coating Co., Inc c. J. Harris & Sons* : « Quand le propriétaire d'un secret professionnel négocie avec un autre l'acquisition de ce secret, une relation confidentielle est créée ce qui impose à l'éventuel acheteur une obligation de ne pas utiliser ou divulguer ledit secret en cas de rupture de la négociation... »¹¹⁰³.

On peut conclure ainsi que certains systèmes exigent un acte illicite et fautif, tandis que d'autres admettent une responsabilité précontractuelle objective par l'apparence ou la confiance créée par l'entrée en pourparlers, comme l'américain. La distinction de la faute intentionnelle et de la faute non intentionnelle est reçue pratiquement dans tous les systèmes codifiés ; mais avec une portée variable. En droit suisse, où l'on admet le cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, c'est une distinction

fondamentale qui engendre des effets importants. Dans la plupart des autres pays ces conséquences sont plus limitées, elles se traduisent en général par une sévérité accrue dans l'évaluation des dommages et intérêts à l'égard des auteurs de fautes par négligence, elle s'opère de manière quasiment uniforme, par référence au modèle de l'homme honnête et avisé placé dans les mêmes circonstances de fait que celles où se trouvait l'auteur du dommage. À l'extrême opposé de ces systèmes unitaires se situe le droit anglais qui adhère encore aujourd'hui à une conception pluraliste de la responsabilité délictuelle. La caractéristique essentielle de ce système est de comporter une série de *torts*, autrement dit de délits civils typifiés. Certains de ces *torts* impliquent l'existence d'une faute mais pas tous, tandis que d'autres ne subordonnent même pas la responsabilité de l'auteur à la démonstration d'un préjudice. Lorsqu'elle est requise, la faute peut consister en une intention de nuire comme dans le délit d'affirmation fausse et frauduleuse s'il s'agit de tromperie - *deceit*. Elle peut également prendre la forme d'un défaut de comportement normal, ce qui est le trait spécifique du fameux *tort* de négligence. La jurisprudence anglaise le définit comme celui qui « consiste à omettre de faire ce qu'aurait fait ou dû faire un homme prudent et raisonnable ou à faire ce qu'il n'aurait pas fait. Bien que ce délit ait connu une extension considérable au XX^{ème} siècle au point d'absorber peu ou prou les autres *torts* non intentionnels on ne peut pas dire que le droit anglais en soit arrivé à consacrer un principe général de responsabilité civile analogue à celui qu'édicte l'article 1382 du Code civil français.

La jurisprudence allemande se montre moins encline à reconnaître la responsabilité en cas de rupture des négociations sur le seul fondement du degré d'avancement des négociations tandis que dans d'autres systèmes, l'avancement des négociations devient, par lui-même, une raison pour restreindre la liberté de rupture. Les juristes allemands basent cette responsabilité sur le fait que l'une des parties a pu légitimement croire que le contrat serait conclu. Il s'agit d'une confiance légitime créée par la partie qui engage sa responsabilité en rompant les négociations ou en adoptant un comportement qui, pour d'autres raisons, est contraire à son obligation de bonne foi.

M. Leible affirme que les problèmes structurels de la *culpa in contrahendo* du droit allemand n'ont manifestement pas été éliminés par le nouvel § 311 du BGB. Le problème fondamental demeure l'absence d'une distinction claire entre la responsabilité contractuelle et la

¹¹⁰³ 747 P.2d 266, 1986 OK.

responsabilité délictuelle, le § 831 BGB n'ayant pas été réformé et le § 823 1 du BGB continuant à être utilisé pour accorder une protection juridique assez limitée. Il réalise que dans le sillage de l'alignement législatif européen, qui a adopté une qualification autonome délictuelle pour la responsabilité précontractuelle, la *culpa in contrahendo* allemande, fondée sur l'idée d'obligation contractuelle, peut se réduire au cas des chutes en magasin à cause des peaux de bananes et à certains devoirs liés au renseignement, comme le devoir de conseil.¹¹⁰⁴

Une définition commune de faute est proposée par l'article 4:101 des Principes européens de la responsabilité civile : « Toute personne qui viole, intentionnellement ou par négligence, le standard de conduite requise, engage sa responsabilité pour faute ». L'article 4:102 dispose que le standard de conduite requis » est celui qu'aurait adopté une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, et dépend, notamment, de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé en question, de la dangerosité de l'activité, du savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée dans cette activité, de la prévisibilité du dommage, de la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, ainsi que de la disponibilité et du coût des mesures de protection ou méthodes alternatives »¹¹⁰⁵.

En effet, tous les systèmes apprécient la faute selon le comportement exigible de l'homme moyen. Tous les pays de droit civil adoptent une notion proche de celle de « bon père de famille » du droit français. Le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant y voit le « type de l'homme normalement prudent, soigneux et diligent, [...] en supposant chez le père de famille, érigé en modèle, la vertu moyenne d'une gestion patrimoniale avisée ; référence traditionnelle comparable à celle de la personne raisonnable »¹¹⁰⁶. C'est historiquement le *bonus pater familias* romain : « l'homme honnête, diligent, soigneux, qui se comporte le mieux possible »¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁴ LEIBL Stefan, *Culpa in contrahendo*, in Oliver Remien (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht : Zwischenbilanz und Perspektiven*, actes du colloque de Würzburg du 27 au 28 octobre 2006, 2008, pp. 233 et 234.

¹¹⁰⁵ The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien, Springer, 2005 ; WERRO Franz, *Les Principes de droit européen de la responsabilité civile en deux mots: contenu et critique*, HAVE 2005, 248-250.

¹¹⁰⁶ CORNU Gérard, *vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8^e éd., 2007.

¹¹⁰⁷ Cf. SEYRAT Serge, *Le bon père de famille*, Thèse, Paris II, 1985. Sur les origines latines du « raisonnable », v. aussi n° 6 ; v. sur l'appréciation in abstracto: DEJEAN DE LA BATIE Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, bibl. dr pr., t. 57, 1965, p. 58.

À ce sujet, la common law adopte une notion un peu différente - l'homme raisonnable - qui semble influencer actuellement les pays de droit civil. La transposition de cette notion dans les transactions internationales pose le problème de la diversité d'habitudes en affaires.

La personne « raisonnable » est définie par le Vocabulaire de M. Cornu, comme « doué[e] de discernement ; doté[e] d'une capacité normale (moyenne) de compréhension (critère *in abstracto*) Ex. C. civ., a. 1112 »¹¹⁰⁸. Un auteur, a essayé de comparer les concepts de « raisonnable » en droit allemand et en droit américain, et a défini le *reasonable man* du droit américain comme « une personne fictive possédant et exerçant les qualités d'attention, de connaissance, d'intelligence et de jugement que la société requiert de ses membres pour protéger ses intérêts propres et ceux d'autrui »¹¹⁰⁹. La notion de l'homme raisonnable a été incorporée par l'UCC américain, à la section 1.103¹¹¹⁰.

Les droits des pays civilistes sollicitent désormais tout particulièrement le standard du « raisonnable »¹¹¹¹, pour l'appréciation du comportement juridiquement acceptable des précontractants. Il s'agit là d'appréciation *in abstracto*, eu égard à ce qui aurait dû être observé, par référence à un « homme raisonnable et avisé »¹¹¹² ou du moins à ce que les parties auraient pensé de ce qu'aurait décidé cet homme raisonnable. On est d'accord avec les auteurs qui définissent « le type de comparaison ce n'est ni l'homme...très avisé, ni l'homme moyennement avisé, c'est l'homme... avisé »¹¹¹³

L'idée générale est la même : la sélection des atteintes par référence à un modèle préétabli qui satisfasse aux exigences de justice et de sécurité juridique. Aussi, dans les deux cas, on a recours au raisonnement *in abstracto* par référence au comportement répandu que l'on juge digne de protection. La volonté déclarée n'est prise en considération qu'à la condition de caractériser une attente raisonnable. Seul le contractant raisonnable et de bonne foi peut se prévaloir de la volonté déclarée se don cocontractant. Celui qui sait que la volonté déclarée ne correspond pas à la volonté réelle ne peut donc pas se prévaloir des déclarations de son

¹¹⁰⁸ CORNU Gérard, vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8^e éd., 2007.

¹¹⁰⁹ JOACHIM Willi, The « Reasonable man » in United States and German commercial Law, Comparative Law Yearbook of international business, 1992, n° 15, pp. 341 et s., spéc. p. 342.

¹¹¹⁰ SUMMERS Robert S., General Equitable Principles under Section 1.103 of the U.C.C. 72 Nw L. Rev. [1908] 906. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA Hobinavalona, Le raisonnable en droit des contrats, thèse, Poitiers, LGDJ, 2009.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA Hobinavalona, Le raisonnable en droit des contrats, thèse, Poitiers, LGDJ, 2009.

¹¹¹² VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Traité de droit civil, GHESTIN Jacques (dir.), Les conditions de la responsabilité, 2^e éd., LGDJ, 1998, n° 463.

partenaire, ce qui permet tout à la fois de garantir la sécurité juridique et la justice contractuelle. La perception du créancier occupe une place majeure pour déterminer la nature juridique de l'engagement. Il y apparaît d'abord que cette exigence a pour objet de faire le départ entre engagement juridique et engagement moral. La perception raisonnable va faire la distinction entre les engagements juridiques et les autres, notamment en matière de pourparlers ou lettres d'intention. Dans cette perspective, le concept se donne pour fonction de déceler l'intention réelle. Mais, dans le prolongement de cette fonction, cette proposition a pour objet d'attacher des conséquences à l'apparence d'intention.

En ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, le standard de base est le professionnel normalement compétent, diligent et avisé, tout comme l'individu impliqué dans une simple relation interne française. Mais ce sont bien souvent là encore les « circonstances de la cause » qui permettent aux juges et aux arbitres d'appréhender pleinement la situation.

La Commission présidée par le Professeur Lando a inscrit, dans les principales dispositions générales des Principes du droit européen des contrats, des directives d'interprétation de la notion de « raisonnable ». Pour qui douterait du sens qu'il convient de conférer à l'adjectif « raisonnable », la lecture de l'article 1:302 des PDEC est particulièrement éclairante : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées »¹¹¹⁴. En vertu de l'article 4.2.2 des Principes Unidroit « 1) les déclarations et le comportement d'une partie s'interprètent selon l'intention de leur auteur lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. 2) À défaut d'application du paragraphe précédent, ils s'interprètent selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ».

Comme leurs homologues européens, les principes Unidroit confèrent une place importante à l'adjectif raisonnable qui sert d'étalon de mesure pour juger de la légitimité de la confiance du cocontractant. Les nombreuses illustrations au raisonnable sont intégrées notamment aux dispositions générales (article 1.8) et aux règles relatives à la formation (article 2.4).

¹¹¹³ MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, 1965, 6^e éd., t. I, n° 428.

¹¹¹⁴ Principes européens [1994], art. 1.108 et art. 1:302, (1998).

La consécration la plus importante du raisonnable semble être l'article 6:2 du Code civil néerlandais qui a remplacé en matière contractuelle la bonne foi par « le respect du *raisonnable* et l'équité ». La bonne foi n'a cependant pas disparu du Code ; le législateur a par ce remplacement scindé la bonne foi objective et la bonne foi subjective. C'est un test purement objectif, la partie qui a agi de forme déraisonnable ne pourra pas plaider qu'elle pensait honnêtement que son attitude était raisonnablement de bonne foi. Pour éviter toute confusion, le législateur néerlandais évoque la bonne foi objective comme étant le raisonnable et l'équité – *redelijkheid en billijkheid* – et la bonne foi subjective comme la *goede trouw*, dans le sens de celle du Code Napoléon. Le « raisonnable » semble être aujourd'hui l'outil privilégié d'une unification juridique de l'appréciation de la faute, puisqu'il est plus capable de tenir compte de l'évolution du contexte commercial¹¹¹⁵.

En ce qui concerne les causes d'exonération de responsabilité, tous les systèmes prévoient le commandement de la loi, le commandement de l'autorité légitime et la légitime défense. Mais une divergence persiste en ce qui concerne la force majeure, le cas fortuit, l'état de nécessité, qui ne sont pas présents dans tous les systèmes. D'autres enfin, comme les droits allemand et suisse, admettent dans les limites fixées par le législateur, la pratique de l'autodéfense – *Selbsthilfe* – qui consiste par exemple pour un possesseur à reprendre par la force, à la condition d'agir sans retard, la chose dont il a été dépossédé¹¹¹⁶.

Sur le terrain de la preuve, il règne une grande uniformité entre les droits européens : sous réserve des présomptions légales qui peuvent être établies ici ou là, c'est à la victime qu'il appartient de démontrer l'existence de la faute ou du *tort* qu'elle invoque pour obtenir réparation de son préjudice et cette démonstration peut être faite par tous les moyens, comme, par exemple, l'aveu, le témoignage ou des indices. À l'inverse, l'auteur du dommage doit prouver les faits justificatifs et les causes exonératoires dont il se prévaut. Parallèlement dans les systèmes codifiés la constatation des faits d'où résulte l'existence ou l'absence de la faute relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, tandis que la qualification de ces faits est soumise au contrôle de la juridiction suprême. Cependant, en Angleterre la Chambre des Lords a vocation à se prononcer sur tous les aspects des affaires portées devant elle, qu'ils concernent les questions de droit ou les questions de fait. En matière procédurale, le véritable partage entre les droits européens s'opère en fonction des incidences que peut avoir ou ne pas avoir

¹¹¹⁵ HYLAND Richard, On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword, 40 Am. J. Comp. L. [1992] 541, spéc. p. 549.

l'existence d'une incrimination pénale sur le jeu de la responsabilité délictuelle. Lorsqu'un même fait est constitutif à la fois de faute civile et d'infraction pénale, il arrive, comme en droit anglais, que la victime ne puisse agir que devant la juridiction civile et sur la base des règles normales de la responsabilité ; il arrive aussi que la victime dispose d'une option entre la voie civile et la voie pénale pour obtenir réparation de son, comme en Allemagne. Il arrive enfin qu'outre l'option ouverte à la victime, l'action pénale a une primauté sur l'action civile ; c'est le cas du droit français.

§2 - L'évaluation du préjudice précontractuel en droit comparé

Tous les systèmes juridiques exigent, comme conditions de la responsabilité précontractuelle une diminution patrimoniale. Ce qui varie c'est la mesure du remboursement.

En Allemagne, Jhering¹¹¹⁷ préconisait la limitation de l'indemnisation par *culpa in contrahendo* à l'intérêt contractuel négatif – également désignée à tort comme intérêt de confiance, *Vertraueninteresse*, puisque la violation de l'intérêt négatif est aussi une violation de la confiance –, c'est-à-dire remettre la victime dans la position où elle se trouvait avant l'entrée en pourparlers. La détermination du dommage, dans les hypothèses de *culpa in contrahendo* et le calcul des dommages et intérêts suivent le principe général de réparation intégrale dans les termes du § 249 du BGB.

Cette réparation assume des formes différentes selon le devoir de conduite qui a été violé. Si un devoir de protection ou de diligence a été violé, il y a place à des dommages et intérêts correspondant à « l'intérêt de conservation » – *Erhaltungsinteresse* – ou « d'intégrité » – *Integritätsinteresse* – c'est-à-dire la réparation de toutes les pertes subies.¹¹¹⁸ Dans les cas de violation de devoirs de loyauté et de renseignement, l'intérêt négatif correspond aux dépenses inutilement accomplies par la victime visant la conclusion du contrat ou les dépenses

¹¹¹⁶ § 859, al. 2, B.G.B.

¹¹¹⁷ VON JHERING Rudolph, De la 'Culpa in contrahendo' ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, Œuvres choisies, t. 2, traduction de O. de Meulenaere, Paris, 1893, Chevalier-Marescq et Cie. éditeurs, p. 16 et 43.

¹¹¹⁸ LARENZ Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, vol. I, (Allgemeiner Teil), 14 éd., München, C.H.Beck, 1987, p. 112, cité par SINDE MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra, Almedina, 1989, p. 530.

anormales réalisées en vue de l'acquisition de l'objet du contrat¹¹¹⁹. Selon certains auteurs, l'indemnité aurait pour limite supérieur l'intérêt positif ou d'accomplissement, puisqu'il ne serait pas admissible de placer le demandeur dans une situation meilleure que celle où il se trouverait si le contrat avait été conclu sans vice¹¹²⁰.

L'intérêt positif est envisagé par certains auteurs¹¹²¹, dans les cas où il peut être prouvé que sans la *culpa in contrahendo*, le contrat aurait été conclu aux conditions prévues par la victime. Cette possibilité suppose des négociations particulièrement avancées¹¹²². Les tribunaux allemands ont refusé d'accorder *l'exequatur* à un jugement rendu aux États-Unis reconnaissant forfaitairement des dommages punitifs¹¹²³.

En Suisse, l'article 41 du Code des obligations dispose que « celui qui cause d'une manière illicite un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer »¹¹²⁴. Le Tribunal Fédéral entend que la réparation du préjudice précontractuel se limite à l'intérêt négatif¹¹²⁵. Selon la jurisprudence suisse, les dommages et intérêts précontractuels doivent réparer aussi bien les pertes subies que les gains manqués par la perte d'une chance de conclure un autre contrat.¹¹²⁶

En droit italien, le principe de réparation intégrale résulte de l'article 2043 : « tout fait illicite intentionnel ou non qui cause à autrui un dommage injuste oblige celui qui a commis le fait à réparer le dommage ». Dans le droit italien le seul intérêt négatif est indemnisable au cours de pourparlers. Cet intérêt négatif comprend les dépenses réalisées inutilement¹¹²⁷ et les

¹¹¹⁹ Tribunal Fédéral, 28 mars 1990, BGHZ 111, p. 85.

¹¹²⁰ GOTTWALD Peter, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, p. 884 ; STOLL H., Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in FS von Caemmerer, 1978, p. 451.

¹¹²¹ LARENZ Karl, Schuldrecht, vol. I, Allgemeiner Teil, p. 112 ; HORN Norbert, Culpa in contrahendo, JuS 1995, p. 383 ; KESSLER Friedrich et FINE Edith, Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study, Harvard LR 1963-64, 405.

¹¹²² BGH, 29 janvier 1965, NJW 1965, p. 812.

¹¹²³ Voir en ce sens une décision rendue par la Cour fédérale de Justice allemande : Bundesgerichtshof 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312, Neue Juristische Wochenschrift 1992, p. 3096, note KOCH, p. 3073, Recht des Internationalen Wirtschaft 1993, p. 132, note SCHUTZE, p. 139 ; RTDCiv. 1994, p. 457, obs. WITZ Claude, car une telle décision conduirait à la violation du § 328, alinéa 1, du ZPO (Code allemand de procédure civile).

¹¹²⁴ Voir sur ce point : ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Berne, Staempli, 2^e éd., 1997, n° 118, p. 501 et s. ; VALSON Jean-Pierre, Perspectives d'évolution en France de la réparation du dommage corporel à la lumière de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial par divers droits européens, thèse, Paris II, 1980, p. 126 et s.

¹¹²⁵ Tribunal Fédéral, 26 mai 1910 ; ATF vol. 36/II, p. 203 ; 6 février 1979, ATF vol. 105/II, p. 81.

¹¹²⁶ GONZENBACH Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, p. 217 ; DREYER Dominique, Switzerland, in Formation of contracts and precontractual liability, Paris, ICC, 1993, p. 70.

¹¹²⁷ Cass. italienne, 14 fév. 2000, n° 1632.

opportunités commerciales perdues¹¹²⁸. En ce qui concerne les hypothèses de connaissance par l'un des cocontractants des causes d'invalidité du contrat et de représentation sans pouvoirs, un courant doctrinal minoritaire, mais important, soutient l'inclusion de l'intérêt contractuel positif¹¹²⁹, ce qui est contesté par la plupart des auteurs.¹¹³⁰

La jurisprudence brésilienne semble être majoritairement d'accord pour que soient réparées les pertes subies par la victime d'une rupture fautive de pourparlers, mais elle est assez réservée sur la réparation du gain manqué. Le Suprême Tribunal Fédéral brésilien ne fait aucune différenciation entre les préjudices subis et considère que la « vérification de la responsabilité (de la culpa in contrahendo) se fait par la somme des préjudices effectifs »¹¹³¹. Ainsi, seul l'intérêt négatif est pris en compte dans la réparation du dommage précontractuel¹¹³², toutes les pertes subies étant réparables, même les dommages moraux¹¹³³.

Comme dans les droits romano-germaniques, on trouve, au sein de la *common law* le principe de réparation intégrale, dénommé *full compensation*¹¹³⁴. Dans les hypothèses de rupture fautive des pourparlers et de violation du devoir de renseignement, la victime doit être placée dans la situation où elle se trouverait si le délit n'avait pas été commis.¹¹³⁵ En effet, à l'instar du dol en droit français et en droit allemand, le *fraudulent misrepresentation* dans les régimes de *common law*, sanctionne d'une manière bilatérale l'inexécution intentionnelle de cette obligation par l'annulation du contrat conclu et la réparation du préjudice subi, comprenant les frais engagés et les gains manqués. Le droit anglais prévoit dans la Section 2 (I)

¹¹²⁸ Cass. italienne, sez. III, 28 janv. 2005, n. 1752, in Giust. civ. mass., 2005, f. 1. ; Conseil d'Etat italien, VI, 8 mai 2002, n. 2485, in Foro amm. CDS, 2002, 1290 (s.m.) ; voir DE CUPIS Adriano, Il danno, vol. I, 3^e éd., Milano, Giuffrè, 1979, p. 341 ; ALPA Guido, Le contrat individuel et sa définition, RIDC 1988 p. 327 ; ARIETTI Marina, responsabilità precontrattuale, Riv. Dir. Civ. 1991, II, p. 739.

¹¹²⁹ BENATTI Francesco, Culpa in contrahendo, Contratto e impresa, 1987, p. 306.

¹¹³⁰ TURCO Claudio, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Catania, Giuffrè, 1990, p. 374.

¹¹³¹ Supremo Tribunal Federal - STF, 22 décembre 1959, Recurso extraordinário n° 64883-8 et 11635, Revista Trimestral de Jurisprudência, n° 137, p. 278.

¹¹³² TJRS, 04 déc. 1984, n° 584033179, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro ; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 05 juin 1996, n° 046884200, n° 11440, Rel. Des. Troiano Netto ; v. aussi GARCIA Enéas Costa, Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé, São Paulo, 2003, p. 296.

¹¹³³ TJRS, 31 mai 2006, 9^e chambre civile, Proc. 70014313555, Des. Íris Helena Medeiros Nogueira e Marilene Bonzanini Bernardes ; TJSP, 29 oct. 2007, Apelação Cível 4890464100, Rel. Francisco Loureiro, 4^a Câmara de Direito Privado.

¹¹³⁴ Victoria Laundry (Windsor) Ltd c. Neuman Industries Ltd (1949), 2 KB. 528, p. 539. Voir également : Banco de Portugal c. Waterloo, 1932, App. Cas., p. 452 ; General Tyre & Rubber Co. c. Firestone Tyre & Rubber Co, 1975, 1, WLR, p. 819, par Lord WILBERFORCE ; voir aussi VINEY Geneviève et MARKESINIS Basil, La réparation du dommage corporel - Essai de comparaison des droits anglais et français, Paris, Economica, 1985, n° 28, p. 45 ; GORISSE Edmond, De la quotité de la réparation en droit civil, Paris, C. Robbe, 1911, p. 213 qui écrit a propos du droit anglais : « l'étendue de la réparation, soit en matière contractuelle, soit en matière délictuelle, se mesure habituellement au préjudice subi ».

¹¹³⁵ MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, Tort Law, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007, p. 691.

de la loi de la *Misrepresentation*, une des rares lois écrites en droit anglais, qui accorde la réparation du dommage causé à son cocontractant par la violation intentionnelle d'une obligation d'information précontractuelle, découverte après la conclusion du contrat. On vise à réparer l'intérêt négatif¹¹³⁶, correspondant au préjudice de confiance - *reliance loss* -, c'est-à-dire les frais dépensés pour les besoins des pourparlers et les opportunités commerciales perdues. Il s'agit de la perte de la chance de conclure un contrat avec un tiers et le dommage moral à sa réputation.¹¹³⁷

Cette même distinction entre l'intérêt de confiance – *reliance interests* –, équivalent à l'intérêt négatif, et l'intérêt d'accomplissement – *expectation interests* –, équivalent à l'intérêt positif, est consacrée aux États-Unis¹¹³⁸ grâce aux études réalisés par Fuller et Perdue entre 1936 et 1937¹¹³⁹.

La thèse de Fuller et Perdue a été accueillie par le droit américain en matière de *promissory estoppel*, par le §90 du *Restatement 2d of Contracts*. Ce dispositif a éliminé l'exigence que la confiance du destinataire de la promesse soit « of definitive and substantial character »¹¹⁴⁰, qui n'avait de sens que dans un système orienté exclusivement vers l'indemnité de l'*expectation interest*. Le dommage précontractuel indemnisable par la non-conclusion d'un contrat aux États-Unis est aujourd'hui essentiellement le *reliance interest*¹¹⁴¹. On considère exclue l'indemnité du dommage ou intérêt d'accomplissement¹¹⁴². Selon Fuller et Perdue¹¹⁴³ l'indemnité de l'intérêt de confiance devait avoir par limite supérieure la valeur de l'intérêt d'accomplissement- intérêt positif-, même si ce dernier n'est pas indemnisable.

La réparation de la rupture des pourparlers se fonde aux États-Unis sur la théorie de l'*unjust enrichment*. Les conditions pour appliquer cette théorie sont l'appauvrissement injuste du demandeur et sa confiance légitime à la future conclusion du contrat négocié¹¹⁴⁴. Seront ainsi

¹¹³⁶ ALLEN David, *Misrepresentation*, 1988, London, Sweet & Maxwell, p. 42 ; TREITEL Guenter, *The law of the contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 323 ; et BEATSON, *Anson's Law of Contract*, 27^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 241.

¹¹³⁷ TREITEL Guenter, *The law of the contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 323.

¹¹³⁸ FARNSWORTH Allan, *Contracts*, 4 éd., 2004, Boston, Little, Brown & Co, vol. III, p. 147.

¹¹³⁹ FULLER et PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, Yale L. J. 1936, p. 52 et s., et 1937, p. 373 et s.

¹¹⁴⁰ Comme prévu par le §90 du premier *Restatement of Contracts*.

¹¹⁴¹ Cour Suprême du Delaware, 30 avril 1958, 144 A. 2d 123 ; et CA du Colorado, 25 mars 1975, 533 P. 2d. 952.

¹¹⁴² FARNSWORTH Allan, *Contracts*, 4 éd., 2004, Boston, Little, Brown & Co, vol. I, p. 314 et vol. III, p. 270.

¹¹⁴³ FULLER et PERDUE, *Yale Law Journal*, 1936, n° 46, p. 80.

¹¹⁴⁴ *British Steel Corp v Cleveland Bridge*, 1984, 1 All ER 504, 510 ; voir Mc KENDRICK, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, 2^e éd., Oxford, 2005, p. 108 ; v. aussi dans ce sens, GOFF and JONES, *The Law of Restitution*, 7^e éd., Sweet and Maxwell, 2006, p. 15 ; aussi Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd, 1991, 2 AC 548, 578.

réparés les travaux effectués durant la négociation même s'ils n'enrichissent pas leur destinataire tant qu'ils sont effectués suite à une sincère confiance à la future conclusion du contrat négocié, mais qui appauvrissent leur auteur.

Dans la détermination du dommage indemnisable par *misrepresentation*, les tribunaux américains suivent deux règles fondamentales : « l'out of pocket rule », selon laquelle la victime a le droit à la différence entre la valeur qu'elle a dépensé et celle qu'elle a reçu¹¹⁴⁵ ; et la « loss of bargain rule » ; que lui confère le droit à la différence entre la valeur qu'elle aurait reçu si la prestation effectuée était conforme à la « representation » inexacte¹¹⁴⁶. La première règle est valable surtout pour la *negligent* et l'*innocent misrepresentation*¹¹⁴⁷, même si elle est aussi observée dans une minorité d'états dans les actions fondées sur la *fraudulent misrepresentation*. La deuxième règle est appliquée, par la majorité de tribunaux, dans les actions par *fraudulent misrepresentation*¹¹⁴⁸. Dans la *fraudulent misrepresentation* le droit américain n'accorde pas de choix de cumuler les sanctions de l'annulation du contrat et des dommages et intérêts, obligeant la victime à choisir entre l'une d'elles¹¹⁴⁹.

La sanction de la violation du devoir de confidentialité en common law ne concerne pas les gains manqués mais les gains des défendeurs¹¹⁵⁰. Ce critère permet d'indemniser « ce que les parties auront accepté comme un prix raisonnable pour permettre au défendeur d'utiliser les informations confidentielles.... Au moment où la violation de l'obligation de confidentialité a eu lieu »¹¹⁵¹.

En cas de promissory estoppel, la réparation se limite aux frais engagés par la victime, les *out of pocket expenses*. C'est ce que la Cour d'appel fédérale a clairement jugé dans l'affaire *Arcadian Phosphates, Inc c. Arcadian Corp* que « la doctrine du *Promissory estoppel* n'indemnise pas les bénéfices de l'acheteur qui pourraient résulter de la conclusion du contrat. Les dommages indemnisés, selon cette doctrine, se limitent souvent à l'étendue de la confiance du défendeur et non pas aux termes de la promesse »¹¹⁵².

¹¹⁴⁵ § 549 (1) Restatement 2d of Torts.

¹¹⁴⁶ § 549 (2) Restatement 2d of Torts.

¹¹⁴⁷ §§ 552B et 552C du Restatement 2d of Torts.

¹¹⁴⁸ KEETON Page et Robert, DOBBS Dan et OWEN David, *The Law of Torts*, 5 éd., St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 767.

¹¹⁴⁹ Halpert c. Rosenthal, 267 A. 2d 730 (R.I 1970)

¹¹⁵⁰ Univ. Computing Corp. c. Lykes-Youngstown Corp., 504 F. 2d 518, 529 (5th cir. 1974)

¹¹⁵¹ Univ. Computing Corp. c. Lykes-Youngstown Corp., 504 F. 2d 518, 529 (5th cir. 1974)

¹¹⁵² Budget Marketing, Inc c. Centronics Corporation, Court. App, 8th Circ. 1991, 927 F.2d 421.

On peut citer le droit néerlandais comme exemple de système divergent à propos de la réparation du dommage précontractuel. Il divise les négociations en trois parties. Au début des négociations, chaque partie est en droit de s'en retirer sans frais ni dommages. Pendant le deuxième stade des négociations, la partie reste libre de se retirer, mais doit payer les dommages et intérêts afin de réparer le préjudice subi par l'autre partie, consistant dans les dépenses réalisées – *reliance interest*. Dans un troisième stade, la partie n'est plus en droit de se retirer. Si elle rompt les négociations elle doit payer les dommages-intérêts qui peuvent même inclure la réparation du préjudice consistant dans la perte du contrat lui-même – *expectation interest* –, ou bien le juge peut lui ordonner de poursuivre les négociations. La cour suprême des Pays-Bas a parfois fondé ces principes sur la responsabilité civile, mais elle s'appuie en général sur le principe de la bonne foi¹¹⁵³. Il faut cependant souligner que l'attribution de dommages et intérêts compensant l'*expectation interest* reste hypothétique, puisque jusqu'ici la Cour n'a jamais statué en faveur de l'octroi de tels dommages-intérêts. Les parties rentrent dans ce troisième stade des négociations dès lors que l'une d'entre elles est légitimement en mesure de croire que le contrat sera conclu. Le caractère légitime de cette confiance dépend aussi de la pertinence des motifs de la partie qui rompt les négociations¹¹⁵⁴.

En dépit de la spécificité du droit néerlandais, on ne peut que constater qu'une large majorité des systèmes nationaux sont d'accord pour exclure, en règle générale, l'exécution spécifique du contrat envisagé, par respect du principe de la liberté contractuelle. Cela se reflète dans la limitation du dommage indemnisable à l'intérêt négatif. De même l'article 10:101 des principes européens de la responsabilité civile, limite les dommages et intérêts à l'intérêt négatif, laissant exceptionnellement et « accessoirement une fonction préventive »¹¹⁵⁵.

§3 - L'appréciation du lien de causalité en droit comparé

On a démontré qu'en droit français la détermination de la causalité suit les dispositions générales du droit délictuel¹¹⁵⁶. Il ne faut pas que le dommage précontractuel

¹¹⁵³ HR 18 juin 1982 (Plas/Valburg). NJ 1983, 723, note BRUNNER ; AA 32 (1983) 758, note Van SCHILFGAARDE ; HR 23 oct. 1987 (VSH/Shell), NJ 1988, 1017, note BRUNNER ; HR 14 juin 1996 (De Ruiterij/Ruiters), NJ 1997, 481 ; HR 12 août 2005 (CBB/JPO), NJ 2005, 467.

¹¹⁵⁴ HR 14 juin 1996 (De Ruiterij/Ruiters), NJ 1997, 481. Par exemple, un changement de circonstances pendant les négociations pourrait justifier la rupture des négociations.

¹¹⁵⁵ The European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien, Springer, 2005.

¹¹⁵⁶ SCHMIDT Joanna, La période précontractuelle en droit français, RIDC, 1990, p. 553.

constitue une conséquence prévisible du fait générateur, puisque cette condition ne vaut que pour la responsabilité contractuelle. Même un résultat imprévisible de la faute précontractuelle, ou de vérification anormale de l'expérience commune, peut être imputé au responsable. En revanche, la jurisprudence exige un rapport direct et certain entre le fait dommageable et le préjudice¹¹⁵⁷.

Bien que tous les systèmes, à exemple du droit français, exigent un lien de causalité direct et certain entre le préjudice et la faute précontractuelle, il reste possible d'extraire quelques particularités de ces systèmes juridiques.

En Allemagne, pour que le dommage soit indemnisable il faut qu'il soit compris dans l'objectif de protection du devoir violé. Ainsi, par exemple, si le devoir d'information se limitait à une partie d'un investissement, l'indemnité réclamée ne pourrait que correspondre à cette même partie. Il serait incorrect de procéder à l'indemnisation de la partie qui a conclu le contrat tout en connaissant certains faits cachés par l'autre partie¹¹⁵⁸.

En Suisse, il est exigé qu'entre le dommage précontractuel et la violation d'un devoir précontractuel il y a une causalité adéquate¹¹⁵⁹. Elle est vérifiée lorsque le fait générateur est capable, dans de conditions normales, de provoquer le dommage.

Le système italien exige également une causalité adéquate. Sera cause du dommage précontractuel le fait qui en étant condition *sine qua non* est capable de produire le préjudice dans des circonstances normales. Dans l'appréciation de cette causalité on va vérifier si, à la lumière de règles de l'expérience commune et des circonstances du cas concret, il est probable que le dommage soit causé par le fait générateur en question.

Il en est de même au Brésil, où le lien de causalité doit avoir un rapport direct et certain avec le dommage¹¹⁶⁰. La jurisprudence brésilienne lie la réparation à la notion de confiance. Les dommages correspondent à toutes les dépenses que la victime a réalisé en raison

¹¹⁵⁷ CARBONNIER Jean, Droit civil, Les obligations, t. IV, 2000, PUF, 22^e éd., p. 373.

¹¹⁵⁸ Münchener Kommentar-Emmerich, Vor §275 BGB, n. m. 194 et p. 716.

¹¹⁵⁹ GONZENBACH Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, p. 138 ; Tribunal Fédéral, 28 mars 1972, ATF vol. 98/II, p. 29.

¹¹⁶⁰ NORONHA Fernando, O nexa de causalidade na responsabilidade civil, Revista dos Tribunais, 2003, vol. 92, n° 816.

de sa confiance en la conclusion du contrat. Ici, le lien de causalité n'est pas entre le dommage et la rupture, mais entre le dommage et la confiance trompée¹¹⁶¹.

Un dommage n'est indemnisable en droit anglais que s'il n'est pas *too remote*, et le *test of remoteness* applicable à la responsabilité délictuelle est de savoir si le dommage est « raisonnablement prévisible » au moment de la pratique de l'acte illicite. Cependant, comme en France, la jurisprudence tend à se passer de la prévisibilité du dommage dans les cas de *fraudulent misrepresentation*¹¹⁶². Ainsi l'a décidé la *Court of Appeal* en 1969 dans l'affaire *Doyle c. Olby*, concernant une mauvaise information qui a conduit une personne à acquérir une société¹¹⁶³. Outre la différence entre la valeur payée et la valeur réelle de la société, le défendeur a été condamné à indemniser les préjudices subis pendant la gestion de la société par le demandeur, auxquels se sont ajoutés les intérêts des crédits, ce qui ne pouvait pas être considéré comme « raisonnablement prévisible ». La prévisibilité demeure cependant un critère en ce que concerne la *negligent misrepresentation*¹¹⁶⁴.

Aux États-Unis, on considère comme cause de la *fraudulent misrepresentation* les dommages patrimoniaux que l'on peut raisonnablement comprendre comme résultat de la violation de la confiance légitime dans la conclusion du contrat¹¹⁶⁵. Par exemple, si dans la vente d'une société, des informations inexactes sur sa santé financière ont été cachées provoquant un dommage en raison de la chute du prix des actions après la vente, ces dommages seront indemnifiables. Cependant, si après la vente, les prix des actions tombent en raison de la mort d'un associé, ces dommages ne sont pas indemnifiables puisque l'information inexacte ne pourra pas être considérée comme la cause du dommage, malgré la présence de la *misrepresentation*¹¹⁶⁶.

L'article 3:101 des principes européens de la responsabilité civile, sur la « condition sine qua non » dispose qu'est « considérée comme cause du dommage subi par la victime tout

¹¹⁶¹ TJRS, Ap. Civ. N° 591028295, 06 juin 1991, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

¹¹⁶² SALMOND, HUESTON et BUCKLEY, *The Law of Torts*, 19^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 610 ; MCGREGOR Harvey, *On Damages*, 15^e éd., 1988, p. 1098 ; CHESHIRE Geoffrey, FIFFOT Cecil et FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 11^e éd., London, Butterworths, 1991, p. 297.

¹¹⁶³ (1969) 2 Q.B. 158.

¹¹⁶⁴ TREITEL Guenter, *The law of the contract*, 10^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 325.

¹¹⁶⁵ § 548A Restatement 2d of Torts.

¹¹⁶⁶ Comment « c » au § 548A Restatement 2d of Torts.

activité ou conduite (ci-après, activité) en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu »¹¹⁶⁷.

À partir de ces données, on peut constater que tous les systèmes juridiques protègent les parties à une négociation à travers l'obligation d'indemniser les dommages survenus dans cette période de formation du contrat. L'analyse comparative de ces systèmes nous permet d'extraire trois types de solutions : les systèmes qui admettent l'existence de certains devoirs de conduite, auxquels s'intègre une relation obligationnelle engagée au moment de l'entrée en pourparlers – droit allemand et droit suisse – ; ceux qui rejettent l'existence d'un lien obligationnel et admettent uniquement l'imputation des dommages provoqués dans les termes des règles de responsabilité délictuelle – droit français, droit italien, droit brésilien et *common law* – ou exceptionnellement selon les règles d'une responsabilité objective particulière en raison de la confiance générée par une promesse contractuelle – droit américain – ; et finalement ceux qui soutiennent l'existence de devoirs précontractuels de conduite basés sur le principe de la confiance légitime mais qui sanctionnent les personnes que violent ces devoirs selon les règles d'une des deux formes de responsabilité civile selon la nature de la situation en question - droit suisse et droit italien. Entre les systèmes qui confèrent à la responsabilité précontractuelle un caractère autonome, le système allemand est celui qui possède le domaine le plus large, englobant la violation de certains devoirs de loyauté, protection et diligence par rapport aux biens et à la personne, comme forme de combler les limitations du droit délictuel germanique. Dans les autres systèmes le domaine de cette responsabilité est plus restrictif.

Selon la *common law*, la partie qui se retire n'engage sa responsabilité que si elle s'était contractuellement engagée par un avant-contrat à ne pas se retirer ou si elle avait fait une déclaration inexacte – *misrepresentation* – engageant alors sa responsabilité extracontractuelle. Faire des déclarations inexactes, ou par dol, ou par négligence, constitue en effet un *tort* – un acte délictuel ou quasi délictuel. Mais les systèmes de *common law* ne reconnaissent pas de principe général ni de responsabilité précontractuelle, ni de faute précontractuelle.

En *common law*, pour avoir un moyen d'action, il faut démontrer soit l'existence d'un contrat, soit celle d'un *tort* à cause d'un enrichissement sans cause. Il faut préciser que dans les droits de *common law* la responsabilité délictuelle ne s'ordonne pas autour de principes

¹¹⁶⁷ The European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law. Text and Commentary, Wien, Springer, 2005.

généraux, telle la faute de l'article 1382 du Code civil français. Par conséquent, dans ce cas pratique où n'existe ni avant-contrat ni enrichissement sans cause, il faut montrer une déclaration inexacte – *misrepresentation* – afin de fonder la responsabilité extracontractuelle de la partie qui rompt les négociations précontractuelles.

En revanche, les systèmes civilistes reconnaissent par principe la possibilité d'une responsabilité plus générale durant la période précontractuelle. Ils utilisent le langage de la responsabilité précontractuelle, de la faute précontractuelle, de la *culpa in contrahendo* ou de l'obligation de négocier de bonne foi. Mais les techniques de protection ne sont pas uniformes. Quelques uns, dont le système allemand, retiennent que les parties sont libres de se retirer jusqu'au moment de la conclusion du contrat. En d'autres termes, un accord partiel n'est pas un contrat, et ne met pas les parties en mesure de croire légitimement que le contrat final sera conclu, ce qui est le fondement de la responsabilité sous le régime de la *culpa in contrahendo*. D'autres, dont le système suisse, voient dans cette situation un accord préalable que le juge pourra compléter, si bien que c'est la responsabilité contractuelle qui est engagée. Les autres pays qualifient une telle responsabilité comme extracontractuelle et estiment que le stade avancé des négociations implique que la partie qui les rompt doit motiver ou justifier la rupture.

On peut également constater que, malgré quelques différences de moyens pour protéger les parties engagées en pourparlers, il existe une forte tendance à l'harmonisation des droits nationaux dans cette matière. Au-delà des questions de principe, il faut reconnaître avec H. Muir-Watt que les conditions requises pour sanctionner la rupture des pourparlers et les devoirs précontractuels exigés sont assez similaires dans les différents droits¹¹⁶⁸, surmontant les difficultés de la diversité de cultures et de mécanismes propres à chacun d'eux.

CHAPITRE 2 - LES CONTRIBUTIONS DOCTRINALES A L'HARMONISATION CODIFIEE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

¹¹⁶⁸ MUIR WATT Horatia, Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance, in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, pp. 53-64.

Les récents travaux internationaux ou européens d'harmonisation en matière de contrats proposent des formulations codifiées de la responsabilité précontractuelle. Celles-ci sont ainsi l'occasion de la revisiter sous un nouvel angle. Elles correspondent grandement aux évolutions vérifiées dans les droits nationaux plus modernes, voire suggèrent des évolutions souhaitables et possibles *de lege lata*. Ces contributions, notamment les initiatives entreprises en Europe, peuvent servir de modèle pour une souhaitable harmonisation internationale de la matière¹¹⁶⁹.

Les États membres de l'Union européenne possèdent des systèmes juridiques assez différents. Les travaux de comparatistes, tels que R. David, Zeigert et Kötz¹¹⁷⁰, regroupent ces différents droits en « familles de droit »¹¹⁷¹. Ces familles de droit ne constituent pas des blocs sans faille et ne sont pas imperméables les uns aux autres. Ainsi, de façon schématique, l'Union européenne élargie serait divisée entre deux grandes traditions juridiques : la tradition romano-germanique ou de *civil law* et la tradition anglo-saxonne ou de *common law*, la plupart des États membres appartenant à la première catégorie.

Il ne faut pas oublier que les organisations régionales, différemment des systèmes juridiques nationaux, doivent prioriser l'objectif du marché intérieur, qui est essentiel pour assurer la comptabilité des différents systèmes. Celui-ci garantit un niveau globalement similaire de protection, en vertu duquel le droit national est comme sous contrat, assurant la protection de la prévisibilité et la sécurité juridiques. Pour produire un marché unique dans la Communauté Européenne, il est fondamental d'exiger des devoirs communs au cours des pourparlers internationaux.

La volonté de créer un Code commun à l'ensemble des États européens n'est pas nouvelle. Déjà, en 1927, des juristes français et italiens avaient tenté de mettre sur pied un Code transnational des obligations. Toutefois, en l'absence de volonté politique, cette première

¹¹⁶⁹ GEST Juliette, Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne, D. 2009, p. 1431.

¹¹⁷⁰ ZEIGERT Konrad, KÖTZ Hein et WEIR Tony, An Introduction to comparative law, 3^e éd., Clarendon Press, 1998, qui distinguent selon des critères prédéterminés huit « régions de droit » : les droits romanistes, les droits allemands, les droits nordiques, le groupe de Common law, les droits socialistes, les droits d'Extrême Orient, les droits islamiques et le droit hindou.

¹¹⁷¹ DAVID René et JAUFFRET-SPINOSI Camille, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11^e éd., 2002, dénombre quatre grandes familles de droit que sont la famille romano-germanique, les pays de Common law, les droits socialistes et les droits religieux ou traditionnels.

initiative concrète d'un Code européen a échoué.¹¹⁷² De même, des civilistes tels Henri Capitant¹¹⁷³ ou Roger Houin¹¹⁷⁴ se sont prononcés en leur temps en faveur d'une unification internationale ou européenne du droit des obligations.

De façon plus contemporaine, renaît l'idée d'un droit commun en Europe. Elle ne correspond plus à l'idée spécifique d'un droit romain et canonique tel que les juristes du Moyen Age le connaissent, en raison de la transformation du droit moderne. Aujourd'hui, la recherche d'un droit commun semble avant tout, d'une part, la volonté de « *ressusciter le jus commune comme base d'une critique du positivisme et des Codes nationaux* »¹¹⁷⁵ et, d'autre part, l'expression de défis économiques et politiques au sein du processus d'intégration européenne.¹¹⁷⁶ Il a d'ailleurs été mis en relief un lien étroit existant entre intégration européenne et droit comparé.¹¹⁷⁷ Ce qui laisse à penser que la recherche d'une unification juridique, d'une harmonisation des droits ou d'un simple rapprochement étant une des fonctions principales et traditionnelles reconnue par la doctrine au droit comparé, l'analyse comparative pourrait ainsi permettre de détecter dans quel domaine, dans quelle mesure et entre quels ordres juridiques il existe des ressemblances mais aussi des dissemblances, afin d'en dégager un droit commun à l'ensemble des États membres¹¹⁷⁸.

Cette entreprise d'harmonisation européenne a pris un réel essor dans les années 1980 : la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, les Principes Unidroit¹¹⁷⁹, les Principes européens du droit des contrats (ci-après, PDEC)¹¹⁸⁰,

¹¹⁷² WITZ Claude, La longue gestation d'un Code européen des contrats - Rappel de quelques initiatives oubliées, RTDCiv. 2003, n°3, p. 448.

¹¹⁷³ Dans la préface du Code des obligations de la République de Pologne, Sirey, 1935 : comme le souligne Monsieur MAZEAUD Denis, Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats (bis sed non repetita...)?, Mélanges Philippe Malinvaud, p. 398.

¹¹⁷⁴ HOUIN Roger, Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations, in Etudes juridiques offertes à JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1964, p. 225.

¹¹⁷⁵ PRIETO Catherine, Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique, LPA, n° spécial, 7/05/2004, p. 23.

¹¹⁷⁶ SCHULZE Reiner, La renaissance de l'idée de jus commune », in Variations autour d'un droit commun, p. 185.

¹¹⁷⁷ BERGER Klaus-Peter, Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law, ICLQ 2001, vol.50, issue 4, p. 877.

¹¹⁷⁸ Voir LEMAIRE et MORIN, Droit français et principes du droit européen du contrat, LPA, 2004, n° 921, p. 38 et s. ; JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Travaux du colloque de Lille, mars 1999, *Économica*, 2000 ; WITZ Claude, Vers un droit privé européen des contrats, Journées franco-italiennes, avril 1995, *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1996, p. 217.

¹¹⁷⁹ Principles of International Commercial Contracts, de 1994 à 2004.

¹¹⁸⁰ Commission on European Contract Law (CECL) plus connus sous le nom de Principes Lando ; LANDO Ole, Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen, RDAI, 1997, p.189 et s. Egalement, TALLON Denis, Vers un droit européen du contrat?, in Mélanges André Colomer, Paris, 1993, p.485, et RAYNARD Jacques, chronique de jurisprudence: sources européennes, RTDCiv, 1998, p. 1006 et s. ;

l'avant-projet de Code européen des contrats sous l'égide de l'Académie des privatistes européens, dit Code « Gandolfi »¹¹⁸¹.

Au cours des travaux sur les PDEC, dans les années 1990, le contexte politique et juridique a changé radicalement¹¹⁸². À cette époque, la réalisation du marché intérieur progressa, l'Union européenne a été formée et l'on préparait l'introduction de l'euro avec la création de l'Union économique et monétaire. Parallèlement, la législation de la Communauté européenne s'étendit. Un nombre croissant de directives touchaient à des points sensibles du droit des contrats, comme les clauses non négociées, le droit de révocation, les droits de garantie, le retard de paiement et le commerce électronique.

Compte tenu de ces évolutions, la recherche universitaire travailla également sur de nouvelles notions du droit privé européen et du droit européen des contrats. Le « droit privé communautaire »¹¹⁸³ est venu s'ajouter aux principes communs des États membres. Le droit européen des contrats fut ainsi tant l'objet du droit comparé que des recherches relatives au droit communautaire existant en tant qu'ordre juridique coexistant avec les droits des États membres. C'est à cette période qu'ont été formés sous l'initiative issue de groupes de recherche qui se consacrent au développement du droit privé européen, des principes et des projets de codification visant à guider la législation communautaire future afin que les actes normatifs soient basés sur des concepts communs et s'articulent mieux. Parmi ces initiatives doctrinales, celles qui ont eu plus d'expression sont, en premier, les principes de droit des contrats élaborés par l'Unidroit, au niveau international, et les principes du droit des contrats européen élaborés par la Commission Lando (Section 1), en deuxième, les projets de codification du droit

SONNENBERGER Hans Jürgen, L'harmonisation ou l'uniformisation européennes du droit des contrats sont-elles nécessaires?, RCDIP, 2002, pp. 405 et s.

¹¹⁸¹ Pour un échantillon des réactions françaises, V. entre autres : CORNU Gérard, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002. Chron. 351 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Faut-il un Code civil européen ?, RTDCiv. 2002, p. 463 ; HEUZE Vincent, A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats, JCP G 2002. I. 152 ; HUET Jérôme, Nous faut-il un « euro » droit civil ?, D. 2002, Point de vue 2611 ; LEQUETTE Yves, Quelques remarques à propos du projet de Code civil de VON BAR Christian, D. 2002, Chron. 2202 ; Vers un Code civil européen ?, Pouvoirs, n° 107, 2003. 97 ; MALAURIE Philippe, Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, JCP G 2002. I. 110 ; MAZEAUD Denis, Faut-il avoir peur du droit européen des contrats ?, Mélanges Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 309 ; PRIETO Catherine, Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique, LPA, n° 92, 2004, p. 19 ; WITZ Claude, Plaidoyer pour un Code européen des obligations, D. 2000, chron. 79.

¹¹⁸² SCHULZE Reiner, RDC, 01 juillet 2008 n° 3, p 924, Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire

¹¹⁸³ En ce sens, dès le début des années 1990, MÜLLER-GRAFF, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, p. 13 ; SCHULZE Reiner, Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht, ZEuP, 1993, pp. 442-474.

européen des contrats du groupe Gandolfi et de la Commission Von Bar (Section 2) et, finalement, le projet d'un cadre commun de référence élaboré par la Commission Von Bar avec la collaboration de l'association Henri Capitant et de la Société de Législation Comparée (Section 3).

SECTION 1 - LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS EN MATIERE CONTRACTUELLE

L'intégration de la responsabilité précontractuelle dans les projets d'harmonisation du droit des contrats pose l'importante question de savoir quelle qualification doit être donnée à cette responsabilité dans le système de droit privé européen. La question a des implications concrètes qui résultent de l'admission d'une institution délictuelle au sein d'un texte de droit contractuel. Ces textes étant considérés comme des instruments facultatifs, l'introduction de la responsabilité précontractuelle peut la pousser l'oubli lorsque le droit communautaire et la plupart des pays adoptent une qualification délictuelle¹¹⁸⁴.

Deux groupes d'universitaires de différents pays ont choisi de collaborer avec l'harmonisation du droit des contrats par la rédaction de recueils de principes. Premièrement un groupe de travail de l'Institut International pour l'unification du droit privé – Unidroit – a publié en 1994 les principes relatifs aux contrats du commerce international¹¹⁸⁵. En deuxième, les Principes du droit européen des contrats sont l'œuvre de la Commission du droit européen des contrats, dirigée par le Professeur Lando. Le travail a débuté dès la fin des années soixante-dix et a abouti à la publication, en 2000, d'un ouvrage intitulé « Principles of European Contract Law »¹¹⁸⁶.

Fondamentalement, ces deux textes de principes sont nés du même besoin, celui d'uniformiser les règles de droit applicables aux contrats. Pour utiliser une expression bien connue dans le monde du commerce international, les uns et les autres prétendent être une sorte de rédaction de la *lex mercatoria* moderne. En effet, le préambule des Principes Unidroit annonce qu'« [i]ls peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par

¹¹⁸⁴ LEHMANN Matthias, Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht, ZeuP, 2009, n° 4, p. 707.

¹¹⁸⁵ Dernière version de 2004 consultable sur: <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm> [consulté le 20 octobre 2009]

¹¹⁸⁶ LANDO Ole et BEALE Hugh, Principles of european Contract Law, The Hague-London-Boston, Kluwer International, 2000.

les Principes généraux du droit, la « *lex mercatoria* » ou autre formule similaire" et l'article 1.101 (3) (a) P.E. indique qu'ils peuvent être appliqués « lorsque les parties sont convenues que leur contrat serait régi par « les principes généraux du droit », là « *lex mercatoria* » ou une expression similaire ».

Les optiques ne sont pas absolument les mêmes. En premier lieu, leur champ d'application géographique est différent : les Principes européens visent le Marché unique européen alors que les règles élaborées par UNIDROIT sont "destinées à être utilisées dans le monde entier ". En outre, il faut noter que si les Principes UNIDROIT concernent les contrats de commerce, les autres "ne se limitent pas aux relations commerciales mais ils ont vocation à s'appliquer à tout contrat en général [...]". Ainsi, ils couvrent les contrats de consommation.

Ces deux groupes de principes ne constituent pas le droit positif et leur application par les tribunaux dépend du choix des parties et de la validité de cette désignation selon les règles de conflits du for ou de sa réception par le droit interne ou international.

Les principes Unidroit établissent des règles destinées à être appliquées quand les parties l'ont ainsi choisi, soit explicitement soit en référence aux principes généraux de droit ou la *lex mercatoria*. Ces principes peuvent encore servir comme instrument d'interprétation ou d'intégration de textes internationaux et comme modèle pour de textes législatifs nationaux ou, certains affirment que ce type de codifications forme la notion de soft law¹¹⁸⁷.

En Europe, il faut suivre les dispositifs du Règlement Rome II qui restreint l'objet possible d'*electio juris* aux lois nationales, puisqu'ils se réfèrent toujours à « la loi du pays » comme applicable. Toute référence aux principes sera interprétée comme la volonté de les incorporer au contrat, leur application étant soumise à la condition d'être compatible avec la loi du contrat, à déterminer selon les règles de conflit. En l'absence de contrat, qualifiée dans la plupart des cas de délictuelle, la responsabilité relève de la *lex loci delicti* et échappe par conséquent à toute possibilité d'appliquer les Principes relatifs aux contrats du commerce international.

§ 1 - La responsabilité précontractuelle dans les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

Dans le chapitre 2 relatif à la formation des contrats, deux articles ont été spécifiquement consacrés à la responsabilité précontractuelle. Il s'agit de l'article 2.15 qui aborde la mauvaise foi dans les négociations, et de l'article 216 qui traite du devoir de confidentialité.

L'article 2.15 est libellé comme suit : « 1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent, pas à un accord ; Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. Est notamment de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord ».

À la lecture de cet article, on constate que dans son premier alinéa il rappelle son attachement au principe fondamental de la liberté contractuelle, et dans son l'alinéa 2, il précise que la liberté de négociation ne peut être mise en œuvre sans limites. La conséquence en est la responsabilité de la partie qui agit de mauvaise foi dans la conduite ou la rupture des négociations.

Suivant les orientations des rédacteurs, pour comprendre ce dispositif, il faut le mettre en rapport avec ses commentaires. Le deuxième commentaire précise de façon claire que le droit de négocier librement ne peut entrer en conflit et est limité par le principe de bonne foi posé à l'article 1.7. Dans ce sens, l'article 2.15 est perçu comme le prolongement de l'article 1.7, au terme duquel non seulement « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international » mais encore, « ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

Le premier commentaire de l'article 1.7 précise d'ailleurs que le principe de la bonne foi constitue l'une des idées fondamentales à la base des Principes, y compris pendant les négociations. Certains auteurs ont rappelé que par bonne foi, il fallait entendre la bonne foi dans le sens objectif du terme, c'est-à-dire par référence à une norme ou un standard de comportement dans le commerce international, par opposition au sens subjectif de l'expression,

¹¹⁸⁷ BONELL Michael Joachim, The needs and possibilities of a codified European contract law, *European Review of Private Law*, 1997, p. 516.

qui renvoie à l'état d'esprit ou à l'honnêteté de l'acteur juridique¹¹⁸⁸. Il faut constater que le terme « *good faith* » est, souvent perçu en *common law* comme l'expression de la bonne foi dans le sens subjectif du terme. Ainsi, souvent en *common law*, on ajoute l'expression « *fair dealing* », bonne foi dans son sens objectif. Il faut d'ailleurs constater que l'article 1.7 prévoit bien l'expression « *good faith and fair dealing* ». Le commentaire semble donc plus large que le texte de l'article 2.15 qui ne vise que la mauvaise foi dans la négociation. L'alinéa 3 de l'article 2.15 permet également de rendre compte de cette distorsion. L'hypothèse visée constitue un cas d'application de la bonne foi au sens subjectif, s'agissant d'un négociateur qui entamerait ou poursuivrait délibérément, des négociations sans intention de contracter.

Le troisième commentaire révèle une portée toute différente de ce que l'article lui-même laisse penser. Ainsi, il énonce clairement que le droit de rompre les négociations est soumis au principe de bonne foi et que même avant qu'une offre identifiable ait été formulée ou puisse être identifiée, une partie ne peut plus être libre de rompre les négociations brusquement et sans justification. Le commentaire considère que cette restriction à la liberté de rompre les négociations naît lorsque les parties ont atteint un « point de non-retour », qui sera déterminé en fonction des circonstances de l'espèce, et en particulier la mesure dans laquelle l'autre partie, par suite du comportement de la première partie, avait raison de compter sur le résultat positif des négociations - confiance légitime - et sur le nombre de questions relatives au futur contrat sur lesquelles les parties ont déjà trouvé un accord.

Il semble que le texte a été rédigé de façon à ne pas heurter les pays de *common law*¹¹⁸⁹. En ce sens, le fait que les commentaires explicitent plus largement que le texte une obligation de bonne foi dans les négociations instaure une incertitude quant à la portée réelle du texte de l'article 2.15, surtout dans ses rapports, sans cesse rappelés dans les commentaires, avec l'article 1.7¹¹⁹⁰. La pénétration de la bonne foi au sens objectif du terme dépendra de l'interprétation et de la réception que les acteurs de la vie juridique feront du texte. Les

¹¹⁸⁸ BONELL Michael Joachim, *An international restatement of contract law*, 3^e éd., New York, Transnational Publishers, 2005, pp. 4 et s.; *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994, p. 138.

¹¹⁸⁹ LEVY David A., *Contract Formation Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, UCC, Restatement, and CISG, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 1998, vol. 30, p. 271 ; et DI MAJO Adolfo, *L'osservanza della buona fede nei principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 155.

¹¹⁹⁰ En faveur de la l'accessibilité et la précision des principes: SUCHANKOVA Martina, *Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations*, RDAI 1997, p. 700.

Principes, en leur qualité de *soft law*¹¹⁹¹, ou *restatement*, seront dépendants de leur force de persuasion, elle-même conditionnée par la portée que les praticiens voudront, bien leur conférer, sur base du texte et, de ses commentaires.

Les principes Unidroit ne disposent pas d'une discipline autonome des devoirs précontractuels d'information¹¹⁹². Cependant, il nous semble que ces devoirs puissent être intégrés au champ d'application assez large de l'article 2.1.15, dans la mesure où ils ne résultent pas des dispositions des articles 3.5, alinéa a), 3.8 et 3.18. À ce stade, les usages et pratiques entre les parties pourront éventuellement aider à résoudre cette question (article 1.8). En effet, le commentaire à l'article 2.1.15 indique qu'il peut s'agir également de cas « dans lesquels une partie a délibérément, ou par négligence, induit en erreur l'autre partie quant à la nature des clauses du contrat. Cela peut se faire soit par la dénaturation, soit par l'omission de certains faits concernant la qualité des parties et/ou la nature du contrat, devraient être révélés. L'article englobe donc à la fois le devoir de loyauté et de correction et le devoir de renseignement. La gravité de la mauvaise foi dans ces hypothèses s'apprécie en fonction de la compétence des parties, leurs usages et le contrat en question¹¹⁹³. Il nous semble que le devoir de renseignement est ici bien consacré.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2.15, la partie qui agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. Dans les commentaires, il est spécifié que le créancier peut recouvrer les dépenses encourues lors des négociations et peut aussi être indemnisé du fait d'avoir manqué la conclusion d'un autre contrat avec un tiers – ce qu'on appelle parfois la *reliance* ou l'intérêt négatif –, mais ne peut généralement pas recouvrer le profit qui aurait résulté si le contrat original avait été conclu - l'intérêt positif.

Contrairement à la détermination du contenu des obligations à respecter, il nous semble que le commentaire est, à première vue, plus restrictif que le texte lui-même. On y retrouve la distinction entre le dommage négatif et le dommage positif. Le commentaire semble affirmer que seul le premier pourrait faire l'objet de réparation¹¹⁹⁴. Les auteurs semblent

¹¹⁹¹ FONTAINE Marcel, Les principes pour les contrats internationaux élaborés par l'Unidroit, RIDC, 1991, p. 40.

¹¹⁹² FORBIB Guillaume, Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers?, RDAI 1988, p. 488.

¹¹⁹³ SUCHANKOVA Martina, Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RDAI, n° 6, 1997, p. 694.

¹¹⁹⁴ VANWIJK-ALEXANDRE, La réparation du dommage dans la négociation et la formation du contrat, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1980, pp. 1-8.

d'ailleurs considérer que le dommage réparable serait limité aux dommages et intérêts négatifs¹¹⁹⁵.

D'une part, le texte vise le préjudice causé, sans autres précisions. En cela, il introduit également une notion de causalité entre la rupture répréhensible et le dommage créé¹¹⁹⁶. Le dommage réparable est celui issu du préjudice causé à la partie lésée, c'est-à-dire tout préjudice en lien causal avec le comportement répréhensible. Nous ne sommes pas éloignés, par cette formulation, du principe de la réparation intégrale du dommage. Quant au mode de réparation, le texte, comme les commentaires, ne semblent envisager que l'allocation de dommages et intérêts du dommage qui en résulte pour la partie préjudiciée.

Le devoir de confidentialité est prévu à l'article 2.16 : « Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie ».

Il semble, cependant, que si l'une des parties déclare expressément que l'information doit être considérée comme confidentielle, l'autre partie, en la recevant, l'accepte implicitement. Il suffit donc qu'une partie fasse une simple déclaration pour que l'autre soit soumise à un devoir de confidentialité. Or, le commentaire estime qu'une partie peut être tenue par ce devoir même en l'absence de déclaration expresse, notamment lorsque, en raison de la nature particulière de l'information ou des qualités professionnelles des parties, l'utilisation ou la divulgation de l'information serait contraire à la bonne foi après la rupture des négociations. Les critères d'appréciation d'une telle information ne sont néanmoins pas précisés, ce qui implique que la frontière entre la déclaration de confidentialité exigée et la protection indépendante sera sans doute difficile à déterminer. Le manquement au devoir de confidentialité est sanctionné par des dommages et intérêts dont le montant peut varier « selon que les parties aient ou non conclu un accord particulier concernant la non-divulgation des

¹¹⁹⁵ SUCHANKOVA Martina, Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RDAI 1997, p. 694 ; BONELL Michael Joachim, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : Similar Rules for the Same Purposes ?, Rev. dr. unif., 1996, p. 239.

¹¹⁹⁶ Par rapport au manquement au devoir de confidentialité, l'article 2.16 semble s'écarter de la causalité puisqu'il est établi que « même si la partie lésée n'a pas subi de perte, elle a droit à une indemnité comprenant le bénéfice que la partie en défaut a retiré de la divulgation d'informations à des tiers ou pour les avoirs utilisées à des fins personnelles ». Il va falloir préciser quand la partie lésée n'a pas subi de perte.

informations ». Or, la différence de leur mode de calcul n'est pas précisée dans ces deux situations. L'article 2.1.16 dispose qu'il doit être pris en compte le bénéfice reçu par la partie qui l'a violé. Il s'agit d'une solution basée sur la théorie de l'*out of pocket* de la *common law*.

Enfin, l'article 3.5 prévoit que la nullité du contrat par erreur, à condition que lors de la conclusion du contrat, l'erreur était d'une importance telle qu'une « personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, ne se serait pas engagée ou ne se serait engagée qu'à des conditions substantiellement différentes si elle avait eu connaissance de la situation véritable ». Le dol peut aussi provoquer la nullité du contrat, selon l'article 3.8 lorsque l'une des parties « contrairement aux exigences de la bonne foi en matière commerciale, a omis frauduleusement de faire part à la première des circonstances particulières qu'elle aurait dû révéler ».

§2. - La responsabilité précontractuelle dans les Principes du droit européen des contrats -PDEC

Tout comme les principes Unidroit, les PDEC¹¹⁹⁷ ont épousé la forme d'un *restatement*. Selon l'article 1:101, ils sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union Européenne. Chaque article des principes est suivi d'un commentaire, ainsi que de notes reprenant les principales sources utilisées décrivant synthétiquement la façon dont la matière est traitée dans les différents droits nationaux des membres de l'Union Européenne.

En ce qui concerne les pourparlers, ces principes consacrent les articles 2:301 et 2:302. L'article 2:301 dispose que : « (1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent-encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie. (3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre ».

¹¹⁹⁷ BEALE Hugh, Towards a Law of Contract for Europe : the work of the Commission of European Contract Law, in WEICK G. (dir.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 177-196 ; LANDO Ole, My life as a lawyer, ZEuP 2002, p. 508-522 : développa ainsi sur la base du droit comparé un catalogue de principes du droit européen des contrats - les « Principles of European Contract Law » (PECL) ; LANDO Ole et BEALE Hugh (dir.), Principles of European Contract Law, La Haye, 1999.

Le texte de l'article 2:301 est pratiquement identique à celui de l'article 2.15 des Principes d'Unidroit, mis à part le fait que dans les principes d'Unidroit la sanction retombe sur celui qui agit de mauvaise foi, tandis que dans le présent texte elle retombe sur celui qui agit contrairement aux exigences de la bonne foi.

Nous avons pu mettre en lumière que les Principes d'Unidroit laissaient apparaître une certaine ambiguïté dans la portée réelle de l'obligation de bonne foi en cas de rupture des pourparlers. Le texte des PDEC est plus clair, ne visant pas seulement les actes commis de mauvaise foi, mais tous les actes contraires à la bonne foi, et précisant ce qu'il faut entendre la bonne foi au sens objectif¹¹⁹⁸. Conséquence cohérente du champ d'application plus large sur le plan matériel des PDEC par rapport aux Principes Unidroit, les standards de comportement objectif devant permettre de déterminer si l'acteur a agi de bonne foi ne sont plus ceux du commerce international¹¹⁹⁹, mais ceux du trafic juridique en général.

Contrairement aux Principes d'Unidroit, les commentaires des PDEC envisagent la nature de la responsabilité précontractuelle. Ces commentaires se contentent cependant de mentionner deux fondements possibles : la « *misrepresentation* »¹²⁰⁰ dont il est précisé que le fondement est délictuel dans plusieurs États membres, et la promesse donnée lors des négociations. Nous ajouterons cependant que l'article 1:107 des Principes européens prévoit que « les présents Principes s'appliquent avec les modifications appropriées aux accords qui tendent à modifier ou à résilier un contrat, aux promesses unilatérales ainsi qu'aux autres déclarations ou comportements indiquant une intention ». Bien que les commentaires n'en fassent pas mention, il faut s'interroger sur la possibilité par cet article d'appliquer le régime général des Principes aux documents précontractuels, comme les lettres d'intention.

L'alinéa 2 de l'article 2:301 établit la responsabilité en cas de réalisation ou rupture de pourparlers de façon assez large, pouvant y inclure clairement le devoir de renseignement. La responsabilité par erreur est même prévue dans le commentaire qui suit cet article¹²⁰¹. En cohérence avec ce dispositif, l'article 4:103 prévoit l'erreur fondamentale qui provoque la nullité du contrat, en raison d'une information précontractuelle inexacte, à condition que le

¹¹⁹⁸ LANDO Ole et BEALE Hugh (dir.), *Principles of European Contract Law, Part I*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 113 et s.

¹¹⁹⁹ BONELL Michael Joachim, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, Rev. dr. unif. 1996, p. 239.

¹²⁰⁰ Commentaire « e » to article 1 :101.

défendeur savait ou aurait dû savoir que la victime, si elle avait connu la vérité, ne se serait pas engagée ou ne l'aurait fait qu'à des conditions fondamentalement différentes. En revanche, l'article 4:106 dispose que la partie qui s'est engagée sur le fondement d'une information inexacte donnée par l'autre partie peut obtenir des dommages et intérêts alors même s'il n'est pas possible d'annuler le contrat. C'est le cas d'induction négligente en erreur¹²⁰², qui n'entre pas dans la définition de dol de l'article 4:107, où l'information n'occasionne une erreur fondamentale au sens de l'article 4:103 à moins que la partie qui a donné l'information n'ait eu des raisons de croire que l'information était exacte. Enfin, l'article 4:107 prévoit la nullité du contrat lorsqu'une partie a omis frauduleusement de révéler une information que la bonne foi lui commandait de révéler. L'alinéa 3 dispose que « pour établir si la bonne foi commandait à une partie de révéler une information particulière, on a égard à toutes les circonstances, notamment : (a) le point de savoir si la partie a des connaissances techniques spéciales, (b) ce qu'il lui en a coûté pour se procurer l'information en cause, (c) le point de savoir si l'autre partie aurait pu raisonnablement se procurer l'information pour son compte, (d) ainsi que l'importance que présentait apparemment l'information pour l'autre partie ».

Dans tous les corps de règles comparés, le régime de l'initiative, du déroulement et de la rupture de la négociation précontractuelle repose sur un principe de liberté précontractuelle, canalisé par une exigence de loyauté, laquelle est imposée pour des besoins de sécurité.

En droit positif français, ce régime de liberté surveillée se traduit par l'affirmation d'une obligation précontractuelle d'information et de devoirs de discrétion et de cohérence, lesquels reposent sur le devoir général de bonne foi. Cette obligation de négocier le contrat de bonne foi contraint chaque négociateur à communiquer à son partenaire les informations susceptibles de déterminer son consentement, à tenir secrètes les informations qui lui ont été divulguées lors des pourparlers et à faire preuve de constance et de continuité dans son comportement. Dans les projets de réforme, ces devoirs ne sont pas imposés avec la même précision ou la même intensité.

¹²⁰¹ LANDO Ole et BEALE Hugh (dir.), *Principles of European Contract Law, Part I*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 189.

¹²⁰² LANDO Ole et BEALE Hugh (dir.), *Principles of European Contract Law, Part I*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 230.

En ce qui concerne l'obligation d'information, on remarquera qu'elle est consacrée de façon extrêmement détaillée par l'avant-projet Catala, qui distingue selon que son inexécution est intentionnelle (article 1113-1.) ou non (article 1110) pour déterminer sa sanction, nullité dans le premier cas et responsabilité dans le second, mais qui, curieusement, ne fait pas la moindre allusion à la bonne foi.

Les PDEC font preuve de beaucoup plus de discrétion sur ce point, puisque, contrairement à tous les autres corps de règles étudiés, ils ne font allusion à cette obligation qu'à l'occasion de la réticence dolosive (article 4:107), laquelle est clairement rattachée à l'obligation de contracter de bonne foi. Outre qu'elle n'est donc pas érigée en obligation autonome¹²⁰³, l'obligation d'information appréhendée par le canal du dol par réticence, est ici soumise à la réunion de plusieurs conditions qui tiennent aux connaissances et au devoir de s'informer du créancier, ainsi qu'au coût de l'information non communiquée pour le débiteur au sens de l'analyse économique du droit.

En ce qui concerne la réparation, les Principes européens sont similaires aux Principes d'Unidroit. La partie qui manque à son obligation de négocier de bonne foi est « responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie ». Les commentaires confirment que dans l'esprit des rédacteurs, bien qu'ils n'utilisent pas ces expressions, seul le dommage négatif peut être réparé à l'exclusion du dommage positif : si dans certains cas, la partie lésée peut-être indemnisée pour les opportunités manquées de contracter avec des tiers, elle ne peut exiger d'être placée dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avorté avait été conclu et dûment exécuté, l'article 9:502 n'étant pas applicable en cas de rupture de négociation¹²⁰⁴. Quant au mode de réparation du dommage, il n'est pas envisagé de façon explicite. Les commentaires ne font cependant référence qu'à l'attribution de dommages et intérêts.

SECTION 2 - LES PROJETS DE CODIFICATION DU DROIT PRIVE EUROPEEN

Certains groupes doctrinaux ont préféré élaborer une véritable codification européenne qui devrait remplacer les Codes nationaux. Ainsi, le groupe Gandolfi et la Commission Von

¹²⁰³ RODA J. C., *Négociations contraires a la bonne foi*, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 209, sp. n° 10.

¹²⁰⁴ LANDO Ole et BEALE Hugh (dir.), *Principles of European Contract Law, Part I*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 191.

Bar ont proposé, respectivement, des projets de Code européen des contrats et de Code civil européen.

Le groupe Gandolfi surgit au sein de l'Académie des Privatistes Européens, fondée le 9 novembre 1992 à Pavie, sous l'initiative de M. Giuseppe Gandolfi, en vue de l'élaboration d'un avant-projet de Code européen de contrats¹²⁰⁵. La première version de cet avant-projet a été publiée en 2001¹²⁰⁶, une deuxième édition ayant apparue en 2004¹²⁰⁷.

Ce projet dédie les¹²⁰⁸ articles 6 à 10 de sa section 1 aux « tractations précontractuelles ». L'article 6 consacre le principe de la liberté des pourparlers et l'absence de responsabilité de celui qui les rompt, sauf si son comportement est contraire à la bonne foi. Ce dernier est sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts correspondant aux pertes subies et les gains manqués de conclure un autre contrat. Cet article prévoit comme comportements contraires à la bonne foi : en premier, le fait d'entreprendre ou de poursuivre les pourparlers sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat ; et en deuxième, la rupture des pourparlers avancés sans motif justifié, ayant suscité la confiance raisonnable dans la conclusion du contrat.

Les mêmes conséquences sont prévues à l'égard de celui qui viole le devoir de renseignement, prévu à l'article 7 : « Au cours des tractations, chacune des parties a le devoir d'informer l'autre sur chaque circonstance de fait et de droit dont elle a connaissance ou dont elle doit avoir connaissance et qui permet à l'autre de se rendre compte de la validité du contrat et de l'intérêt à le conclure » (alinéa 1).

L'article 8, sur le devoir de réserve, prévoit un devoir de confidentialité protégeant l'usage des informations que les parties obtiennent de manière confidentielle lors du déroulement des pourparlers. Une avancée importante de ce dispositif est de prévoir que la réparation, en plus des pertes subies, doit comprendre aussi, dans la mesure où le défendeur a tiré un avantage indu de l'information confidentielle, la valeur de son propre enrichissement.

¹²⁰⁵ GANDOLFI Giuseppe, Pour un droit européen des contrats, RTDCiv., 1992, p.707, et RUFFINI-GANDOLFI Maria Letizia, Unification du droit et Code européen des contrats, RIDC, 2002, p.1075 ; GRIDEL Jean-Pierre, Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie), GP, 22 février 2003 n° 53, p. 3.

¹²⁰⁶ Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Milano, Giuffrè, 2001 et 2002.

¹²⁰⁷ Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Edition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Professeur à l'Université de Naples 2, Milano, Giuffrè, 2004.

¹²⁰⁸ Code européen des contrats, Livre premier, Titre II, Formation du contrat, Section 1, arts. 6 à 10.

Si cet avant-projet s'est inspiré des droits des différents pays européens, il a opté pour un modèle servant de schéma directeur, à savoir le Code civil italien. Les auteurs de cet avant-projet admettent avoir tenté de faire en quelque sorte une moyenne de toutes les règles existantes mais ont préféré quelquefois une règle adoptée dans un pays mais rejetée dans l'autre ou une règle nouvelle face à la difficulté de trouver une solution commune.¹²⁰⁹

Nous pouvons encore citer la Commission Von Bar visant à la recherche de l'unification du droit privé en Europe. Proclamant « la fin future des Codes civils nationaux », le contenu du projet est constitué de règles simples et brèves en vue de contribuer à l'élaboration d'un Code civil européen autonome et applicable au sein de l'Union¹²¹⁰. Même si cette commission n'est pas encore arrivée à publier son projet de Code civil européen, ses études et collaborations représentent une importante source pour le projet de cadre commun de référence. En effet, en raison des vives réactions provoquées, la Commission Européenne préconise, pour l'instant, d'adopter un instrument optionnel, un cadre commun de référence plutôt qu'un Code uniforme et contraignant. Il n'en demeure pas moins que l'objectif, à terme, réside dans l'instauration d'un Code européen des contrats dont les principes dégagés par les Commission Lando et Von Bar seront probablement les fondements.¹²¹¹

SECTION 3 - LE CHOIX DE LA FORMULE DU CADRE COMMUN DE REFERENCE EN MATIERE CONTRACTUELLE ET LA PLACE ACCORDEE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

C'est dans ce contexte qu'en 2008, visant à élaborer des principes directeurs, définitions communes et une révision des Principes du droit européen des contrats de la Commission Lando, a été publié le *Draft Common Frame of Reference* DCFR – avant-projet de cadre commun de référence¹²¹² –, sous la coordination du professeur C. von Bar. S'agissant

¹²⁰⁹ BUSSANI Mauro ET MATTEI Ugo, Le fonds commun du droit privé européen, RIDC 2000, n°1, pp. 29 et s. ; KASIRER N., The Common core of European private law in boxes and bundles, European review of private law, 2002, n°3, p. 417 et s.

¹²¹⁰ VON BAR Christian, Le groupe d'études sur le Code civil européen, RIDC, 2001, p.127 et s.

¹²¹¹ Contre l'idée d'un Code européen de contrats, voir LEQUETTE Yves, Quelques remarques à propos du projet de Code civil de Monsieur von BAR, D. 2002, p. 2202, reproduit au D., n° spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p.30 et s. Le même argumentaire est développé dans son article intitulé « Vers un Code civil européen? », Pouvoirs, n° 107/2004, pp. 97 et s., et dans sa contribution au Livre du Bicentenaire du Code civil publié par l'Université Paris-2, intitulée "D'une célébration à l'autre 1904-2004", pp. 9 et s., spéc. 27 et s.

¹²¹² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier. European Law Publishers, 2008, Prepared by the Study Group on a

de la formation du contrat, le DCFR a pour la première fois relié les recherches de droit comparé, issues des PDEC, aux recherches relatives aux principes du droit communautaire, issues des Principes du groupe d'acquis communautaire – ACQP.

À côté des groupes rédacteurs - *drafting groups* - ont été institués des groupes d'évaluation, dont celui de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée. Ce Groupe a préféré élaborer un projet alternatif, uniquement consacré au droit du contrat et inspiré des Principes du droit européen du contrat, des Principes directeurs de droit du contrat – PCCR – et un ouvrage de terminologie contractuelle. Ces principes PCCR pourraient être intégrés au *DCFR* soit en la forme de considérants, soit en la forme de textes inclus dans le Livre I. Ces principes proposent des commentaires et une analyse comparative nouvelle par rapport aux Principes du droit européen des contrats¹²¹³.

En matière de responsabilité civile, ce n'est pas davantage la vue française qui semble l'avoir emporté dans ces textes. Il n'y a pas de clause générale aussi large que celle de l'article 1382 français, ou de l'article 1384, alinéa 1^{er}, tel que la jurisprudence l'a interprété. Mais, plutôt à la manière allemande, sont définis les dommages légalement pertinents et les cas dans lesquels une responsabilité sans faute peut être retenue.

À propos de la responsabilité précontractuelle, l'article II. - 3:301 du DCFR prévoit la sanction de la rupture abusive de pourparlers par manquement à la bonne foi : « (1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord. (2) Celui qui s'est engagé dans une négociation est tenu de négocier de bonne foi. Cette obligation ne peut être exclue ou limitée contractuellement. (3) Celui qui conduit ou rompt des

European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), traduction française de Jacques Ghestin, consultable sur http://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/IMG/pdf/Traduc-vBar-livre_I-II-III-08-2008.pdf.

¹²¹³ Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 6, 2008 ; Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008 ; European Contract Law : Materials for the CFR. Terminology, Guiding Principles, Model Rules, édités par l'Association H. Capitant et la Société de législation comparée, Sellier european law publishers, 2008) : terminologie contractuelle commune, Principes contractuels communs - Projet de Cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune. Principes contractuels communs. Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, Société de législation comparée. Droit privé comparé et européen, vol. 6 et 7, Société de législation comparée, 2008 ; voir aussi TENENBAUM Aline, Droit européen des contrats : mythe ou réalité ? L'enjeu et les difficultés d'une terminologie commune, RIDC 1-2009, p. 177 ; SCHULZE Reiner, Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire, RDC 2008, p. 922 ; ROCHFELD Judith, Formation du contrat : négociations, conditions de conclusion, Actes du colloque « Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? », RDC, 2009, p. 844.

négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable de tout préjudice causé à l'autre partie. (4) Est en particulier contraire aux exigences de la bonne foi le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre partie. ». Le PCCR reprend cette prévision dans son article 2:101, mais il ajoute encore un important dispositif dans l'alinéa 3 : « Agit également à l'encontre de la bonne foi la partie qui rompt les négociations précontractuelles sans motif légitime, alors que l'autre partie pouvait légitimement croire à la conclusion du contrat ». On a vu combien ce critère était relevant, même s'il est de difficile détermination, pour établir la violation de la bonne foi. Ce dispositif va ainsi dans le sens de la position actuelle de la jurisprudence française.

On peut remarquer que le DCFR dans cet article, comme le PCCR dans son article 2:101, ont placé la liberté contractuelle en tête de la section consacrée à la formation du contrat, dénotant son importance et le caractère exceptionnel de la responsabilité précontractuelle. Par rapport aux principes européens des contrats, le DCFR accorde une plus grande importance à la période de pourparlers au sein du chapitre 2 sur la formation du contrat. D'emblée, il est précisé que les négociations précontractuelles sont soumises aux devoirs suivants : bonne foi, information, confidentialité.

La bonne foi dans l'article III - I:103 du DCFR, parce qu'elle n'est pas admise en tant que telle dans tous les systèmes juridiques, a perdu son rang de principe général, comme prévu par les PDEC. Il est cependant précisé que cela n'interdit pas que les valeurs promues par le principe de bonne foi soient considérées comme fondamentales¹²¹⁴.

Les impératifs de bonne foi et loyauté sont apparemment réservés à la section 3, aucune prévision expresse concernant les sections 1, 2 et 4 du troisième chapitre du deuxième livre. Cette dispense de la référence à la bonne foi se doit, entre autres raisons, aux divergences d'approche sur la bonne foi dans les différents systèmes juridiques qui peuvent limiter l'harmonisation des règles dans la matière.¹²¹⁵

L'alinéa 2 de l'article III - I:103 du DCFR et l'alinéa 2 de l'article Article 0:301 du PCCR, disposent que ce devoir ne peut être exclu ou limité contractuellement. On a vu que le principe de bonne foi est reconnu dans tous les pays de l'Union Européenne comme

¹²¹⁴ VON BAR Christian, CLIVE Eric et SCHULTE-NÖLKE Hans, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Sellier (2008), Introduction, paragraphe 33.

¹²¹⁵ LEHMANN Matthias, Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht, ZeuP, 2009, n° 4, p. 709.

déterminant de la bonne conduite contractuelle. Mais l'étendue et la force du principe de bonne foi varient selon les systèmes. Tandis que le droit allemand¹²¹⁶ et le droit suisse¹²¹⁷ font du principe de bonne foi un principe fondamental¹²¹⁸, ne pouvant pas être limité par la convention entre les parties, la *common law* ne lui reconnaît aucune portée générale.

L'alinéa 3 de l'article III - I:103 du DCFR semble introduire une restriction nouvelle : « la violation du devoir de bonne foi ne donne pas lieu, directement à l'octroi des remèdes (*remedies*) pour inexécution, mais peut empêcher une personne qui viole son obligation d'exercer ou de s'appuyer sur un droit, un remède ou un moyen de défense qu'elle aurait autrement eu ». Cet article est assez flou, et semble faire référence aux doctrines du « venire contra factum proprium » et du « promissory estoppel ». Dans son article consacré à la structure et aux valeurs du cadre commun de référence, Ole Lando regrette la formule adoptée¹²¹⁹. À vrai dire, la signification du texte du DCFR est loin d'être évidente. En réalité, elle ne peut être comprise qu'en se référant aux commentaires qui expliquent l'impact du choix d'utiliser le terme « duty » et non « obligation »¹²²⁰, ce qui restreint l'usage que l'on peut faire du concept de bonne foi. Cette disposition du DCFR semble concerner plus la sanction d'une violation de la bonne foi, que le champ d'application de ce devoir. La bonne foi demeure toujours source de devoirs et de déchéances, mais pas d'obligations autonomes au sens plein du terme.

Au contraire des principes du droit européen des contrats qui prévoient une règle sur la violation du devoir de renseignement, le DCFR présente tout un chapitre consacré à la responsabilité précontractuelle pour la violation de devoirs liés au renseignement. La fusion de ces dispositions forme le noyau d'une responsabilité précontractuelle européenne relative au devoir de renseignement¹²²¹.

¹²¹⁶ §242 du BGB.

¹²¹⁷ Article 2 du Code des obligations.

¹²¹⁸ Pour le droit allemand, PÉDAMON Michel, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., 2004, LGDJ, n°167 ; pour le droit suisse, ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, p. 189.

¹²¹⁹ LANDO Ole, *The Structure and the Legal Values of the Common frame of Reference (CFR)*, ERCL 3, 2007, p. 251: « Un contrat doit être considéré comme un instrument de coopération, et non comme une confrontation d'adversaires qui cherchent à obtenir un avantage au détriment de l'autre.[...] Il doit sauvegarder la solidarité, la justice, confiance et vérité, des valeurs que tous, même les parties faibles, doivent respecter ». Notre traduction.

¹²²⁰ Le commentaire révèle que la notion de « duty » est plus large, et ne s'insère pas forcément dans une relation légale. Il n'y a pas nécessairement de sanction pour la violation d'un « duty ». Ainsi, toutes les « obligations » sont des « duties » mais tous les « duties » ne sont pas des « obligations ».

¹²²¹ LEHMANN Matthias, *Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht*, ZeuP, 2009, n° 4, p. 704.

Le devoir d'information entre professionnels, selon la bonne pratique commerciale, est prévu à l'article II. - 3:101 du DCFR : « (1) Lorsqu'un professionnel s'engage à fournir des biens ou services à une autre personne, il est tenu de lui donner, avant la conclusion du contrat, les informations relatives à ceux-ci qu'elle peut raisonnablement attendre compte tenu des standards de qualité et d'efficacité normaux eu égard aux circonstances. (2) Dans l'appréciation de l'information que l'autre partie peut raisonnablement attendre le critère à appliquer, si l'autre partie est aussi un professionnel, est de rechercher si le défaut d'information s'écarterait d'une bonne pratique commerciale ».

Le PCCR apporte une formule plus claire et complète de protection de l'information précontractuelle. L'article 2:102 dispose ainsi que : « (1) Il appartient en principe à chacune des parties au contrat de se renseigner sur les conditions de sa conclusion. (2) Au cours des négociations précontractuelles, chacune des parties a l'obligation de répondre loyalement aux questions qui lui sont posées et de révéler les informations susceptibles d'avoir une influence sur la bonne fin du contrat. (3) La partie qui dispose d'une compétence technique particulière au regard de l'objet du contrat supporte un devoir d'information renforcé à l'égard de son partenaire. (4) Engage sa responsabilité la partie qui ne respecte pas son devoir d'information tel que défini aux alinéas précédents ou qui délivre une information inexacte à moins qu'elle n'ait eu des raisons légitimes de croire que cette information était exacte ». On regrette l'absence de règles spécifiques sur les devoir de conseil et de mise en garde.

En effet, est louable la proposition du PCCR qui reprend, à la fin de l'alinéa 2, la position doctrinale française dans le sens d'imposer un devoir de renseignement sur les éléments essentiels et d'exiger un devoir de coopération entre les parties par rapport aux autres éléments importants. En outre, l'alinéa 3 renforce simplement le devoir d'information de « la partie qui dispose d'une compétence technique particulière ».

On peut regretter, cependant, qu'aucun des deux textes n'ait développé les causes d'allègement du devoir de renseignement. L'article 2:102 du PCCR prévoit uniquement que la partie qui a fourni une information inexacte n'est pas sanctionnée si elle avait des raisons légitimes de croire que cette information était exacte. Mais les raisons tenant à la personne du destinataire de l'information ou aux caractéristiques du fournisseur de l'information qui empêchent ceux-là de connaître l'information, n'y sont pas prévues.

L'article II.- 3:106 du DCFR prévoit un devoir de clarté disposant que le devoir d'information « n'est correctement fournie que si elle est claire et précise et exprimée en un langage simple et intelligible ». D'autres précisions relatives à l'obligation sont apportées dans plusieurs dispositifs. Notamment, l'article II.- 7: 201, en matière d'erreur : « (1) Une partie peut provoquer la nullité d'un contrat pour une erreur de fait ou de droit qui existait lors de sa conclusion lorsque (a) cette partie, sans cette erreur, n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait fait qu'à des conditions essentiellement différentes et que l'autre partie le savait ou pouvait raisonnablement le savoir, (b) et que l'autre partie (i) a causé l'erreur, (ii) a provoqué la conclusion du contrat par erreur en laissant celui qui se trompait dans l'ignorance, contrairement à la bonne foi, alors qu'elle connaissait ou pouvait raisonnablement connaître l'erreur, (iii) a provoqué la conclusion du contrat par erreur en ne fournissant pas l'information précontractuelle ou en ne rendant pas accessibles les moyens de corriger des erreurs de saisie des données qu'elle devait fournir ». Enfin, l'article II. — 7: 205 prévoit la responsabilité par des manœuvres dolosives dans l'information précontractuelle. L'alinéa 3 de cet article prévoit les critères pour déterminer si une partie avait un devoir particulier d'information. Pour cela il faut tenir compte « (a) [...] si la partie avait des connaissances techniques spéciales, (b) ce qu'il lui en a coûté pour se procurer l'information en cause, (c) [...] si l'autre partie aurait pu raisonnablement se procurer l'information par d'autres moyens ; (d) ainsi que l'importance que présentait apparemment l'information pour l'autre partie ».

Le devoir de confidentialité est prévu à l'article II. - 3:302 du DCFR, qu'à exemple de l'article 2:103 Du PCCR, a repris le dispositif de l'article 2 :302 des PDEC. Le dispositif du DCFR est, cependant, plus clair puisqu'il définit l'information confidentielle comme celle que, en raison de sa nature ou des circonstances dans lesquelles elle est obtenue, la partie qui la reçoit sait ou peut « raisonnablement » savoir qu'elle est confidentielle pour l'autre partie. En ce qui concerne la réparation, l'alinéa 4 prévoit que « la partie qui a manqué à la confidentialité est redevable de dommages et intérêts à l'autre pour tout dommage causé par ce manquement et peut être condamnée à lui restituer le profit qu'elle en a tiré ». Il semble bien que la théorie de « *l'out of pocket* » de la *common law* a bien convaincu la doctrine européenne.

Le PCCR consacre encore le principe de cohérence sous la forme d'un principe directeur intégré à un chapitre préliminaire. Il s'agit de l'article 0:304 : « Une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs, sur la foi desquels son cocontractant a pu légitimement se fonder ». Ce dispositif permettrait de fonder la rupture de

pour parler en violation de la confiance légitime suscitée chez l'autre précontractant, comme prévu dans les droits continentaux, ou encore la figure du *promissory estoppel* de la common law.

Pour tout ce qui a été démontré, le DCFR, avec les collaborations apportées par le PCCR, a su combiner concrètement les caractéristiques des droits des différents systèmes juridiques européens sur la responsabilité précontractuelle. Son adoption permettrait au droit européen des contrats d'évoluer dans la fidélité à un modèle déjà connu, qui est celui des PDEC, lui-même assez proche du modèle international que constituent les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

La plongée dans ce chapitre révèle à plusieurs reprises des notions, comme celle de «raisonnable», qui possèdent des contenus imprécis. Malheureusement l'utilisation des clauses générales et des termes abstraits est difficilement évitable. S'il n'est pas adopté uniquement le modèle des clauses générales, il devient impossible de prévoir toutes les hypothèses de responsabilité précontractuelle, les cas individuels ne pourront être clarifiés que par les développements supplémentaires fournis par la CJCE, tout en veillant à l'unité de la matière.

En tout cas, les projets européens d'harmonisation du droit des contrats comportent des règles beaucoup plus concrètes et spécifiques à la responsabilité précontractuelle que *les avant-projets* français. Alors que ces derniers s'inscrivent dans la tradition codificatrice française, se contentant d'énoncer quelques règles générales, formulées de façon générale et concise, les projets européens comportent des règles concrètes et détaillées qui ne laissent que peu de place au pouvoir d'appréciation du juge. Alors que l'avant-projet Catala s'inscrit dans une logique de sanction et de responsabilité et se focalise sur l'auteur du comportement fautif, les projets européens raisonnent en termes de protection de la confiance légitime et se concentrent sur les attentes raisonnables du négociateur victime d'un tel comportement¹²²².

En droit français, domine la conception du contrat comme étant une promesse dont le centre de gravité est la volonté de s'engager, alors que dans les projets européens d'harmonisation du droit des contrats, notamment les Principes du droit européen du contrat, prend la place la conception du contrat comme un échange d'avantages, où chaque partie

poursuit un intérêt particulier, dont le fondement et la force résident dans la confiance légitime et dans les attentes raisonnables du destinataire de la promesse¹²²³.

Si les règles matérielles créées pour apporter une solution aux litiges portant sur la période des pourparlers, suivent une tendance à l'harmonisation internationale ; il faut maintenant vérifier s'il est aussi possible de déceler un fondement commun pour la responsabilité précontractuelle dans le commerce international. Ce fondement unique sera capital pour harmoniser la discipline de la responsabilité précontractuelle sous un même objectif et méthode, visant dans l'avenir un instrument conventionnel uniforme sur la matière.

¹²²² LEHMANN Matthias, Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht, ZeuP, 2009, n° 4, p. 709.

¹²²³ MAZEAUD Denis, La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international: comparaisons, p. 16, in DESHAYES Olivier (dir.), L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, Collection Ceprisca, 2008.

TITRE II - LE RENOUVEAU DES VALEURS PROTEGEES PAR LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Même s'il est aujourd'hui unanimement admis que les comportements dans la période précontractuelle peuvent être à l'origine de la responsabilité civile, le fondement de cette responsabilité est encore assez discuté. La responsabilité précontractuelle continue à se placer dans une zone de tension entre sécurité juridique, autonomie privée et liberté contractuelle.

C'est avec l'explosion libérale du XIX^{ème} siècle¹²²⁴ que la volonté individuelle a atteint son apogée. Pourtant, au fur et à mesure que les événements du XX^{ème} siècle sont intervenus, cette théorie a été la cible des critiques et sa mise en œuvre souffre de limitations. D'abord c'est l'intervention de l'État dans le domaine individuel qui devient chaque fois plus active. Ensuite, ce sont les contre-théories prêchées au sein de la doctrine juridique à l'égard de l'individualisme exacerbé et du dogme de l'autonomie de la volonté, qui mènent les auteurs à parler d'une crise du contrat¹²²⁵.

Dès lors, dans la conduite des pourparlers, chaque partenaire dispose du droit de mettre fin à tout moment aux pourparlers, sans avoir à justifier sa décision¹²²⁶, de mener des pourparlers parallèles et de choisir au mieux de ses intérêts le contractant le plus apte à satisfaire ses intérêts. La liberté se manifeste encore par le refus de la jurisprudence d'imposer, à titre de sanction de la faute précontractuelle, la réparation en nature obligeant le négociateur fautif soit à reprendre les pourparlers, soit à conclure le contrat dont la négociation a été rompue¹²²⁷. Outre des considérations pratiques, la solution découle du principe de la liberté contractuelle et de l'exigence d'un consentement libre comme condition de formation du contrat¹²²⁸.

Cependant, le modèle de clause générale qui revêt la responsabilité précontractuelle, dans la plupart des systèmes juridiques, laisse indéfinis les critères normatifs pour sa discipline et sans limites claires les cas d'application. La conséquence de cette approche générale est l'élargissement des situations reconduites à la responsabilité précontractuelle. Cet

¹²²⁴ FINLANGER Laurence, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2002, p. 18

¹²²⁵ BATIFFOL Henri, La crise du contrat et sa portée, Archives de philosophie du droit, 1968, t. 13 ; JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir), La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003

¹²²⁶ Cass. civ. 3, 16 octobre 1973, D. 1974, IR., p. 35.

¹²²⁷ En ce sens, TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 9^e éd., 2005, spéc. n°177

élargissement rend encore plus difficile l'identification des éléments unitaires qui composent son régime juridique, ce qu'augmente les risques d'application élargie de l'équité. Dans ce sens, si le principe de liberté individuelle, le principe d'autonomie de la volonté, ou encore mais il s'agit d'une même idée générale le principe de liberté de commerce et de l'industrie, autorisent les parties à mettre fin à des discussions précontractuelles¹²²⁹, encore doivent-elles s'abstenir de rompre les pourparlers de manière fautive. La période de gestation des volontés se caractérise donc, en droit positif, par un déclin relatif de la liberté contractuelle.

C'est pourquoi la jurisprudence impose le respect d'une certaine éthique précontractuelle qui se traduit, en principe, par une exigence de négocier avec loyauté. Cette exigence se décline en deux exigences complémentaires¹²³⁰. D'une part, une exigence de transparence qui oblige chacun des négociateurs à informer l'autre de tous les éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision¹²³¹. D'autre part, une exigence de cohérence en vertu de laquelle lorsque la négociation, en raison de son état d'avancement, a créé une apparence de volonté ferme et définitive de conclure le contrat négocié dans l'esprit des négociateurs, sa rupture subite et brutale est signe de déloyauté et, sauf motif légitime, source de responsabilité extracontractuelle pour celui à qui elle est imputable¹²³². Il ne faut pas s'y tromper, si l'impératif de sécurité juridique a acquis droit de cité lors de la période précontractuelle par le canal de l'exigence de loyauté, la liberté n'a pour autant « baissé pavillon »¹²³³. Au fond, ce qu'impose la jurisprudence aux négociateurs, au nom de la bonne foi, ce n'est rien d'autre que de « s'abstenir d'adopter des comportements répréhensibles, susceptibles de provoquer un dommage »¹²³⁴.

Nous allons voir que le fondement de la responsabilité précontractuelle a évolué ces dernières années et que la bonne foi loyauté semble insuffisante pour apporter une solution efficace aux litiges précontractuels (Chapitre 1). L'analyse des principes et fondements utilisés

¹²²⁸ Cf. LE TOURNEAU Philippe, La rupture des négociations, RTDCiv. 1998, p. 479, spéc. 488.

¹²²⁹ MAZEAUD Denis, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, Dr. et patr., n° 07-08, 1996, p.44.

¹²³⁰ MAZEAUD Denis, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 637.

¹²³¹ En ce sens, voir Cass. civ. 1, 27 avril 1991 : RTDCiv., 1992, 81, obs. MESTRE Jacques ; Cass. com., 27 fév. 1996: D. 1996, 518, note MALAURIE Philippe ; JCP 1996.II.22665, obs. GHESTIN Jacques ; RTDCiv., 1997, 114, obs. MESTRE Jacques.

¹²³² V. Cass. com., 7 janv. 1997: Droit & Patr, avril 1997, 73, obs. CHAUVEL Patrick ; 22 avril 1997: D. 1998. 45, note CHAUVEL Patrick ; RTDCiv., 1997, p. 651, obs. MESTRE Jacques ; Cass. civ. 1, 6 janv. 1998, Droit et patr. 1998, n° 59, 92, obs. CHAUVEL Patrick ; Defrénois, 1998, p. 741, obs. MAZEAUD Denis ; JCP 1998. II. 10066, obs. FAGES Bertrand.

¹²³³ MAZEAUD Denis, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 643.

¹²³⁴ JAUFFRET-SPINOSI Camille, Le domaine du contrat, LGDJ, 1987, pp. 91 et s., spéc. n° 41.

dans les principaux systèmes juridiques de responsabilité précontractuelle va permettre la recherche d'un fondement harmonisé (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - L'EVOLUTION DES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Au cours de ces dernières années, les fondements avancés pour justifier la sanction de la faute précontractuelle ont évolué dans les différents systèmes juridiques et si la bonne foi est l'idée centrale qui a permis le développement de la responsabilité précontractuelle (Section 1), cette conception de bonne foi ne permet plus, à elle seule, d'expliquer la responsabilité précontractuelle (Section 2).

SECTION 1 - LA BONNE FOI COMME BASE POUR LE DEVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE

Deux fondements peuvent *a priori* être dégagés de l'analyse de la jurisprudence traditionnelle: la mauvaise foi consistant dans un comportement déloyal (§2), et la faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels, autrement dit l'abus de droit (§1). Mais il semble qu'aujourd'hui aucun de ces fondements n'est capable de sauvegarder les valeurs protégées par la discipline de la responsabilité précontractuelle.

§1 - De l'abus de droit à la bonne foi

L'idée que toutes les personnes ont le droit d'initier des pourparlers et de conclure ou non un contrat présuppose, également, la sanction de celui qui a exercé ce droit de manière abusive, portant préjudice à l'autre partie. C'est le droit de rompre les pourparlers et non le droit de non conclure le contrat qui serait dans certains cas abusif^{f235}. En outre, si l'acte de rompre les pourparlers est considéré comme abusif, c'est ce propre acte qui devait être annulé, c'est-à-dire le droit de rompre les pourparlers qui serait supprimé. Cela aboutirait à l'obligation de conclure le contrat et non aux attributions de dommages et intérêts.

Le problème soulevé par cette théorie est qu'elle se concentre uniquement dans l'acte de mettre fin aux pourparlers, sans vérifier si l'acte est en accord avec le comportement adopté par la partie pendant toute la période de négociations. Nous pensons que la responsabilité précontractuelle doit se baser, en revanche, sur le comportement des parties pour vérifier s'il y a une cohérence entre l'acte de rupture des pourparlers et la conduite de cette partie pendant les négociations, afin de protéger les attentes de l'autre partie.

À ce propos, plusieurs auteurs ont récemment préconisé l'élimination de l'abus de droit comme fondement de la responsabilité précontractuelle¹²³⁶. Cette élimination semble justifiée en observant que la rupture des pourparlers serait l'exercice d'une liberté et non d'un droit. M. Chauvel¹²³⁷ écrit qu'il « n'est pas sûr que l'appel à cette idée soit pleinement justifié en notre matière ». À l'appui de cette observation il affirme qu'il « ne s'agit pas à proprement parler, d'un abus de droit, mais bien plutôt d'un « abus de liberté » (...) puisque, dans cette période antérieure à la conclusion du contrat, les partenaires ne sont tenus à aucune obligation légale ou conventionnelle ».

Se référant à ce même auteur, M. Stoffel-Munck¹²³⁸ écrit : « D'ailleurs peut-on parler de droit ? Rompre des discussions informelles n'est pas à proprement parler, exercer une prérogative ; abandonner l'idée de contracter relève plutôt d'un usage négatif de la liberté contractuelle ». Pour lui, « la qualification d'abus s'y comprend comme une simple faute dans l'usage d'une liberté, ce qui s'éloigne de l'idée d'un franchissement des limites d'un droit subjectif ».

Selon M. Chauvel¹²³⁹ l'« idée d'abus de droit pourrait se justifier si elle permettait de dégager un critère de comportement susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur de la rupture, mais, précisément », écrit-il, « force est de constater que cette notion » ne confère aucune originalité à la faute ». Pour cet auteur la faute dans l'exercice du droit de rompre unilatéralement les pourparlers serait une faute délictuelle semblable à n'importe quelle autre.

¹²³⁵ STOFFEL-MUNCK Philippe, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 2000.

¹²³⁶ GHESTIN Jacques, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP G, 2007, I, n° 21-22, p. 155 et s.

¹²³⁷ CHAUVEL Patrick, note ss Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-2L561 et Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953 : D. 1998, jurispr., pp. 45 et s., spéc. 49.

¹²³⁸ STOFFEL-MUNCK Philippe, L'abus dans le contrat : LGDJ, 2000, colt. Bibliothèque de droit privé, n° 121, p. 111-112.

¹²³⁹ CHAUVEL Patrick, note sous Cass. com., 7 janv. 1997, n° 94-21.561 et Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-18.953, D. 1998, jurispr. pp. 45 et s., spéc. 49.

M. Denis Mazeaud¹²⁴⁰ s'est inspiré de cette analyse pour écrire que « la rupture de la négociation (...), en raison du principe de liberté contractuelle qui domine cette phase du processus contractuel, ne constitue pas une faute ». « Parce que, selon une jurisprudence constante, non seulement l'initiative et le déroulement d'une négociation contractuelle, mais encore sa rupture sont libres (...), le simple fait de rompre une négociation contractuelle ne saurait constituer une faute précontractuelle ». M. Mazeaud précise que « seuls les préjudices qui procèdent d'une faute commise par un négociateur dans la rupture des pourparlers sont réparables... mais que, en revanche les préjudices qui résultent de la seule rupture de la négociation sont irréparables, faute de faute imputable à son auteur ».

D'après M. Deshayes¹²⁴¹, par opposition à une définition de la faute « comme étant la rupture des pourparlers elle-même », « une autre acception de la faute est parfaitement concevable, qui conduit à considérer, sur le fondement de la liberté de contracter, que la décision de rompre des pourparlers ne peut jamais être constitutive d'une faute ; la faute ne pouvant naître que des circonstances dans lesquelles la rupture intervient ou que cette dernière révèle ». Cet auteur¹²⁴² oppose ainsi à la « faute de rupture » qui « consiste dans le fait même d'avoir rompu les pourparlers (...) qu'il avait l'obligation de poursuivre », la faute « dans la rupture » ou « faute de négociation », « c'est-à-dire une faute étrangère à la rupture mais commise ou révélée à l'occasion de celle-ci ». En outre, ce caractère de liberté et non de droit se manifeste par la reconnaissance jurisprudentielle de l'absence, en principe, d'un devoir de motiver la rupture des pourparlers.

M. Ghestin soutient que la nécessité de faire appel à la notion d'abus de droit est confirmée par l'insuffisance des substituts proposés¹²⁴³. Cette affirmation nous semble, cependant, « discutable ». À vrai dire, le rejet de l'abus du droit de rompre unilatéralement des pourparlers a été fait justement soit au profit d'une application directe de la responsabilité délictuelle soit au profit du devoir de bonne foi dans la formation du contrat.

¹²⁴⁰ MAZEAUD Denis, Réparation des préjudices précontractuels: toujours moins... ?, note sous Cass. civ. 3, 28 juin 2006, D. 2006, p. 2963, spéc. 2964, n° 4 et n° 5.

¹²⁴¹ Refus de l'indemnisation de la perte de chance de tirer profit du contrat en cas de rupture fautive des pourparlers, note sous Cass. civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20.040: Juris-Data n° 2006-034261 ; JCP G 2003, II, 10130 ; V. aussi JCP E 2004, p. 818 et s., spéc. 821, note STOFFEL-MUNCK Philippe, pour qui la faute ne réside pas dans l'abandon des pourparlers « mais dans le comportement déceptif tenu dans les négociations ».

¹²⁴² DESHAYES Olivier, Le dommage précontractuel, RTDCiv. 2004, p. 187 et s., spéc. 194.

¹²⁴³ GHESTIN Jacques, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP G., 2007, I, n° 21-22, p. 155 et s.

Pour constater plus clairement cette évolution de l'abus de droit vers la bonne foi, il suffit de se plonger dans le bulletin civil des dernières années. Beaucoup d'arrêts de la Cour de cassation se bornent à vérifier soit que le précontractant « avait de façon fautive rompu les pourparlers »¹²⁴⁴, soit qu'il « avait commis dans la négociation une faute de nature à engager sa responsabilité »¹²⁴⁵, ou encore, de façon moins précise, qu'il « avait engagé sa responsabilité »¹²⁴⁶ ou qu'il avait engagé « sa responsabilité délictuelle ».¹²⁴⁷ D'autres arrêts, inversement, jugent que « la rupture des pourparlers (...) n'était pas fautive »¹²⁴⁸ ou, de façon plus vague, que le demandeur n'était pas fondé « à reprocher un comportement fautif » à l'auteur de la rupture¹²⁴⁹, ou que celui-ci « n'avait pas commis de faute »¹²⁵⁰. La chambre commerciale, le 12 octobre 1993¹²⁵¹, a jugé plus précisément qu'une Cour d'appel avait « pu déduire, sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou d'une intention de nuire, que la société Hubo avait agi avec légèreté constitutive d'une faute dont elle devait réparer les conséquences ».

Un arrêt de la deuxième Chambre civile, du 4 mars 2004¹²⁵², marque expressément le lien entre l'abus d'une liberté et la responsabilité pour faute en jugeant « que rien ne démontre que les sociétés auraient commis une faute en exerçant leur liberté de mettre un terme aux pourparlers infructueux », pour en déduire « que la rupture des négociations par les sociétés n'était pas fautive ».

En outre, la jurisprudence retient comme élément constitutif de l'abus de droit, le caractère subjectif de l'abus, c'est-à-dire l'intention de causer un préjudice¹²⁵³. Il semble qu'il faut tenir compte non seulement des mobiles qui inspirent le cocontractant dans l'usage de ses droits, mais encore de l'absence de justes motifs, de la mauvaise foi, de l'erreur ou de la légèreté blâmable. Or, si plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont expressément constaté la mauvaise foi de l'auteur de la rupture pour justifier sa condamnation¹²⁵⁴, dans d'autres

¹²⁴⁴ Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-10.157, Sté AETA c/ Sté Alphatel, inédit.

¹²⁴⁵ Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-14.867: Juris-Data n° 1992-000762 ; Bull. civ. 1992, IV, n° 145.

¹²⁴⁶ Cass. com., 25 févr. 2003, n° 00-11.440, Sté Dnewoo c/ Sté Promotec

¹²⁴⁷ Cass. com., 10 oct. 2002, n° 01-03.079, Crie Bressuire, inédit.

¹²⁴⁸ Cass. com., 29 janv. 2002, n° 98-19.800, Sté Socpresse c/ Silveira, inédit., Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-14.120, Sté Gernkap Holding c/ Stés Sero. inédit.

¹²⁴⁹ Cass. com., 17 juin 2003, n° 01-10.272, Sté Carita c/ Sté La Particulière, inédit titré : Juris-Data n° 2003-019666.)

¹²⁵⁰ Cass. civ. 2, 13 avr. 1998, n° 96-18.381, Magisson cl Martin, inédit titré.

¹²⁵¹ Cass. com., 12 oct. 1993.

¹²⁵² Cass. civ. 2, 4 mars 2004, n° 02-14.022, Stés Disques temporel et Espace c/ Stés Polygram, inédit: Juris-Data n° 2004-022781.

¹²⁵³ RIOT Cédric, Les obligations de la négociation, RRJ 2006-1, p. 88

¹²⁵⁴ Cass. com., 26 oct. 1993, n° 91-16.593, Fontaine et SCI du Murier, inédit ; Cass. com., 22 avr. 1997: note CHAUVEL Patrick ; du même auteur, Dr. et patr., 1997, p. 77 ; RTDCiv. 1997, p. 651, obs. MESTRE Jacques ; Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20561, Sté Sandoz c/ Sté Poleval, inédit titré : JCP E 1999, p. 579, note SCHMIDT-

nombreux arrêts, la mauvaise foi n'est pas constatée et la Cour de cassation a même jugé expressément que sa constatation n'était pas nécessaire dès lors qu'une simple légèreté était suffisante.¹²⁵⁵ La mauvaise foi, si elle justifie la responsabilité de l'auteur de la rupture des pourparlers, n'en est donc pas une condition nécessaire.

§2 - Le rôle de la bonne foi dans le développement de la responsabilité précontractuelle

La bonne foi est une disposition fondamentale du Code civil, permettant de faire pénétrer la règle morale dans le droit positif¹²⁵⁶. Elle renvoie à un modèle de comparaison, un homme de bonne volonté et diligent. Il y a ici un des points de convergence de la morale et du droit, ou d'imprégnation de la première dans le second¹²⁵⁷. Cet aspect moral est évident si l'on envisage le contraire de la bonne foi, c'est-à-dire la mauvaise foi. Elle transparait également lorsque l'on évoque la loyauté qui est une manifestation positive de la bonne foi.

Elle peut être définie comme « la concordance entre la pensée et les actes de l'homme de bien, dans le respect conjoint et équilibré de l'intérêt d'autrui et de son intérêt propre »¹²⁵⁸. À partir de cette définition nous pouvons extraire deux aspects principaux, mis en lumière par la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle. D'une part, « la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière » ; et d'autre part, le « comportement loyal que requiert, notamment l'exécution d'une obligation »¹²⁵⁹. Le premier aspect est psychologique, c'est la *guter*

SZALEWSKI Joanna ; Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949 : Juris-Data n° 2003-021243 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 186 ; RTDCiv. 2004, p. 80, obs. MESTRE Jacques et FAGES Bertrand ; Cass. com., 25 févr. 2003, n° 01-12.660, Sté Deville c/ Sté Pierre Industrie, inédit. - Cass. civ. 3, 19 févr. 2002, n° 00-19.714, Benhamau c. Coisne, inédit ; Cass. civ. 1, 6 janv. 1998, n° 95-19.199 : Juris-Data n° 1998-000024 ; Bull. civ. 1998, I, n° 7.

¹²⁵⁵ Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-19.456, SARL Hubo c/ Petit et Coopérative agricole du syndicat d'Arras, inédit.

¹²⁵⁶ Sur l'histoire de la bonne foi, voir GAZZANIGA Jean-Louis, Introduction historique au droit des obligations, 1992, PUF, n° 71 ; DEROUSSIN David, Histoire du droit des obligations, 2007, Economica, p. 426 et s. ; PHILIPPE Denis, La bonne foi dans la formation du contrat, La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, journées louisianaises, tome XLIII, 1992, Litec, p. 72.

¹²⁵⁷ Voir RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., 1949, LGDJ, n°157 et s. ; LE TOURNEAU Philippe, Le Droit et l'éthique, in Droit et technique, Mélanges à la mémoire de X. Linant de Bellefonds, 2007, Litec, p. 291 et s.

¹²⁵⁸ ROMAIN Jean-François, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, 2000, p. 964.

¹²⁵⁹ RANIERI Filippo, Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, RIDC 1998, pp. 1055 et s., spéc. 1062 ; comp. ZOLLER Élisabeth, v° Bonne foi, Dictionnaire de la culture juridique, 2003, PUF, qui distingue trois sens, en mettant à part la fonction interprétative de la bonne foi.

Glaube allemande¹²⁶⁰, traduisant un état d'esprit d'une personne qui croit en une certaine apparence des choses, qu'il s'agisse d'un droit subjectif ou d'une règle légale¹²⁶¹ ; elle privilégie une attitude passive du sujet de droit qui ignore l'obstacle légal empêchant de donner plein effet à une situation juridique. Elle permet à celui qui a agi contrairement à la bonne foi de tenir en échec l'action qu'un titulaire de droit pourrait lui opposer. La bonne foi joue en quelque sorte un rôle exonératoire.¹²⁶²

Le second aspect est plus objectif et s'identifie à une règle de comportement qui suppose tant l'absence de mauvaise foi qu'une conduite active, synonyme de loyauté et d'honnêteté. C'est la *Treu und Glauben*. Elle privilégie une attitude active et, loin d'être purement psychologique, elle s'apprécie de façon objective. L'intention du défendeur compte moins que son comportement effectif comparé à celui qu'aurait été celui d'un bon père de famille, d'un bon précontractant. D'une certaine manière, la bonne foi suppose une exigence qualitative de la prestation du débiteur. Pour autant, la bonne foi n'est pas, même dans ce second sens, une notion purement objective. Par la force des choses, elle conserve un substrat subjectif. En ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, nous nous intéressons surtout au second aspect objectif de la bonne foi que nous préférons appeler « exigence de loyauté » afin d'éviter toute confusion avec l'aspect subjectif.¹²⁶³ Dans la mesure où il s'agit d'apprécier le comportement d'une personne, la bonne foi est assurément une question de fait. Son appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond, de la même manière que l'appréciation de la faute délictuelle ou quasi-délictuelle, ainsi que la Cour de cassation a pu en décider¹²⁶⁴.

La bonne foi est adoptée comme principe général essentiellement dans les droits d'inspiration romano-germaniques. Outre l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, selon lequel « les conventions doivent être exécutées de bonne foi », mentionnent de manière plus ou moins générale la bonne foi, le Code civil italien¹²⁶⁵, le Code civil suisse¹²⁶⁶, le *Bürgerliches*

¹²⁶⁰ CORNU Gérard, Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, 1977, Les cours du droit, n° 289: « Un état psychologique, une croyance ou, par revers, la connaissance d'un fait ».

¹²⁶¹ LYON-CAEN Gérard, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTDCiv. 1946, p. 98 ; PICOD Yves, Exécution de bonne foi des conventions, J.-Cl. civ., art. 1134 et 1135, 2007, n° 5.

¹²⁶² Répertoire Dalloz de droit civil, v. Bonne foi - janvier 2009, LE TOURNEAU Philippe et POUMARÈDE Matthieu.

¹²⁶³ JOURDAIN Patrice, Rapport français, Assoc. H. Capitant, Travaux Louisiana 1992, La bonne foi, t. XLIII, 1994, Litec, p. 122 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD Denis [coord.], Terminologie contractuelle commune, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, t. 6, 2008, p. 209.

¹²⁶⁴ Cass. civ. 1, 4 avr. 1991, Bull. civ. I, n°s 123 et 124, D. 1991, p. 307.

¹²⁶⁵ Art. 1328, 1358 et 1375: « Le contrat doit être exécuté selon la bonne foi ». Notre traduction.

¹²⁶⁶ Art. 2: « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ».

Gesetzbuch allemand¹²⁶⁷, le Code civil espagnol¹²⁶⁸, ainsi que de nombreux Codes civils d'Amérique latine¹²⁶⁹.

Certes, les références expresses à la bonne foi dans les droits de *common law* demeurent plus rares¹²⁷⁰, mais le concept n'y est pas pour autant totalement inconnu¹²⁷¹. Dans un système empreint de la règle du précédent, la casuistique y est fort présente, la *common law* répare le préjudice précontractuel par d'autres moyens tels que le *promissory estoppel*, la *reliance* et la *misrepresentation*. La *common law* adopte traditionnellement la théorie de l'*aleatory* ou *venturesome* à propos des pourparlers¹²⁷². Selon cette théorie, les pourparlers sont une activité à risque, où les conséquences doivent être supportées par les parties. Dans ce sens, la jurisprudence anglaise ne reconnaît pas un principe général de bonne foi¹²⁷³. Aux États-Unis, même si l'UCC reconnaît le principe de bonne foi, il le fait uniquement dans le cadre de l'exécution du contrat¹²⁷⁴. La résistance à la bonne foi se fonde sur l'aspect vague et peu clair de cette notion, reposant sur une exhortation morale qui ne devrait pas être incluse dans un texte conventionnel.¹²⁷⁵

Si la bonne foi est souvent associée au contrat, dans certains pays elle n'est prévue que par rapport à l'exécution des conventions, comme c'est le cas en France à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Même la Cour de cassation a dans un arrêt assez critiqué jugé que la bonne foi suppose l'existence d'un lien contractuel¹²⁷⁶. Cependant, il nous semble que la bonne foi n'est pas exclusivement une obligation contractuelle. Elle est plutôt un devoir général de conduite,

¹²⁶⁷ § 242 du BGB, précité.

¹²⁶⁸ Art. 7.1: « Les droits doivent être exercés conformément aux exigences de la bonne foi ». Notre traduction.

¹²⁶⁹ Par exemple, l'article 1198 du code civil argentin ; l'article 422 du code civil brésilien ; l'article 1796 du code civil mexicain, et l'article 1160 du code civil vénézuélien.

¹²⁷⁰ Voir BEALE Hugh, La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de la law commission anglaise, in La réforme du droit des contrats : projet et perspectives, RDC 2006, p. 135, spéc. 138: qui qualifie la bonne foi de « ... bête noire des juristes anglais » ; comp. l'art. 6 du code civil du Québec : « Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » ; V. égal. l'art. 1375 du même code.

¹²⁷¹ En ce sens, JARROSSON Charles, La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales, in L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard, 2006, Pedone, p. 185, spéc. n° 7 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD Denis [coord.], Terminologie contractuelle commune, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 6, 2008, p. 267 et s. ; comp. sur le droit américain, FARNSWORTH Allan, The concept of good faith in american law, Conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto, Roma, 1993.

¹²⁷² KOTTENHAGEN R.J.P., Freedom of contract to forcing parties into agreement : the consequences of breaking off negotiations in different legal systems, *Ius Gentium* 2006, n° 69-70.

¹²⁷³ William Lacey (Hounslow) Ltd. c. Davis [1957] 1 WLR 932, spéc. 934 par Barry.

¹²⁷⁴ FARNSWORTH Allan, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. L. Rev. 1987, pp. 217 et s., spéc. 221.

¹²⁷⁵ BONELL Michael Joachim, in BIANCA Cesare Massimo et BONELL Michael Joachim, Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milan, 1987, p. 74.

pouvant également relever de l'article 1382 du Code civil, peu importe qu'il existe ou non un contrat. La bonne foi, en l'absence même d'un lien contractuel préexistant prend le « statut d'un devoir social de comportement dont la transgression relève en principe d'un ordre délictuel »¹²⁷⁷. On a révélé que certains pays ont même codifié cette extension de la bonne foi à la formation du contrat.

La bonne foi dans la discipline de la période précontractuelle se manifeste surtout à travers le devoir de loyauté qui doit diriger les pourparlers¹²⁷⁸. L'intérêt croissant porté au respect de l'obligation de loyauté dans la pratique des transactions commerciales, à l'échelle internationale, impose aux opérateurs du commerce international un devoir de probité, un engagement de droiture, et d'honnêteté, obligation qui s'impose aux parties à la transaction, et à tous les stades du contrat. En effet, une partie ne doit pas tromper l'autre, elle doit adopter une attitude cohérente¹²⁷⁹. Par un arrêt en date du 7 avril 1998, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est référée au seul principe de loyauté pour caractériser une faute de celui qui a mis fin de façon brutale à des pourparlers¹²⁸⁰. Dans un autre arrêt, du 18 octobre 1993, la Cour de cassation avait confirmé que « sans avoir à caractériser l'existence de la mauvaise foi ou l'intention de nuire », la société responsable de la rupture avait agi avec légèreté constitutive d'une faute. Le manquement au principe de la loyauté était déjà en filigrane dans cet arrêt. Selon ce principe, rompre les pourparlers n'est donc pas en soi constitutif d'une faute, à condition que cette rupture ait été effectuée loyalement.

La loyauté fait référence, pour apprécier la faute, au standard de comportement du *bonus vir*, normalement prudent, diligent et de bonne foi, outre les autres conditions qui découlent du droit commun de la responsabilité¹²⁸¹. Le test général devra être mis en application en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce, et l'on se demandera à chaque fois ce qu'eut été le comportement d'un *bonus vir* de bonne foi - ou d'un bon professionnel de bonne

¹²⁷⁶ Cass. civ 3, 14 sept. 2005, n° 04-10.856, D. 2006, p. 761, note MAZEAUD Denis.

¹²⁷⁷ STOFFEL-MUNCK Philippe, L'abus dans le contrat, LGDJ, 2000, n° 114.

¹²⁷⁸ JAVELOT Sylvie, La loyauté dans le commerce international, *Économica*, 1998 ; AYNES Laurent, L'obligation de loyauté, *Archives de philosophie du droit*, 2000, N° 44 ; PICOD Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse Dijon, 1987, LGDJ, 198 ; MAZEAUD Denis, Petite leçon de solidarité contractuelle..., D. 2001 p. 3236.

¹²⁷⁹ DARMAISIN Stéphane, Le contrat moral (contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles), thèse, Paris II, éd. 2000, n°233, p. 157 ; DESGORCES Richard, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, thèse, Paris II, 1992 ; LE NABASQUE Hervé, RTDCom. 1999. 273 (devoir de loyauté en droit des sociétés) ; MAZEAUD Denis, in *Mélanges Terré*, Dalloz/PUF/Litec, 1999, p. 603.

¹²⁸⁰ Cass. com. 7 avril 1998, JCP Affaires, 1999, p. 579 ; D. 1999. 514, note CHAUVEL Patrick.

¹²⁸¹ ROMAIN Jean-François, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, 2000, p. 847

foi, suivant les cas - « replacé » dans ces circonstances. Il en découle qu'il faudra prendre en considération d'abord nombre d'éléments objectifs, permettant d'ajuster l'appréciation concrète de la situation litigieuse, tels que la qualité et les caractéristiques des parties, la nature de la relation précontractuelle visée, et de déterminer ensuite la manière dont les parties auront pris en compte leur intérêt réciproque, comme l'aurait fait un bon sujet de droit¹²⁸². En effet, la bonne foi impose aux parties l'obligation de tout mettre en œuvre pour parvenir à la conclusion de l'accord projeté. Elles sont tenues à un « devoir de persévérance »¹²⁸³. La jurisprudence française présente la bonne foi comme la source directe des devoirs des précontractants et se voit attribuer une fonction de moralisation de la phase précontractuelle. En droit français, la notion de bonne foi a une consonance morale qui est unanimement reconnue. Selon M. Jarrosson la bonne foi est « l'outre que le droit utilise pour puiser dans la morale »¹²⁸⁴. Ripert considèrerait que la bonne foi sert aux tribunaux et aux législateurs à faire pénétrer la règle morale dans le droit positif¹²⁸⁵. La doctrine contemporaine insiste sur cette consonance morale de la bonne foi,¹²⁸⁶ sans que l'on sache très bien la méthode suivie par le juge pour la concrétiser. C'est vraisemblablement l'inexistence en droit français d'une analyse rigoureuse de la relation précontractuelle proprement dite qui explique que la bonne foi soit ainsi perçue par la doctrine.

La bonne foi pourrait, en effet, constituer un principe directeur de régulation du processus précontractuel parfaitement acceptable et utile si elle était accompagnée d'une analyse de la relation précontractuelle. La conséquence d'une telle analyse est que la bonne foi ne servirait qu'à préciser le contenu de devoirs qui ont leur source dans la relation précontractuelle. La bonne foi serait ainsi concrétisée par le juge en fonction des circonstances particulières de la relation qui s'est établie. Nous verrons qu'elle est moins un instrument de moralisation qu'un moyen de veiller à ce que la confiance qu'un des précontractants a pu accorder à l'autre ne soit pas déçue. Ainsi, sous couvert de bonne foi, la régulation du processus précontractuel repose en définitive sur le respect de la confiance légitime des précontractants.

¹²⁸² ROMAIN Jean-François, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000, p. 848

¹²⁸³ PICOD Yves, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, 57, n° 6.

¹²⁸⁴ JARROSSON Charles, *La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales*, in *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard*, 2006, Pedone, p. 185, spéc. n° 16

¹²⁸⁵ *Ibid.* n° 157

¹²⁸⁶ Voir par exemple, JOURDAIN Patrice, *La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français* in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Litec, 1992, p 121 qui affirme que « la bonne foi est aussi une notion purement morale ».

SECTION 2 - LE DECLIN DE LA BONNE FOI COMME CRITERE D'APPRECIATION DU COMPORTEMENT DES PRECONTRACTANTS

Les pourparlers se caractérisent comme une période de liberté et, par conséquent, d'aléa et de risque pour les parties. La bonne foi, créée en principe pour discipliner les rapports contractuels, n'est pas en mesure de fournir la protection attendue par les précontractants. Fondée sur l'appréciation d'un modèle de comportement moyen du *bonus vir*, la bonne foi proprement dite ou bonne foi loyauté, exige l'observation de deux éléments, un objectif – le degré d'avancement – et l'autre, subjectif – le comportement des parties –. La bonne foi isolée rend difficile l'appréciation de ces éléments, puisque, même objectivement considérée, elle est encore marquée par l'analyse du comportement et de l'intention du défendeur. Or, on ne peut pas faire dépendre la réparation du demandeur de la seule appréciation de la bonne foi du comportement du défendeur (§1). Il est nécessaire d'objectiver cette responsabilité par la prise en compte de la confiance légitime créée dans la personne du demandeur (§2).

§1 - Insuffisances d'une régulation fondée sur la bonne foi loyauté

La bonne foi est l'exemple-type d'une notion-cadre au contenu flou et donc à la grande souplesse, dont l'interprétation peut facilement varier avec le temps et les circonstances¹²⁸⁷. Selon M. Ghestin, la notion de bonne foi est « entachée d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme »¹²⁸⁸. L'application qui en est faite aujourd'hui par différentes juridictions, apparaît avec des tonalités différentes selon l'ordre juridique saisi. Les pays qui acceptent son application, sans restrictions, divergent en la façon de l'utiliser.

Par exemple, en droit français, la bonne foi se présente comme une source directe de devoirs précontractuels et elle collabore avec la moralisation de la phase de négociations¹²⁸⁹. En revanche, en droit allemand, la reconnaissance d'un lien précontractuel entre les parties en négociation fait peser sur elles des obligations précises¹²⁹⁰. L'approche allemande fait que la

¹²⁸⁷ Sur les avantages et les inconvénients de la souplesse de la notion, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD Denis [coord.], Terminologie contractuelle commune, pp. 219 et s.

¹²⁸⁸ GHESTIN Jacques, Les effets du contrat, l'effet obligatoire du contrat, LGDJ, pp. 315 et s.

¹²⁸⁹ JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français in Travaux de l'association Henri Capitant, Litec, 1992 ; KAHN Philippe, Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, JDI, 1989, p. 319 ; RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, 1949, LGDJ, 4^e éd., Réimpression 2000, n° 157.

¹²⁹⁰ LAMAZEROLLES Eddy, Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, LGDJ, Paris, 2003, p. 138.

considération de la bonne foi devient plus objective, s'écartant de la subjectivité et d'un concept aux limites incertaines. Le caractère vague de la bonne foi génère une difficulté d'établissement d'un fondement commun pour la responsabilité précontractuelle.

Visant à objectiver la notion de bonne foi, la doctrine a eu recours à des notions adjacentes, telles que la loyauté¹²⁹¹, l'honnêteté¹²⁹², la sincérité¹²⁹³ et l'équité¹²⁹⁴, pour essayer d'expliquer le rôle de la bonne foi dans la période précontractuelle. Malgré ces efforts, ces notions se sont montrées inefficaces dans le but de rendre plus objective l'appréciation des comportements au cours des pourparlers. Selon M. Jourdain « il reste que la bonne foi demeure une notion floue, qui ne s'exprime efficacement qu'en se coulant dans le moule d'autres concepts au contenu plus précis »¹²⁹⁵. Il était donc encore nécessaire de trouver un autre standard objectif qui caractérise une faute dans la période précontractuelle. Il nous semble que la confiance est le principal trait caractéristique de la responsabilité précontractuelle et le seul élément capable de rendre plus objective l'appréciation de la faute précontractuelle.

§2 - L'objectivation de la responsabilité précontractuelle par la confiance légitime¹²⁹⁶

L'élaboration dogmatique de la confiance s'est développée notamment en Allemagne, et a trouvé son sommet sous les travaux de Canaris¹²⁹⁷, où elle a marqué un tournant par rapport à l'antérieure théorie de l'apparence. Les travaux de Canaris gardent toute leur importance, étant donnée la résistance des auteurs qui l'ont suivi en développer la théorie de la confiance. Selon Canaris, l'entrée en pourparlers mène à un rapport plus étroit entre les parties. Pour certains, il s'agirait d'un rapport de confiance¹²⁹⁸. Le droit du commerce international, comme

¹²⁹¹ BENABENT Alain, La bonne foi dans l'exécution du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome XLIII, Litec, 1992.

¹²⁹² ZOLLER Élisabeth, La bonne foi, rapport français de droit international public, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992.

¹²⁹³ GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, Paris, 1993, n° 255.

¹²⁹⁴ CALMES Sylvia, Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Paris, 2001, Dalloz, p. 225

¹²⁹⁵ JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome XLIII, Litec, 1992, p. 132.

¹²⁹⁶ Sur l'apport de la confiance à la doctrine de la bonne foi v. BURROWS Andrew, Contract, tort and restitution - A satisfactory division or not?, LQR 1983, pp. 217 et s. ; DETTE Hans Walter, Venire contra factum proprium nulli conceditur/Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchwortes, Berlin, 1985 ; MACHADO João Batista, Tutela da confiança e venire contra factum proprium, in Obra Dispersa, I, Braga, 1991, p. 345 et s. ; METZGER Michael et PHILIPS Michael, Promissory estoppel and third parties, Sw.L.J. 1989, n° 42, p. 931.

¹²⁹⁷ CANARIS Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Munchen 1971.

¹²⁹⁸ BALLERSTEDT Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151(1950-1951) 507ss.

l'a appréhendé avant lui le droit anglais des contrats¹²⁹⁹, prend également en considération un état psychique lorsque celui-ci s'avère rationnel, c'est-à-dire non motivé par des prévisions et des craintes illogiques, irraisonnées et excessives¹³⁰⁰. Il s'agit pour une partie de prévoir un événement ou un comportement, avec la certitude que cet événement se produira ou que ce comportement se manifesterà, à tort ou à raison.

Il convient d'observer que les attentes des parties ne peuvent jamais déroger les règles de conflits. Dans le cas contraire, on pourrait envisager une situation absurde où les règles de conflit n'auraient pas d'efficacité que si les parties avaient prévu d'avance leur application.¹³⁰¹

La doctrine reconnaît cette fonction primordiale de la responsabilité précontractuelle en tant que moyen de protéger la confiance légitime des précontractants. Selon le Professeur Almeida Costa¹³⁰², la responsabilité précontractuelle vise à protéger la confiance créée par l'une des parties dans la correction du comportement de l'autre, c'est-à-dire protéger les attentes créées tout au long des pourparlers. Aussi Mme A. Prata affirme que « la raison d'être de la responsabilité précontractuelle est la protection de la confiance d'une partie dans la correction, l'honnêteté et la loyauté du comportement de l'autre partie engagée dans les pourparlers, à chaque fois qu'une telle confiance se réfère à une conduite juridiquement importante »¹³⁰³.

Larenz expliquait que le principe de la confiance a deux composants : un déontologique et autre orienté par les exigences de sécurité du trafic juridique. Il considère que la protection de la confiance « est l'élément fondamental pour maintenir la paix sociale et la paix juridique, et la condition pour la coopération entre les membres de la société »¹³⁰⁴, en tant que moyen d'objectiver l'appréciation des comportements pendant la période précontractuelle.

En effet, la confiance légitime, en tant que principe plus objectif et caractéristique de la période des pourparlers, va donc éliminer les divergences dues au caractère flou de la bonne foi. Mme Jobard Bachellier affirme dans ce sens que « le principe de la confiance est une

¹²⁹⁹ Cf. DAVID René et PUGSLEY David, Les contrats en droit anglais, 2^e éd., LGDJ, 1985, n° 324, citant FRIDMAN G.H.L., The Law of Agency, p. 114: « lorsqu'un individu est placé dans une position où il est normal que l'on possède certains pouvoirs, il est raisonnable pour le tiers d'agir comme s'il les possédait réellement ».

¹³⁰⁰ SOURIOUX Jean-Louis, Le croyance légitime, JCP 1982, I, 3058.

¹³⁰¹ BUCHER Andreas, L'attente légitime des parties, in FS Heini, p. 95, et in DIP Suisse, vol. I-2, p. 87.

¹³⁰² ALMEIDA COSTA Mario Julio, A responsabilidade précontratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, RLJ, 1983-1984, n° 3708, p. 89.

¹³⁰³ PRATA Ana, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, Lisboa, 1991, p. 110.

¹³⁰⁴ LARENZ Karl, Derecho justo - Fundamentos de ética jurídica, Traduction de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, p. 95.

notion plus objective (...) par ailleurs, il vise d'abord à régler les relations entre celui qui a fait naître une confiance chez autrui et celui qui a agi sous l'empire de cette confiance plutôt qu'à traiter des effets des erreurs commises à l'égard des titulaires véritables »¹³⁰⁵.

La confiance peut aussi servir de fondement pour une responsabilité de celui qui a émis une lettre de confort ou d'intention dans les hypothèses où il n'y a pas eu de violation des exigences de bonne foi, mais seulement un comportement contraire aux attentes d'un comportement futur. Le *venire contra factum proprium* peut bien servir de base pour une telle responsabilité. Comme il n'existe pas d'exigence de réalisation des attentes créées, la responsabilité ne résulte pas d'un acte illicite, et elle ne peut que couvrir les intérêts négatifs dans la réparation d'un tel préjudice. La prise en compte de la confiance légitime conduit à sanctionner tout comportement susceptible d'influencer le consentement de la victime ou de faire naître la confiance en la possible conclusion du contrat, même si le comportement qui a causé le préjudice était de bonne foi. La responsabilité précontractuelle impose aussi la protection de celui qui a fait confiance à son détriment, en se déterminant par rapport à des informations inexacts. Dans la mesure où les pourparlers appellent la confiance légitime, l'inexactitude des informations délivrées permet d'engager la responsabilité précontractuelle.

M. Fortier propose de considérer la confiance légitime comme un sous-standard de la bonne foi¹³⁰⁶ dans sa fonction de guider les interprètes dans la mise en œuvre du standard, en l'occurrence la bonne foi. Mais il nous semble que la confiance, même si elle a son origine dans la notion de bonne foi, dans son sens le plus large, a trouvé aujourd'hui son autonomie. La confiance légitime est un principe à part entière et exerce une influence réciproque avec la bonne foi. La confiance dispose aujourd'hui d'une doctrine propre et nous verrons qu'elle constitue même le fondement d'un genre autonome de responsabilité dans certains pays, comme l'Allemagne et la Suisse.

Ces deux principes divergent sur le degré de protection de la confiance légitime. En fait, si la mise en œuvre des exigences de la bonne foi peut prendre en compte la confiance comme un élément pour analyser les comportements des parties, elle est prise en compte en tant que simple conséquence des manquements aux règles de comportement exigées par la bonne foi, et non comme l'objet principal à protéger, comme dans le cas du principe de la confiance légitime. La bonne foi ne se basera jamais sur la violation de cette confiance, mais

¹³⁰⁵ ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF - Lamy, 2003, v. Apparence.

¹³⁰⁶ FORTIER Vicente, La fonction normative des notions floues, RRJ, 1991, p. 768.

dans la violation de certains devoirs interprétés à la lumière de la confiance. C'est à partir de ces exigences de la bonne foi que sera révélée la confiance.

Aussi l'exclusion de la protection accordée par l'ordre juridique est différente dans la mise en œuvre des deux principes. Il ne semble pas que les parties puissent renoncer aux règles de bonne foi, mais il peut être facilement admis que la protection de la confiance puisse être, dans certaines hypothèses, exclue par les parties qui accepteraient de courir certains risques de ne pas voir leurs attentes réalisées. Cette exclusion devant être limitée par la disponibilité de droits et les exigences légales. Cependant, rien n'empêche qu'une partie puisse mettre en garde l'autre sur le risque inhérent à l'opération et pour éviter une lecture de son comportement qui ne correspond pas à la réalité, évitant que l'autre partie nourrisse une confiance. Dans ce dernier cas, aucune responsabilité par confiance ne pourrait être engagée, mais les exigences de bonne foi, telles que la loyauté, correction et honnêteté seront toujours exigibles.

La consécration du concept de confiance légitime pourra se faire en France par le principe de cohérence et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, qui sont corollaires du principe de la confiance légitime. Le principe de cohérence doit être détaché du caractère subjectif et moralisateur de la bonne foi. M Houtcieff précise que « c'est la contradiction objective du comportement qui est seule stigmatisée »¹³⁰⁷. La cohérence comme manifestation de la confiance légitime précontractuelle aurait un avantage incontestable puisque le précontractant n'aurait pas à démontrer que l'autre partie était animée par un esprit déloyal.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 6 juillet 2005¹³⁰⁸, révèle que le concept de confiance légitime est promis à un bel avenir en droit français. En effet, c'est en se fondant explicitement et expressément sur la « règle de *l'estoppel* » que la première Chambre civile a rejeté le pourvoi formé par une partie qui avait exercé un recours en annulation contre une sentence arbitrale, alors qu'elle avait elle-même formé la demande d'arbitrage et participé, sans aucune réserve, à la procédure pendant plus de neuf ans. Avec un tel arrêt, la Cour de cassation semble bien accorder officiellement droit de cité au concept de confiance légitime.

L'évolution de la responsabilité civile a fait que son centre soit déplacé du débiteur vers le créancier, elle a désormais pour objet de répondre aussi aux attentes du créancier et non plus seulement à sanctionner la liberté du débiteur. Selon Mme Lambert-Faivre, elle est passée

¹³⁰⁷ HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001, spéc. n° 9.

« d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation ». ¹³⁰⁹ L'approche moderne puise ses racines dans une vision alternative de société où l'individu cède devant l'intérêt collectif. Elle prit naissance dans la doctrine d'Emmanuel Lévy qui se réclamait des idées socialistes selon lesquelles la liberté cède totalement la place à la confiance ¹³¹⁰.

Au surplus, la définition de l'obligation renvoie de manière égale aux deux parties en présence : elle est lien de droit et non pas impératif de comportement ou droit subjectif. À la différence de la dette ou de la créance, l'obligation est un concept neutre qui est hostile à toute qualification préférentielle. Le lien d'obligation met en scène deux personnages et interdit au juriste de se polariser sur l'un d'entre eux au détriment de l'autre. Dans le cadre de la nouvelle approche libérale, le créancier doit être intégré pleinement dans l'identification de la liberté, en reconnaissance du lieu de dépendance fondamentale qui existe entre le créancier et le débiteur. Jusqu'alors les systèmes proposés organisèrent une frontière étanche entre le fait du débiteur et la situation du créancier. Maintenant, le système proposé défend l'idée d'une reconnaissance conceptuelle du lien qui unit les deux parties au rapport d'obligation. L'obligation naît de l'impact auprès du créancier de l'exercice de la liberté par le débiteur.

L'application du principe de la confiance légitime aura ainsi l'avantage de focaliser le débat sur la personne de la victime. Ce qui va intéresser le juge est la question de savoir si le comportement du défendeur a pu susciter une confiance légitime dans la conclusion du contrat chez le demandeur. Il ne s'agit pas de vérifier si le contractant avait subjectivement confiance dans la conclusion du contrat mais de savoir s'il avait de fortes raisons objectives pour croire dans la conclusion du contrat envisagé. À l'inverse, le principe de la bonne foi se focalisait sur le responsable du dommage pour savoir s'il a agi contrairement à la bonne foi. La victime n'était prise en compte que pour établir l'existence d'un préjudice comme condition de la réparation. Le rapport de confiance pour pouvoir illuminer les normes de comportement liées à la bonne foi doit démontrer concrètement et effectivement une confiance qui surpasse l'attente d'observation des règles normalement imposées par l'ordre juridique aux rapports précontractuels ¹³¹¹. Il faut vérifier dans le cas concret si une partie a vraiment sollicité la confiance de l'autre et si cette dernière a accepté que l'autre lui concède sa confiance. Dans

¹³⁰⁸ ORTSCHIEDT Jérôme, Observation, JCP 2005, I, 179.

¹³⁰⁹ LAMBERT-FAIVRE Yvonne, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, RTDCiv. 1987, p. 1 et s.

¹³¹⁰ LEVY Emmanuel, La confiance légitime, RTDC 1910, p. 717.

tous ces cas, il vaut mieux dénommer cela comme un rapport particulier ou spécial, pour ne pas confondre avec le rapport privilégié qui constitue le rapport de confiance et qu'engage la responsabilité par confiance. Il n'intéresse pas si en termes psychologiques individuels la victime a cru dans une situation donnée, mais si la position dans laquelle elle se trouvait justifie qu'elle ait pu croire, puisqu'il est difficile de prouver l'état d'esprit concret et réel d'une personne.

Il n'existe pas un devoir général de suivre les attentes de l'autre partie. Il faut une analyse concrète de la situation au cas par cas. Le fait de gérer des attentes n'est pas en soit illicite, d'où la responsabilité par confiance se limite à l'indemnisation des pertes et non de à l'exécution d'une obligation, c'est-à-dire qu'elle se limite uniquement à l'intérêt négatif.

La différence entre responsabilité positive et négative par violation de la confiance n'est pas tout à fait analogue à la distinction faite traditionnellement en responsabilité civile entre intérêt positif et négatif¹³¹². Dans l'intérêt positif traditionnel, l'indemnisation vise à remettre la partie dans la même situation où elle se trouverait si le contrat avait été conclu, et l'intérêt négatif vise à réparer le préjudice qui n'aurait pas été subi si la partie n'avait pas engagé des pourparlers. Dans la protection positive de la confiance, il s'agit de placer la partie dans la situation correspondant à la confiance que l'autre partie a suscitée. Dans la protection négative de la confiance on vise à indemniser les préjudices subis par la victime en raison d'un comportement qu'elle n'aurait pas adopté si elle n'avait pas fait confiance à l'autre partie. Dans cette dernière hypothèse, le préjudice et la réparation suggèrent un fondement similaire à l'intérêt négatif.

La responsabilité par confiance doit être comprise comme une responsabilité objective par la frustration de l'attente de l'autre partie, indépendante des obligations de comportement. La confiance ne constitue pas une lacune légale, elle se vaut de clauses générales et notions indéterminées comme abus de droit et bonne foi, ce qu'importe de faire rentrer dans le champ d'application de notions légales existantes. La généralité et indétermination de son contenu essentiel ne constituent pas une difficulté insurmontable, puisque d'autres principes

¹³¹¹ LARENZ Karl, Lehrbuch des Schuldrechts I, 106, affirme que dans les pourparlers se protège l'attente d'un comportement correct, mais que dans certaines hypothèses où une partie dépose sur l'autre une confiance qualifiée, il existe des devoirs supplémentaires de loyauté et diligence.

¹³¹² CARNEIRO DA FRADA Manuel Antonio de Castro Portugal, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Almedina, 2007, p. 662 et s.

qu'informent le droit positif actuel, comme l'autonomie privée et la justice contractuelle, ne sont ni plus spécifiques ni plus opérationnels que celui de la confiance.

Nous verrons que tous les systèmes juridiques nationaux protègent la confiance légitime. Cette protection pourra être objectivée à la lumière des exigences d'ordre pratique comme la stabilité, la continuité, la fiabilité et la cohérence du comportement. Ces éléments font que la protection de la confiance dans les pays de tradition civiliste, notamment par le principe du *venire contra factum proprium*, puisse couvrir des hypothèses qui ne sont pas couvertes par l'*estoppel*, puisque celui-ci se base uniquement sur la promesse émise par les parties. Dans les hypothèses de *promissory estoppel*, la conscience et la volonté du défendeur sont beaucoup plus importantes pour la création de la confiance, il faut au moins qu'il ait pu raisonnablement prévoir la confiance de l'autre partie.

CHAPITRE 2 - LA CONFIANCE COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE HARMONISEE

Par une comparaison fonctionnelle, on peut constater que la responsabilité précontractuelle sanctionne, dans tous les systèmes juridiques, une action ou omission qui consiste dans la violation de la confiance légitime créée au cours des pourparlers (Section 1). Plus spécialement, en raison des caractéristiques du devoir de renseignement, la protection de la confiance légitime sera complétée par le principe de la coopération au sujet de ce devoir (Section 2).

SECTION 1 - LA CONFIANCE LEGITIME COMME TRAIT D'UNION ENTRE LES DIFFERENTS SYSTEMES JURIDIQUES

Qu'il s'agisse des familles de *common law* (§1) ou de droit civil (§2), tous les systèmes juridiques se basent sur la protection de la confiance légitime pour discipliner la responsabilité précontractuelle¹³¹³. Si les instruments utilisés à cette fin sont souvent différents, ils restent fonctionnellement semblables. Il convient donc d'analyser ces différents instruments pour établir la possibilité d'un régime harmonisé de protection de la confiance légitime.

¹³¹³ WOEHRLING Jean-Marie Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux, United Kingdom comparative law series, in Comparative law facing the 21st century, vol. 20, p. 815.

§1 - La confiance comme l'essence de l'*estoppel* en *common law*

La confiance légitime englobe deux éléments fondamentaux : un sentiment subjectif et une réalité objective. Le premier est le facteur psychologique qui a conduit à la réalisation d'une certaine action, il est exprimé par le terme de *reliance*. Il peut être défini comme la confiance dans la réalité des faits. Le second porte sur l'étude de ses motivations. Le sujet doit avoir modifié sa position en raison d'une véritable incitation à agir : l'*inducement*. Il est nécessaire qu'il soit mu exclusivement par la confiance dans l'existence d'une volonté contractuelle opposée et non pas par la recherche de la défense de ses intérêts, il doit exister un lien nécessaire entre la confiance et la modification de son comportement.

L'appréciation du caractère légitime de la confiance passe par l'analyse de la *materiality* de la représentation. La théorie repose toute entière sur l'idée fondamentale selon laquelle l'*estoppel* ne vient pas protéger la confiance dans sa dimension éminemment subjective, car celle-ci ne relève pas de l'ordre du droit. L'*estoppel* ne protège la confiance que lorsqu'elle est légitime, c'est-à-dire lorsqu'elle sort de la sphère purement individuelle pour accéder à celle des rapports intersubjectifs.

Quelle que soit l'espèce d'*estoppel* en cause, pour qu'il soit applicable il faut la confiance d'une partie dans le comportement ou la déclaration de l'autre (B). Si le mécanisme de l'*estoppel* varie dans les différents pays de la *common law* (A), il garde toujours l'objectif de protéger la confiance légitime et la cohérence de comportement des parties (C).

A - Les valeurs protégées par le mécanisme de l'estoppel

La systématisation de la doctrine de l'*estoppel* est attribuée à Lord Denning¹³¹⁴ qui apporte la découverte d'un arrêt oublié, rendu juste après la fusion des juridictions de *Common Law* et d'*Equity*, dans l'affaire *Hughes c. Metropolitan Railway C*¹³¹⁵. Dans cette affaire, un bailleur avait donné six mois à son locataire pour réaliser certains travaux. Le locataire avait répondu par une proposition de rachat par le propriétaire de ses droits de locataire, plutôt que de devoir effectuer les travaux concernés. Des pourparlers ont eu lieu entre les parties, mais n'ont abouti à aucun résultat. Le bailleur prétendait alors mettre fin au bail au motif que le locataire n'avait pas réalisé les travaux demandés dans les délais requis. L'affaire fut portée

¹³¹⁴ DENNING, *The discipline of law*, Londres, Butterworths, London, Butterworths, 1979, pp. 203-206.

devant la Chambre des Lords qui jugea que les pourparlers avaient suspendu le délai pour réaliser les réparations et que la résiliation du bailleur n'était pas valide. Lord Cairns évoquait dans son jugement que le principe de l'équité interdit d'invoquer un droit lorsque son titulaire a laissé croire au contractant qu'il ne l'invoquerait pas. C'est donc l'*Equity* et non la *Common Law* qui est à la source de « l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui »¹³¹⁶.

L'estoppel est un nom familier pour les juristes civilistes. Ce mot, qui vient du vieux français, « étoupe » dans le sens de boucher, aurait traversé la Manche en 1066, avec Guillaume le Conquérant. Mais, surtout, du côté de l'histoire, le droit comparé confirme que, tout comme le *trust*¹³¹⁷, *l'estoppel* a une origine romaine¹³¹⁸. En effet, certains droits romano-germaniques en témoignent, comme le droit allemand¹³¹⁹ et le droit espagnol¹³²⁰, qui connaissent la règle *venire contra factum proprium nulli conceditur* – nul n'est admis à venir contre son propre fait – déduite du Digeste¹³²¹. Cet institut peut encore être rapproché du principe de *pacta sunt servanda* en relation avec l'esprit de l'obligation et non avec une règle spécifique. Ainsi, la contrariété de conduite porte atteinte aussi à la loyauté dans les relations juridiques.

À côté du *venire contra factum proprium*, le droit romain prévoyait les figures de la *supressio* et la *surrectio*. Ces instituts constituent les deux faces d'un même principe. La *supressio* configure l'inertie continue d'une partie qui s'abstient d'exercer son droit, et qui perd la possibilité d'invoquer ultérieurement ce droit. Il s'explique par la création d'une confiance légitime face à une situation établie et tenue par acquise. La *surrectio* s'établit par l'exercice continu d'un droit, même au détriment de ce qui a été conventionné par les parties. Une fois ce comportement établi entre les parties, il génère une nouvelle source d'obligations et doit perdurer dans l'avenir, les parties ne pouvant pas altérer leur comportement.

La *supressio* a été rapprochée du *venire contra factum proprium* puisqu'elle crée une confiance légitime qu'un droit ne sera pas exercé, le contraire configure un comportement

¹³¹⁵ [1877] 2 AC 439.

¹³¹⁶ Voir GAILLARD Emmanuel, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international, Rev. arb., 1985, p. 421 s.

¹³¹⁷ La parenté entre le trust et la fiducia cum amico est manifeste et l'on peut penser que la résurrection de cette dernière par les ordres mendiants du Moyen-âge a permis son développement en Angleterre. - Voir VILLEY Michel, La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, Arch. phil. droit 1964, p. 97 s.

¹³¹⁸ AGOSTINI Éric, Estoppel : rendons à César, D. 2006 p. 1424.

¹³¹⁹ Voir WITZ Claude, Droit privé allemand, Paris, Litec, 1992, n° 664-666 ; RANIERI Filippo, Verwirkung et renonciation tacite, Mélanges Bastian, t. 1, Litec, 1974, p. 427 s. La jurisprudence allemande se fonde sur le § 242 BGB. Voir PEDAMON Michel, Le contrat en droit allemand, 2e éd., LGDJ, 2004, n° 167-170, p. 131-135.

¹³²⁰ DIEZ-PICAZO Luis, La doctrina de los propios actos, Barcelone, Editorial Bosch, 1963.

contradictoire et incohérent. Mais la *supressio* ne vise que les omissions, tandis que le *venire contra factum proprium* vise les actions. En outre, ce dernier ne prend pas en compte l'élément temporel, si important pour la *supressio*.

Par rapport à la *surrectio*, il n'est pas nécessaire de vérifier l'élément temporel puisque l'exercice répété d'un droit gère une confiance légitime dans l'excellence de ce droit et le besoin de l'exercer de bonne foi. La *surrectio* aura une application limitée dans la responsabilité précontractuelle, puisque sauf quelques situations exceptionnelles il n'y aura pas le temps de réitérer l'exercice de comportements admis par l'autre partie. On peut, cependant, envisager certaines hypothèses où une partie prend l'initiative, en l'absence de toute prévision et sans l'accord de l'autre partie, de payer toutes les dépenses nécessaires aux pourparlers, par exemple, les frais de transport, d'hébergement et de restauration au cours des pourparlers, sans jamais en demander le remboursement à l'autre partie. Cette situation pourra créer la confiance légitime dans l'autre partie. L'une des parties sera en droit de penser que son précontractant continuera à payer les frais de négociation. Ce dernier ne pourra pas rompre les pourparlers en argumentant qu'il ne souhaite plus se charger des frais.

On peut définir l'*estoppel*, de manière générale, comme l'impossibilité pour une partie de se prévaloir d'allégations contradictoires lorsqu'une telle prétention fait grief à l'autre partie¹³²². Ainsi, lorsque par ses déclarations ou son comportement, clairs et non équivoques, une personne conduit une autre à agir à son détriment en raison de la confiance légitime qui en est résultée pour elle, la première ne peut se contredire en adoptant un comportement préjudiciable à la seconde, incompatible avec ses déclarations ou son comportement initial. Or, si à l'origine l'*estoppel by representation* ne permettait que de faire obstacle à ce qu'une personne contredise ses déclarations relatives à un fait matériel, le domaine de l'*estoppel* s'est ensuite élargi et, désormais, les déclarations relatives à une simple intention peuvent également être sanctionnées en application du *promissory estoppel*¹³²³.

Ainsi, par rapport à notre sujet, deux formes particulières d'*estoppel* peuvent être évoquées, l'*estoppel by representation* et le *promissory estoppel*.

¹³²¹ Digeste 1.7.25: interdit au père de contester le testament de la mère gratifiant leur fille « adversus factum suum »

¹³²² Sur cette doctrine, v. dernièrement FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'*estoppel*, SLC, 2007.

¹³²³ V. Lord Denning dans l'affaire Central London Property Ltd c. High Trees House Ltd ([1947] KB 130 ; aussi CHESHIRE Geoffrey et FIFFOT Cecil, Central London Property Trust Ltd c. High Trees House Ltd, 68 L.Q.R. 283 (1947).

L'estoppel by representation suppose qu'une partie porte à la connaissance de l'autre sa position sur un fait existant, et que sur la foi de cette indication l'autre partie agisse à son propre détriment. La première partie ne sera alors pas admise à revenir sur la position qu'elle a initialement exprimée. *L'estoppel by representation* est un outil probatoire au service d'une défense. Ainsi, on peut dire que *l'estoppel by representation* donne « force de vérité incontestable » à la déclaration¹³²⁴. Par ailleurs, on peut observer que *l'estoppel by representation* ne porte que sur des faits qu'une partie porte à la connaissance de l'autre. Ce mécanisme ne s'applique nullement aux déclarations se rapportant à l'intention d'une partie ou à son appréciation d'une question de droit.

Pour combler cette lacune, les juges anglais ont élaboré un autre mécanisme ayant vocation à s'appliquer aux déclarations portant sur une intention ou l'appréciation d'une question de droit. Il s'agit du *promissory estoppel*, qui a pour vocation de corriger des situations dans lesquelles, pour des raisons techniques, le plus souvent défaut de *consideration*, il est impossible de considérer qu'un contrat a été valablement formé entre les parties, mais qu'il serait toutefois inéquitable de laisser une partie revenir sur sa parole. Par son rôle de blocage, le *promissory estoppel*, jouant à la manière d'une fin de non-recevoir, rend inefficace certains comportements incohérents. Tel est donc, en droit anglais et surtout en droit américain, ce moyen qui permet de faire produire effet à une promesse non contractuelle, en dehors de toute intervention du droit des délits. Ainsi, une personne qui laisse entendre précisément et sans ambiguïté¹³²⁵ à une autre qu'elle s'engage alors que cet engagement ne constitue pas une promesse valable à cause d'un manque de *consideration* ou d'une clause *subject to contract*, par laquelle le négociateur refuse de s'obliger puisque le document est privé de toute valeur contractuelle¹³²⁶, ne doit pouvoir se défausser. À ce titre, peu importe que le destinataire de l'engagement ait agi à son détriment¹³²⁷ du moment qu'il a légitimement cru - notion de *reliance* - bénéficié de cet engagement et qu'il serait inéquitable pour l'autre partie de revenir sur sa position antérieure¹³²⁸ sur l'exigence d'agir à son détriment. En toute hypothèse, cette condition

¹³²⁴ Avon County Council c. Howlett [1983] 1 WLR 603 ; voir aussi FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *L'estoppel du droit anglais*, in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, coll. Études juridiques, 2001, p. 10.

¹³²⁵ Par exemple, Thameside MBC v Barlow Securities Group Services Ltd [2001] EWCA Civ 1 ; [2001] B.L.R. 113. De plus, en principe, le silence ne vaut pas estoppel.

¹³²⁶ Sur le sujet DAVID René et PUGSLEY David, *Les contrats en droit anglais*, 2^e éd., LGDJ, 1985, n° 119.

¹³²⁷ Par exemple, W J Alan & Co Ltd v El Nasr Export & Import Co [1972] 2 Q.B. 189 at 213.

¹³²⁸ The Post Chaser [1981] 2 Lloyd's Rep. 695. Il y a là en réalité « une zone floue, laissée à l'appréciation des juges anglais », FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *L'estoppel du droit anglais*, in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, coll. Études juridiques, 2001, p. 10.

ne figure pas dans la définition donnée par Denning J dans l'affaire *High Trees*¹³²⁹. Le *promissory estoppel* apparaît ainsi comme un *outil de fond* au service d'une défense. Il ne s'agit plus de déterminer l'état précis de circonstances de fait, mais de donner vigueur à une promesse non valable en droit. Une autre différence également reconnue en droit anglais entre l'*estoppel by representation* et le *promissory estoppel* est que l'*estoppel by representation* a normalement un effet extinctif alors que le *promissory estoppel* est simplement suspensif et temporaire.

B - Le rôle résiduel de la bonne foi dans la mise en œuvre de l'estoppel

Selon la majorité des auteurs, l'*estoppel* constituerait un véritable principe général du droit du commerce international¹³³⁰. L'*estoppel* a été consacré, fût-ce indirectement, par certaines codifications internationales portant sur le droit des contrats. Il s'agissait d'abord d'une consécration indirecte, à travers des textes généraux relatifs à la bonne foi. Le plus marquant d'entre eux est sans doute l'article 1.8 des Principes d'Unidroit, intitulé « interdiction de se contredire » ou « *inconsistent behaviour* ». Mais on trouve aussi des textes plus spécifiques, comme l'article 2.18 des Principes d'Unidroit, et les articles 29.2, 40 et 80 de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises.

L'accession de l'*estoppel* au rang de principe général du droit du commerce international est largement justifiée par la doctrine du fait que ce mécanisme trouverait sa source dans le principe supérieur de bonne foi¹³³¹. On peut cependant relever que le mécanisme de l'*estoppel* a trouvé son origine moderne et s'est développé dans les droits de *common law* qui dérivent tous, à l'origine, du droit anglais. Or, précisément, en droit anglais, l'existence d'un principe général supérieur de bonne foi n'est nullement reconnue, en particulier en droit des contrats. Ainsi, de façon tout à fait paradoxale, le mécanisme de l'*estoppel* serait né dans un système juridique qui prétend ignorer le principe général de bonne foi, alors même qu'il est présenté, par ailleurs, comme émanant de ce principe général¹³³².

¹³²⁹ [1947] KB 130 ; aussi CHESHIRE Geoffrey et FIFFOT Cecil, *Central London Property Trust Ltd c. High Trees House Ltd*, 68 L.Q.R. 283 (1947)

¹³³⁰ En ce sens FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°1462 ; GAILLARD Emmanuel, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du commerce international*, *Rev. arb.*, 1985, p. 241 ; KAHN Philippe, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, *JDI* 1989, p. 305 ; LOQUIN E., *La réalité des usages du commerce international*, *Revue internationale de droit économique*, 1989, p. 163.

¹³³¹ En particulier la sentence rendue dans l'affaire AMCO, *JDI* 1986, p. 200, note GAILLARD Emmanuel, p. 250.

¹³³² V. sur le sujet : VAN DE MENSBRUGGHE François, *Migrations juridiques de la bonne foi*, *RIDC*, 1999, pp. 246-289.

On peut en particulier se poser la question de savoir si le mécanisme de l'*estoppel* doit être destiné à sanctionner la mauvaise foi d'une partie qui entendrait se prévaloir de ses contradictions ou, au contraire, s'il doit davantage être utilisé pour protéger la bonne foi de la partie qui se trouverait confrontée aux contradictions de l'autre partie. Les deux hypothèses ne sont naturellement pas équivalentes. Il peut en effet s'avérer difficile en pratique d'établir la mauvaise foi d'une partie.

En droit anglais l'*estoppel* ne constitue qu'un moyen de défense et non une cause d'action, ce qui implique la nécessité d'une relation juridique préexistante entre les protagonistes pour que le *promissory estoppel* puisse s'appliquer. Selon la formule utilisée par Lord Justice Denning dans l'affaire *Combe c. Combe*¹³³³, c'est un bouclier et non un glaive – *a shield but not a sword* –, ne pouvant servir qu'à s'opposer à une prétention adverse, il ne crée pas, en lui-même, un droit à agir pour celui qui en bénéficie.

Dans ce sens, les éléments fondamentaux qui conditionnent l'efficacité du mécanisme sont la modification du comportement d'une partie à la suite d'une déclaration de l'autre et le fait qu'il serait injuste, pour la première partie, de laisser l'autre partie revenir sur sa parole. Pas une fois la jurisprudence anglaise ne s'est livrée à un contrôle des motifs qui poussent la partie soumise à l'*estoppel* à faire sa déclaration initiale ou à revenir dessus. Les juges se contentent de constater l'existence de la déclaration. Seul l'effet de cette déclaration sur le comportement de l'autre partie est pris en compte pour déterminer si la partie soumise à l'*estoppel* pourra ou non revenir dessus.

Cette absence de contrôle de la motivation de la partie soumise à l'*estoppel* permet au juge d'éviter de devoir caractériser la mauvaise foi de cette partie, ce qui limiterait considérablement la portée pratique du mécanisme. Il peut, en effet, être particulièrement difficile de caractériser la mauvaise foi d'une partie. Cette mauvaise foi peut également être tout simplement absente, alors même que les conséquences préjudiciables de la contradiction seraient, pour leur part, avérées. Il y aurait, sans doute, un danger à manipuler une notion comme la mauvaise foi qui relève davantage de considérations d'ordre moral. On peut en effet parfaitement concevoir que cette partie soit amenée à se contredire sans pour autant être de mauvaise foi. La bonne ou la mauvaise foi de l'autre partie est ainsi parfaitement indifférente à l'efficacité du mécanisme, ce qui est tout à fait cohérent avec le peu d'importance du principe de bonne foi en droit anglais des contrats. Dans une affaire portée devant la Chambre des

¹³³³ [1971]2 KB 215

Lords, Lord Keith a déclaré, à propos des négociations contractuelles que « le concept d'un devoir de mener des négociations de bonne foi est en soi inconciliable avec les positions opposées des parties menant ces pourparlers. Chaque partie est en droit de poursuivre son propre intérêt à charge pour elle de s'abstenir d'induire l'autre en erreur »¹³³⁴.

La portée du *promissory estoppel* est intimement liée, en Angleterre, à l'exigence d'une *consideration*. En conséquence, la promesse donnée sans contrepartie n'est pas valable et le promettant n'est pas engagé, sauf si la promesse a été faite sous une forme solennelle ou sauf à faire jouer le mécanisme de l'*estoppel*. Nous avons démontré que cette exigence, trop stricte, a progressivement été assouplie par la jurisprudence et semble aujourd'hui abandonnée¹³³⁵. Par ailleurs, en règle générale, l'exigence d'une *consideration* est assez souvent contournée par les juges. On pourrait donc conclure qu'en droit anglais le *promissory estoppel* perd son utilité puisque la doctrine de la *consideration* est assouplie.

L'utilité du *promissory estoppel* en droit anglais pourrait, cependant, être maintenue s'il s'inspirait du modèle des droits américain et australien se transformant aussi en une *cause of action*¹³³⁶. Dans ce sens, il existe déjà en Angleterre une forme d'*estoppel* qui donne naissance à une cause d'action, c'est le *proprietary estoppel*, applicable lorsqu'une personne a agi en édifiant une construction dans la confiance qu'elle avait acquis ou allait acquérir des droits sur la terre d'autrui. Lorsque les conditions en sont réunies, le propriétaire ne peut nier les droits en question et peut être tenu de les accorder. Cette position isolée du droit anglais ne signifie pas pour autant que celui-ci s'abstienne de sanctionner les comportements de mauvaise foi. Simplement, au lieu de se référer à un principe général de bonne foi, le droit anglais a développé une série de solutions pour les diverses situations précontractuelles.

En Australie et, dans une certaine mesure, aux États-Unis, la mauvaise foi d'une partie – *unconscionable conduct* – est, en effet, susceptible de transformer l'*estoppel* en un mécanisme offensif. Ces dernières années, le droit australien de l'*estoppel* a beaucoup inspiré la

¹³³⁴ Walford c.. Miles [1992] 2 AC 128, p. 131. (notre traduction)

¹³³⁵ William c. Roffey Bros [1991], 1 QB 1 [CA] ; sur ce point, c. KÖTZ Hein et FLESSNER Alex, European Contract Law, volume one : Formation, Validity and Content of Contracts ; Contract and Third Parties, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 70.

¹³³⁶ En faveur de cette transformation: HALSON Roger, The Offensive Limits of Promissory Estoppel, Lloyd's Commercial and Maritime Law Review 1999, p. 257 et s., spéc. p. 269.

doctrine anglaise qui y a discerné les traits possibles d'une évolution du droit anglais en matière d'*estoppel*¹³³⁷.

Dans l'arrêt *Walton Stores*, la *High Court* australienne a accordé des dommages et intérêts à la victime d'une rupture brutale de pourparlers sur le fondement de l'*estoppel*. Par accord verbal *subject to contract*, la société *Walton Stores* et les époux *Maher* étaient convenus que ces derniers, propriétaires d'un terrain déjà construit, le donneraient en location à *Walton Stores*. Les avocats de celle-ci confirmèrent l'accord verbal de leur client et envoyèrent le projet de contrat de bail en précisant qu'ils communiqueraient par écrit, dès le lendemain, les modifications éventuellement requises. Les époux entreprirent alors la démolition de leur immeuble pour en reconstruire un, plus adapté aux besoins de la société *Walton Stores* qui avait entre temps donné ordre aux avocats de faire traîner les choses. Finalement, *Walton Stores* refusa de conclure le contrat de bail. L'*estoppel* a permis aux époux *Maher* de se prévaloir de l'existence, ou du moins, du caractère obligatoire du contrat, alors même qu'une des conditions nécessaires à l'existence d'un tel contrat ne serait pas satisfaite. Il s'agit sans doute là d'une définition large de l'utilisation offensive de l'*estoppel*, mais elle correspond à la situation de fait dans l'affaire *Waltons Stores*.

Par cette décision, le droit australien s'est affranchi de la limite traditionnellement posée en droit anglais, liée au caractère défensif de l'*estoppel*. À la majorité, la *High Court* a décidé que, dans des circonstances appropriées, l'*estoppel* pouvait constituer un mécanisme offensif. Les raisons invoquées varient suivant les juges, mais participent toutes de l'idée que la conduite de *Waltons Stores* était *unconscionable*, ce qui signifie littéralement déraisonnable, mais qui s'apparente en réalité, vu les circonstances, à ce qu'un juriste de tradition civiliste analyserait comme relevant d'un comportement de mauvaise foi. Selon ces juges, c'est le fait que *Waltons Stores* ait encouragé les époux *Maher* à poursuivre les travaux, à une date où elle avait déjà décidé de ne pas conclure le contrat, qui est susceptible de donner un caractère offensif à l'*estoppel*. Le droit australien a donc accepté l'idée que le mécanisme de l'*estoppel* pouvait être utilisé de manière offensive, pour autant que l'on puisse établir la mauvaise foi de la partie qui se voit opposer un tel *estoppel*.

La possibilité d'utiliser l'*estoppel* de manière offensive est également reconnue aux États-Unis, non sur la notion de comportement sans conscience – *unconscionable conduct* – du

¹³³⁷ V. *Legione c. Hateley* [1983], 152 CLR 406, la *High Court* australienne l'a généralisé en 1988, dans l'arrêt *Walton Stores Ltd. c. Maher* [1988], 164, CLR 387 ; *Commonwealth c. Verwayen* [1990], 170 CLR 395.

droit australien, mais sur la base de la *reliance*¹³³⁸. Il semble cependant que le rôle de la mauvaise foi de la partie à laquelle on oppose l'*estoppel* soit moins déterminant qu'en Australie. En droit américain, l'*estoppel* constitue également une cause d'action, donc susceptible de fonder la création d'un lien de droit entre les intéressés, comme ce fut par exemple le cas dans l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Hoffman, c. Red Owl Stores*¹³³⁹. Plusieurs conditions doivent néanmoins être réunies en droit américain pour faire jouer le *promissory estoppel*, parfaitement reprises par l'article 90 du *Restatement (Second) of Contracts*. Cette doctrine peut être invoquée « lorsqu'une promesse non équivoque a été émise, dont le promettant pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle provoque une action ou une abstention de la part de l'autre sur la confiance de ses déclarations, que celle-ci a effectivement eu lieu, et que la seule manière d'éviter une injustice est de rendre la promesse obligatoire »¹³⁴⁰. Le caractère subsidiaire du recours au *promissory estoppel* est ainsi bien précisé par ce texte.

À première vue, les conditions d'une utilisation offensive de l'*estoppel*, en l'occurrence du *promissory estoppel*, sont plus libérales qu'en Australie et ne requièrent pas de façon explicite la mauvaise foi de la partie à laquelle on oppose l'*estoppel*. Il semble cependant que l'extension apparente des conditions d'application d'un tel *estoppel* tienne à la notion de *consideration* retenue aux États-Unis qui est d'une application plus limitée qu'en Angleterre ou en Australie, ce qui rend nécessaire un élargissement des conditions d'application de l'*estoppel* offensif. Si la responsabilité par *culpa in contrahendo* se base sur la violation fautive de certains devoirs de conduite, le devoir d'indemnité associé normalement au *promissory estoppel* est étranger à toute notion de faute ou d'illicéité, il s'agit d'une sorte de responsabilité objective. Ce dernier vise à attribuer une efficacité limitée à la promesse qui, par l'absence de *consideration*, ne l'a pas. Mais le fait que l'*estoppel* ne puisse être transformé en mécanisme offensif que dans l'hypothèse où il représente le seul moyen d'éviter une injustice, constitue, sans doute, un élément de nature à permettre de sanctionner la mauvaise foi de la partie à laquelle on oppose l'*estoppel*.

On peut toutefois observer que cette condition, telle qu'elle est formulée, peut également permettre de conférer un rôle offensif à l'*estoppel*, alors même que cette mauvaise foi ne serait pas établie, il suffirait pour cela que l'injustice résultant de la situation de l'autre

¹³³⁸ Sur cette théorie, c. notamment : MEINERTZHAGEN-LIMPENS, La reliance dans le droit de la common law des contrats in Mélanges P. Van Ommeslaghe, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 173 et s. ; MUIR WATT Horatia, Reliance et définition du contrat, in Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, Paris 1999, p. 57 et s. ; FABRE-MAGNAN Muriel, Les obligations, PUF, Thémis 2004, p. 59-60.

¹³³⁹ 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

partie soit trop flagrante. Il s'agirait en effet d'un mécanisme destiné à combler un vide qui pourrait exister entre les situations permettant de déduire, d'après le droit applicable, l'existence d'un contrat et celles dans lesquelles il conviendrait de conclure à l'absence d'un tel contrat. Le jeu du mécanisme de l'*estoppel* offensif suppose donc l'existence d'une situation dans laquelle les parties sont proches de la conclusion d'un contrat, mais où, pour des raisons d'ordre technique, le contrat n'est pas encore valablement formé. Il suppose en outre que l'une des parties empêche, de mauvaise foi, la conclusion du contrat.

C - La protection de la confiance par la doctrine de l'*estoppel*

Mais c'est surtout à travers l'importance accordée à la *reliance* non seulement comme principe fondateur de l'*estoppel*, mais aussi comme critère de calcul du montant des dommages et intérêts, que le droit américain se distingue du droit anglais¹³⁴¹. D'après Mme Fauvarque-Cosson, « la notion de *reliance* exprime davantage que la simple confiance ou expectative. Elle renvoie au comportement du créancier ayant agi sur le fondement d'une promesse ou d'un contrat. On peut sans doute la traduire par celle de « confiance légitime »¹³⁴².

Depuis 1959 dans l'affaire *Feinberg c. Pfeiffer Co.*¹³⁴³, l'ensemble des juridictions américaines exigent la présence d'une confiance pour faire jouer l'*estoppel*, désormais cette solution figure dans le *Restatement* dans sa section 90, et dans l'article 1967 du Code civil louisianais. Il met en exergue à travers le concept de *reliance*, constituant même une alternative au *bargain*, comme fondement de la *consideration*, et justifierait par là-même la protection de la confiance dans la conclusion du contrat.

On peut distinguer deux variétés de *reliances*. Selon une première approche, restrictive, on exige de la confiance du bénéficiaire qu'elle l'ait conduit à agir à son préjudice : on parle alors de *detrimental reliance*. Selon une seconde approche, plus compréhensive, on se contente de la confiance accordée par le bénéficiaire, peu important que celui-ci ait agi

¹³⁴⁰ Notre traduction.

¹³⁴¹ Sur ce point, voir COLLINS Hugh, *The Law on Contract*, Butterworths, 1997, spéc. le chapitre 5, intitulé *Estoppel and the Reliance Model* : l'auteur regrette que les textes législatifs anglais relèguent ce modèle à l'arrière-plan et démontre son importance dans la pratique jurisprudentielle.

¹³⁴² FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 10.

¹³⁴³ 322 S.W.2d 163 (Mo. 1959)

contrairement à ses intérêts et ait souffert un préjudice. On parlera davantage de *reliance* proprement dite, ou même d'*expectations*.

Il nous semble que le droit américain incline en faveur de cette dernière approche plus souple de la *reliance*. D'abord, le *Restatement Second* qui pose dans sa section 90 le principe du *promissory estoppel* n'exige pas du bénéficiaire de la promesse qu'il ait subi un préjudice, mais se contente d'une expectative raisonnable – *reasonably expect* – qui conduirait à une injustice laquelle paraît être réalisée par la seule constatation d'un préjudice moral davantage que par la révélation d'un préjudice matériel. Il est clair que la section 90 du *Restatement* « fonde la force obligatoire de cette promesse sur la confiance qu'elle a suscité »¹³⁴⁴. Mais c'est surtout la logique qui commande de retenir la notion de *reliance* la plus large, autrement dit, les *expectations*. En effet, on ne comprend pas pourquoi il serait nécessaire d'exiger un préjudice puisque le mécanisme de l'*estoppel* ne vise pas à réparer la violation de la confiance mais de rendre la promesse exécutoire.

La *reliance* a pris une grande ampleur aux États-Unis en raison de la distinction entre la notion de *reliance* et la notion de *bargain* ou échange. La différence de la *reliance* par rapport aux promesses échangées sur la base d'une *consideration* se manifeste principalement au stade de l'évaluation du montant de la réparation. Tandis que la rupture du contrat peut donner lieu à des *expectation interests*, visant à compenser le gain manqué, l'*estoppel* ne protège que la *reliance*, correspondant à l'intérêt négatif. Les *reliance interests* servent à remettre la personne dans la situation dans laquelle elle aurait été si elle n'avait pas donné sa confiance et non pas dans celle où elle espérait être, le gain manqué n'étant pas compensé. Dans ce cas, la *reliance* constituera à la fois le fondement et la mesure de la réparation.

La Cour de cassation française a employé en 2005, pour la première fois, le mot *estoppel*¹³⁴⁵. Selon la doctrine qui a analysé cet arrêt, il manifeste la volonté de la Cour d'incorporer cet institution au droit privé français¹³⁴⁶. Mais le droit français n'a pas voulu incorporer la notion anglaise, mais « un concept international, qui possède une vie propre,

¹³⁴⁴ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel du droit anglais, in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica, coll. Études juridiques, 2001, p. 16.

¹³⁴⁵ Sur l'arrêt Cass. civ. 1, 6 juillet 2005, voir JCP G 2005, I, 179, note ORTSCHIEDT Jérôme ; D. 2006, p. 1424, note AGOSTINI Eric, D. 2005, pan., p. 3050, obs. CLAY Thomas ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, RDC, 01 octobre 2006, n° 4, p. 1279.

¹³⁴⁶ En faveur de cet incorporation, voir : MORÉTEAU Olivier, L'estoppel et la protection de la confiance légitime, thèse, Lyon III, 1990 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel du droit anglais, in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica, coll. Études juridiques, 2001, p. 3 ; MUIR WATT Horatia, Pour l'accueil de l'estoppel en droit français, in Mélanges Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 303 ; AGOSTINI Eric, Estoppel : rendons à César, D. 2006, p. 1424.

libéré des particularismes et carcans du droit anglais, son lointain ancêtre, détaché de tout ordre juridique national, comme pourrait l'être l'arbitrage commercial international »¹³⁴⁷. Mme Fauvarque-Cosson remarque que deux raisons expliquent l'impossibilité d'exporter l'*estoppel* du droit anglais : « tout d'abord, il n'y a pas un concept d'*estoppel* mais de nombreuses doctrines ; d'autre part, parmi celles-ci, la doctrine conquérante du *promissory estoppel* est enfermée dans de nombreuses limites, en grande part destinées à préserver cette spécificité du droit anglais des contrats : l'exigence d'une *consideration* »¹³⁴⁸.

En effet, l'*estoppel* a souffert une acculturation dans les différents systèmes juridiques où il a été reçu, adaptant son régime et son fondement. De cette manière, l'*estoppel* du droit anglais, à l'origine purement défensif, fut reçu par les systèmes américains, australiens et canadiens qui en ont le plus souvent fait un mécanisme offensif et l'ont fondé sur les notions de *reliance* et de comportement sans conscience. Ces conditions ne seraient plus un obstacle à l'adoption de l'*estoppel* par d'autres systèmes juridiques. En ce domaine si complexe, le rapprochement entre les traditions juridiques, voire l'harmonisation des droits, si tant est qu'elle soit possible, viendrait plutôt du droit du commerce international où l'*estoppel* a accédé au rang de principe général¹³⁴⁹. Forgé à partir du droit anglais, mais désormais détaché de son origine¹³⁵⁰.

On peut ainsi constater que dans les pays de *common law* où, par delà les termes de *reliance* ou de *legitimate expectations*, se déploie la doctrine de l'*estoppel*¹³⁵¹. Si les conditions et les effets de la doctrine de l'*estoppel* sont fort différents d'un pays à l'autre, comme nous l'avons démontré, l'esprit fondateur de la doctrine demeure le même : une personne ne peut plus se contredire lorsque, par son comportement ou ses paroles, elle a suscité la confiance d'autrui. Ce qui importe n'est donc pas tant de scruter l'intention de l'auteur de l'engagement mais la perception qu'en a eu le destinataire, l'étendue de sa confiance. La même chose se passe dans le cadre de l'*unjust enrichment*, où une partie qui aurait créé la confiance d'une conclusion suffisamment certaine du contrat pour justifier que l'autre partie engage des frais devenus inutiles, suite à la rupture des pourparlers, pourrait être condamnée à indemniser la

¹³⁴⁷ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, RDC, 01 octobre 2006, n° 4, p. 1279 et s.

¹³⁴⁸ Ibid. p. 1279.

¹³⁴⁹ Ibid. p. 1280.

¹³⁵⁰ GAILLARD Emmanuel, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international, Rev. arb., 1985, p. 241 ; PINSOLLE Philippe, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, JDI 1998, pp. 905 et s.

victime. Sur la base de la *law of tort*, l'*unjust enrichment* va développer certains devoirs de protection des précontractants qui, au cas où ils ne seraient pas observés, peuvent être sanctionnés dans le cadre d'une relation précontractuelle. Pour les juristes anglais, la question est moins de savoir si les contrats en général lient les parties, que de déterminer si tel contrat dans telle situation donnée, est ou non exécutoire.

Dans le droit anglais la confiance est également la valeur fondamentale protégée par la responsabilité par *misrepresentation*¹³⁵². Pour cela l'indemnité due vise seulement à remettre la victime dans la condition dans laquelle il se trouverait si la déclaration n'avait pas eu lieu. De la même manière le destinataire de la déclaration qui connaissait sa fausseté n'a pas le droit à l'indemnité. Il s'agit bien d'une responsabilité subjective résultant de la violation de certains devoirs. Cependant, la confiance n'est pas suffisante pour créer l'obligation d'indemnité, il faut aussi un acte illicite par celui qui fournit le renseignement, consistant à connaître la fausseté de la déclaration, en l'absence de conviction de sa véracité, ou dans l'indifférence par rapport à sa véracité ou fausseté, ou dans la violation d'un devoir de diligence dans une relation spéciale. Ce dernier devoir résulte d'une relation spéciale où il s'établit une proximité suffisante entre les parties et où il soit raisonnablement prévisible pour une partie que l'autre va lui faire confiance¹³⁵³. Cette relation n'est pas nécessairement contractuelle, par exemple, dans les cas où une banque fournit une information à un client avec lequel elle n'a pas de lien contractuel visant à la conclusion future d'un contrat, ou dans les cas où la victime a confié dans les connaissances ou dans l'expérience de l'autre partie dans la matière¹³⁵⁴. À partir de cela certains auteurs ont déduit l'existence en droit anglais d'un devoir général de négocier avec diligence – *duty to negotiate with care* – différent du devoir de bonne foi des pays continentaux.¹³⁵⁵ Nous verrons que la protection de la confiance légitime, s'opère différemment dans les pays de droit civil.

§2 - La protection de la confiance légitime dans les pays de tradition civiliste

¹³⁵¹ MORÉTEAU Olivier, L'estoppel et la protection de la confiance légitime, thèse, Lyon, 1990. Du même auteur: Revisiting the Grey Zone Between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligations, *European Tort Law*, 2004, p. 60.

¹³⁵² ATIYAH Essays on Contract, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 21 ; ALLEN David, *Misrepresentation*, London, 1988, Sweet & Maxwell, p. 155.

¹³⁵³ TREITEL Guenter, *The Law of Contract*, 10^e éd., Sweet & Maxwell, 1999, p. 309.

¹³⁵⁴ TREITEL Guenter, *The Law of Contract*, 10^e éd., Sweet & Maxwell, 1999, p. 309.

¹³⁵⁵ COLLINS Hugh, *The Law on Contract*, Butterworths, 1997, p. 205.

Par des formules moins précises que l'*estoppel*, tous les pays de tradition civilistes semblent sanctionner la violation de la confiance légitime pendant les relations précontractuelles. Dans certains systèmes juridiques nationaux, comme l'Italie, la Suisse et l'Allemagne, il existe un type spécifique de responsabilité fondée sur la confiance légitime (A). Dans d'autres systèmes la confiance est protégée indirectement par des figures rattachées aux principes de la bonne foi et du *venire contra factum proprium* (B). Qu'elle soit intégrée à un mécanisme spécifique ou à un instrument indirect, la protection de la confiance obéit à des conditions propres à sa mise en œuvre (C).

A - L'autonomie de la responsabilité fondée sur la confiance

Qu'ils possèdent ou non une doctrine spécifique comparable à l'*estoppel*, plusieurs pays de tradition civiliste ont encore dans leur arsenal juridique un cas spécifique de responsabilité fondée sur la confiance (I). Si l'adoption de la confiance comme fondement de la responsabilité précontractuelle est souhaitable, on peut, en revanche, adresser des vives critiques à l'idée de création d'un nouveau régime de responsabilité à partir de ce fondement (II).

I - La doctrine spécifique fondée sur la confiance dans certains pays

À l'heure actuelle la doctrine allemande majoritaire considère que la confiance légitime au cours des pourparlers ne relève pas de la théorie de la responsabilité délictuelle mais qu'elle constitue « une catégorie particulière de responsabilité légale ».¹³⁵⁶ Elle a d'ailleurs une portée pratique considérable et un champ d'application étendu comme on le constatera en examinant successivement ses conditions et ses effets¹³⁵⁷. La pierre angulaire de cette théorie repose sur la nécessaire relation spéciale de confiance des négociateurs : la simple ouverture des pourparlers impose ce rapport d'obligation aux parties indépendamment de la réussite ou

¹³⁵⁶ MARKESINIS, LORENZ et DANNEMAN, *The German Law of Obligations*, vol. I, Oxford, 1997, p. 64 ; PÉDAMON Michel, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004, p. 40 ; TEGETHOFF Michael, *Culpa in contrahendo in German and Dutch Law, a comparison of Precontractual Liability*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 357.

¹³⁵⁷ LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, Allgemeiner Teil, p. 106 ; MEDICUS Dieter, *Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, in FS Max Keller, pp. 205 et s. ; SONNENBERGER Hans Jürgen, *La conclusione del contratto secondo il diritto Tedesco*, Padova, Cedam, 1991, p. 115. V. contre l'autonomie de ces devoirs WOLF Ernst, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol I, Allgemeiner Teil, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1978, p. 512.

non des pourparlers¹³⁵⁸. Dans une telle conception, susciter la confiance dans l'autre partie est source de devoirs juridiques¹³⁵⁹.

Aujourd'hui on évolue vers une appréciation objective de la confiance. Elle n'est plus comprise comme une confiance réelle ou personnelle mais comme une « expectative générale d'honnêteté » de la part de celui qui engage des pourparlers – *Allgemeine Redlichkeitserwartung*¹³⁶⁰.

Canaris va plus loin et considère la culpa in contrahendo comme l'un des fondements de la responsabilité par confiance – *Vertrauenshaftung* – une troisième voie entre le contrat et le délit.¹³⁶¹ Pour cela on reconnaît aujourd'hui en droit allemand le caractère autonome de la catégorie *culpa in contrahendo*, responsabilité de source légale¹³⁶², qui comprend dans son domaine différentes situations auxquelles correspondent différentes fonctions socio-économiques.

Il n'existe pas, en droit allemand, de texte général prévoyant un principe de confiance. La jurisprudence allemande s'est appuyée sur le § 242 du BGB pour imposer le respect d'une confiance réciproque entre les précontractants. L'expression de *Treu und Glauben* employée par le § 242 du BGB est en effet comprise par les auteurs comme impliquant nécessairement la prise en compte des intérêts réciproques. Dans cette formule, il est simplement rappelé que la relation contractuelle est établie sur un lien de confiance, le *Glauben* et que l'autre partie est tenue de respecter cette confiance, de lui être *treu*, c'est-à-dire fidèle ou loyale. Le *Treu und Glauben* dépeint en définitive une relation de confiance, un esprit de collaboration inhérent à toute relation juridique, une prise en compte réciproque des intérêts de l'autre. Il est donc possible de conclure que l'essence du *Treu und Glauben* est la confiance, et que le §242 du BGB sert à la protection de la confiance légitime¹³⁶³.

¹³⁵⁸ KESSLER Friedrich et FINE Edith, *Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study*, Harvard LR 1963-64, p. 404. Voir aussi Tribunal fédéral, 22 février 1973, BGHZ 60, p. 223 ; 21 janvier 1975, BGHZ 63, p. 382 ; 12 novembre 1986, BGHZ 99, p. 101.

¹³⁵⁹ BALLERSTEDT Kurt, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, AcP 1950/51, p. 507.

¹³⁶⁰ LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, vol. I, Allgemeiner Teil*, p. 106.

¹³⁶¹ CANARIS Claus-Wilhelm, *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen*, JZ 1965, p. 476 ; aussi LORENZ Hein, *Le processus précontractuel: Precontractual Liability in the Law of the federal Republic of Germany*, in *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montreal, 1990*, p. 58.

¹³⁶² MEDICUS Dieter, *Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, in FS Max Keller, p. 63.

¹³⁶³ FERRAND Frédérique, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. Précis, 1997, p. 303 ; PEDAMON Michel, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2004, p. 131 ; LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München 1987, p. 130-131.

Lünstedt révèle les conditions de l'existence d'une situation de confiance. Il faut en premier lieu qu'il y ait, un fait, une déclaration, ou un comportement d'une des parties, sur la base duquel un acte juridique puisse être passé. En deuxième lieu, la personne à qui s'adresse cette manifestation doit avoir cru en l'acte juridique. En troisième lieu, il faut que la personne concernée, à la vue de cet acte, ait dépensé de l'argent ou ait pris des dispositions dans ce sens. En quatrième lieu, il faut que celui qui pourra bénéficier de la protection se soit senti dans une situation où sa confiance pourra être prise en compte, parce qu'il n'a pas interrompu cette situation de manière déloyale. Celui qui en appelle à une application du principe de *Treu und Glauben* doit lui-même être *Treue*, c'est-à-dire loyal. Il doit ainsi avoir agi loyalement à l'encontre de l'autre partie.

En ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, la théorie de la *culpa in contrahendo* a été affinée par la jurisprudence à partir de la théorie de Jhering, puis consacrée par le législateur qui l'a codifiée en 2002 dans les §§311 II, 280 et 241 II du BGB, qui protègent la confiance légitime par l'imposition d'un devoir de ne pas causer de tort durant les pourparlers.¹³⁶⁴

Le droit allemand connaît encore certaines doctrines propres, qui, quoique fondées sur la bonne foi, existent par elles-mêmes et apparaissent plus caractéristiques. Parmi ces doctrines se trouve, au premier plan, le concept de *venire contra factum proprium*.

Mais, il faut relever qu'il existe, quant à leurs effets, une différence importante entre les deux doctrines : tandis que le *venire contra factum proprium* ne donne lieu qu'à la réparation de l'intérêt négatif, la *culpa in contrahendo* permet d'obtenir la réparation des gains manqués, ce qui revient à indemniser la victime, non seulement pour la remettre dans la situation dans laquelle elle aurait été si sa confiance n'avait pas été trompée, mais dans celle dans laquelle elle aurait espéré être si le contrat avait été effectivement conclu.

De nos jours, l'explication généralement avancée pour justifier la mise en œuvre du *venire contra factum proprium* se réfère directement à la protection de la confiance légitime¹³⁶⁵. Pour appliquer ce concept, il faut, d'une part, une conduite qui a provoqué la confiance de l'autre et, d'autre part, une conduite ultérieure qui entre en conflit avec la précédente et qui serait susceptible de réduire à néant les arrangements que la personne qui a donné sa confiance

¹³⁶⁴ T. SCHNEIDER, La codification d'institutions prétoriennes, RIDC, 2002, n° 4, p. 967

¹³⁶⁵ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, SLC, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 32.

pourrait avoir raisonnablement fait. La doctrine pourra encore jouer réciproquement, c'est-à-dire si, par sa conduite, une personne empêche l'autre de faire certains actes et qu'elle en tire ensuite profit.

En outre, le concept de *verwirkung* se rapproche de la *supressio* et est admis, en tant que sous-espèce du *venire contra factum proprium*. Ce concept joue dans les cas où le titulaire d'un droit qui n'a pas fait valoir son droit pendant un certain temps, à tel point que le débiteur peut légitimement en conclure qu'il n'exercera pas ce droit, se réveille subitement. Deux facteurs sont alors pris en compte : le temps et la confiance. Ce concept de *verwirkung*, qui s'est avéré fort utile, avant 2002, dans les hypothèses où jouait un long délai de prescription de droit commun. Une autre sous-espèce du *venire contra factum proprium* est le *protestatio facto contraria*, figure qui consiste à empêcher une personne de plaider des faits qu'elle a créés de manière contradictoire et, par conséquent, abusive. Un exemple célèbre est celui du *Hamburger Parkplatz* case où le conducteur a été empêché de soutenir qu'il n'avait pas l'intention de contracter : cette affirmation, alors même que le conducteur était sciemment entré dans le parking, a été jugée contradictoire avec ses actes¹³⁶⁶.

Il existe une notion semblable en droit belge, immédiatement rattachée au principe de bonne foi et au *venire contra factum proprium*. Il s'agit de la *Rechtsverwerking*. Cette doctrine présente des traits communs avec la théorie de la confiance légitime, tant en ce qui concerne ses conditions d'application que sa sanction. En fait, selon cette théorie, le titulaire du droit sera privé de l'exercice de son droit d'une manière inconciliable avec l'apparence créée. Toutefois, par un arrêt du 17 mai 1990, la Cour de cassation a refusé de conférer le statut de principe général de droit formel à cette notion¹³⁶⁷.

Le droit belge se caractérise par la multiplicité de moyens pour protéger la confiance légitime. Si elle peut être protégée par la bonne foi et l'abus en droit belge, ou, de manière plus spécifique encore, par la doctrine propre de la *Rechtsverwerking*, la théorie de l'apparence pourra également être sollicitée. La théorie de l'apparence, parfois nommée « théorie de la confiance légitime » permet à une personne dont la confiance légitime mérite protection, de prendre l'apparence de la réalité. Ses traits caractéristiques sont une situation apparente qui ne correspond pas à la réalité, une confiance légitime d'un tiers de bonne foi qui agit comme si

¹³⁶⁶ Cité par FAUST Florian et WIESE Volker, Protecting legitimate expectations : the German perspective, in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, SLC, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 99 et s.

l'apparence correspond à la réalité, et des effets identiques ou similaires aux effets engendrés si la situation apparente eût été réelle.

La confiance légitime opère par la médiation de l'apparence. Il existe entre ces notions la même relation qu'entre les moyens et les fins : l'apparence est l'un des canaux par lequel pourra se voir caractérisée la confiance légitime. L'aspect extérieur n'est donc pas le fondement de l'obligation mais l'instrument par lequel sera constituée la confiance légitime. La source de l'obligation réside bien dans la confiance légitime. Prenant appui sur la subjectivité du créancier, la confiance légitime possède des vertus dont la théorie de l'apparence est dépourvue. Plus affûtée que sa consœur, la notion de confiance légitime permet d'appréhender des éléments extérieurs à l'apparence, mais néanmoins déterminants, tels que le contexte ou les relations antérieures. La confiance légitime opère donc un filtrage que l'apparence ne peut réaliser. Cette caractéristique lui confère non seulement une qualité opérationnelle élevée mais encore une totale autonomie par rapport à la bonne foi. L'apparence est donc au service de la confiance légitime. Elle n'est pas la source substantielle de l'obligation mais un instrument qui permet d'en caractériser les cas échéant l'existence.

La Cour de cassation belge a refusé, cependant, le statut de principe général de droit à la théorie de la confiance légitime ou à la théorie de l'apparence, reconnaissant la force créatrice d'obligations uniquement à la confiance légitime des tiers. Toutefois, une doctrine majoritaire semble désormais favorable à l'application de la théorie de la confiance légitime entre parties, notamment dans la formation des contrats¹³⁶⁸.

On retrouve également en droit néerlandais la doctrine du *Rechtsverwerking*, appréhendée comme une fonction restrictive de la bonne foi, prévue à l'article 6:2 (2) du Code civil néerlandais¹³⁶⁹. En vertu de la *Rechtsverwerking*, une partie qui avait un droit le perdra en cas de comportement incohérent à l'égard de l'autre partie. C'est une application du *venire contra factum proprium*¹³⁷⁰.

En droit suisse, le dernier courant doctrinal et jurisprudentiel, la *culpa in contrahendo* est un institut autonome, dont les lacunes doivent être remplies *modo legislatoris* par le juge,

¹³⁶⁷ FONTAINE Marcel, Portée et limites du principe de convention-loi, in Les obligations contractuelles, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 1984(164) n° 43.

¹³⁶⁸ STIJNS Sophie, WERY Patrick et VAN GERVEN Dirk, Chronique, JT 1996, n° 11b.

¹³⁶⁹ Cf. décision du Hoge Raad 9 janvier 1998, Nederlandse Jurisprudentie 1998, 363 et 25 fév. 2000, Nederlandse Jurisprudentie 2000, 471.

¹³⁷⁰ Hoge Raad 7 juin 1991, Nederlandse Jurisprudentie 1991, 708.

dans les termes de l'article 1, n°2 du Code civil suisse¹³⁷¹. L'idée de protection de la confiance a aussi trouvé refuge dans une partie de la doctrine et de la jurisprudence suisse comme fondement de la responsabilité précontractuelle¹³⁷².

Le Tribunal Fédéral a développé un important courant de responsabilité précontractuelle fondée sur la confiance légitime¹³⁷³. Il considère cette responsabilité comme indépendante de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, dont les dispositions peuvent cependant être appliquées par analogie¹³⁷⁴. La responsabilité précontractuelle est ainsi considérée comme un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance¹³⁷⁵.

Mme Morin définit cette responsabilité comme¹³⁷⁶ « une institution juridique autonome, qui permet notamment à une personne de former une prétention contre une autre personne alors même qu'elle ne peut ni se prévaloir d'un contrat, ni invoquer les règles de la responsabilité civile (article 41 CO), ou celles de l'enrichissement illégitime (article 62 CO) ou de la gestion d'affaires sans mandat (article 419 CO) ». ¹³⁷⁷

Elle pourrait jouer notamment dans les cas de litiges précontractuels relatifs à la violation d'un devoir précontractuel sans que cela n'aboutisse à la conclusion d'un contrat, et qu'elle éveille ainsi chez elle des attentes quant au bon déroulement des pourparlers, ou encore lorsque, en l'absence de tout contrat, une personne délivre spontanément à une autre un renseignement inexact sur un fait dont elle doit connaître l'importance pour son interlocuteur¹³⁷⁸. Le texte de base de cette responsabilité par confiance est l'article 3 du Code civil suisse sur la bonne foi – *guter Glaube* –, qui se distingue des règles de la bonne foi – *Treu und Glauben* – de l'article 2 du Code civil. Tandis que celles-ci ont un caractère normatif et

¹³⁷¹ « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Dans ce sens, GAUCH Peter, SCHLUEP Walter, SCHMID Jörg et REY Hein, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, Zurich, 1998, p. 199.

¹³⁷² FRICK Joachim, *Culpa in contrahendo - Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie*, Diss., Zürich, 1992, p. 143 ; et Tribunal Fédéral, 10 octobre 1995, *Die Praxis* 1996, p. 617.

¹³⁷³ Tribunal fédéral, T 0/2 4C.22/2006 /ech, du 5 mai 2006 ; Tribunal fédéral, 4C.373/2002, du 18 mars 2003 ; Tribunal fédéral, T/01 4A 226/2009, du 20 août 2009 ; Tribunal fédéral, T 0/2 4C.365/2004 /biz, du 25 fév. 2005.

¹³⁷⁴ WALTER Hans Peter, *La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, in: *La responsabilité fondée sur la confiance - Vertrauenshaftung*, Zurigo 2001, pp. 147- 161, in particulare pp. 151 et s.

¹³⁷⁵ Tribunal fédéral, 4C.373/2002, du 18 mars 2003.

¹³⁷⁶ MORIN Ariane, *La confiance légitime en droit suisse des contrats*, in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007, Coll. *Droit privé comparé européen*, vol. 4, p. 377.

¹³⁷⁷ V. quelques arrêts du Tribunal Fédéral qui confirment cette responsabilité fondée sur la confiance légitime : ATF 131 III 377 ; ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207 ; ATF 128 III 354, JdT 2005 I 35 ; ATF 121 III 350 ; ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359.

¹³⁷⁸ V. dans ce sens: ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207 ; ATF 128 III 324, JdT 2005 I 35 ; ATF 121 III 350 ; ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359.

servent à apprécier objectivement un certain comportement, celle-là est prise comme un fait interne, dont il s'agit de vérifier l'existence. On parle donc de bonne foi subjective dans le cadre de l'article 3 du Code civil, par opposition à la bonne foi objective visée à l'article 2. La bonne foi de l'article 3 du Code civil permet de savoir si la confiance existe (article 3 al. 1 du Code civil) et mérite protection (article 3 al. 2 du Code civil). Il s'agit, selon Mme Morin d'« une règle générale consacrée au concept de confiance légitime, valable pour l'ensemble du droit privé »¹³⁷⁹.

Le droit italien offre divers instruments permettant de sanctionner le comportement incohérent qui porte préjudice à autrui¹³⁸⁰. En particulier, on assiste à un développement des hypothèses de responsabilité contractuelles qui dérivent du *venire contra factum proprium*. Dans la phase des pourparlers, la doctrine et la jurisprudence utilisent la notion de confiance sur le fondement de l'article 1337 du Code civil qui porte interdiction de se comporter de façon déloyale¹³⁸¹. Certains auteurs soutiennent la confiance comme le fondement de la responsabilité précontractuelle.¹³⁸² La jurisprudence, en ce qui concerne la rupture de pourparlers, a une tendance à fonder la responsabilité précontractuelle sur la protection de la confiance légitime¹³⁸³. En effet, la Cour de cassation italienne a élargi le champ d'application de l'article 1337 du Code civil et considère qu'« une interprétation extensive de la règle conduit à l'appliquer à tout comportement susceptible d'influencer le consentement de la victime ou de faire naître la croyance en la possible conclusion du contrat »¹³⁸⁴.

Depuis quelques années, des décisions atypiques ont invoqué la confiance dans la conclusion du contrat, la confiance dans le sérieux des pourparlers.¹³⁸⁵ On assiste par ailleurs, en Italie, à un développement des hypothèses de responsabilité qui dérivent du *venire contra*

¹³⁷⁹ MORIN Ariane, La confiance légitime en droit suisse des contrats, in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, SLC, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 377.

¹³⁸⁰ FUSARO Andrea, Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale, in Giur. it., 1984, I, 1, p. 1199

¹³⁸¹ REALMONTE, Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare, in Banca, borsa e titoli di credito, 1994, I, p. 617 ; VISINTINI Giovanna, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1972.

¹³⁸² MENGONI, Sulla natura de la responsabilità precontractuale, Rivista de diritto commerciale, 1956-II, p. 362 ; CUFFARO, La responsabilità precontractuale, Enciclopedia del diritto, vol. XXXIX, p. 1269 ; Cass. italienne, 17 janvier 1981, Rep. Foro. It. 1981, Contratto in genere, n°112.

¹³⁸³ Cf. MUSY Alberto, Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo), in Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, vol. XVII, p. 401. La jurisprudence est représentée par l'arrêt du 18 janvier 1988, Foro It. 1988, Contratto in genere, n° 267.

¹³⁸⁴ Cass. italienne, 14 février 2000, n° 1632, in GI, 2000, p. 2250: « Si le déroulement des pourparlers, sérieux et constructifs, est tel qu'il fait naître une confiance dans la conclusion du contrat, la partie qui résilie sans une juste cause, en violant l'obligation de se comporter de bonne foi, est tenue de compenser par le versement de dommages intérêts ».

¹³⁸⁵ SACCO Rodolfo et DE NOVA Giorgio, Il contratto, Trattato di diritto civile, 7^e éd., 2007, p. 240.

factum proprium et jouent en cas de préjudice subi par un sujet qui, en faisant confiance sur la conduite de l'autre partie, a effectué un changement de position à son détriment.¹³⁸⁶

Est ainsi apparue une catégorie générale de responsabilité pour lésion de confiance,¹³⁸⁷ déterminée par la nécessité sociale de protéger le précontractant qui a fait confiance à son détriment¹³⁸⁸, en se déterminant par rapport à des informations inexactes. Parmi ces informations, on retiendra plus spécialement les cas d'informations fournies par les intermédiaires financiers, ou les cas de responsabilité des médecins employés en structures hospitalières. De manière plus générale, la qualification de professionnel crée une confiance par laquelle, en vertu du principe de bonne foi, naît l'obligation de ne pas causer de préjudice à autrui. Or, dans la mesure où le statut de professionnel appelle la confiance légitime, l'inexactitude des informations délivrées permet d'engager la responsabilité contractuelle.¹³⁸⁹ Face à l'importance pratique du sujet, le législateur italien est intervenu dans le secteur de l'intermédiation financière, en application aussi des directives européennes¹³⁹⁰.

II - Critiques doctrinales à l'autonomie de la confiance

Certains auteurs critiquent l'existence d'une doctrine spécifique et de moyens propres à la protection de la confiance légitime. La critique la plus forte est celle proférée par M. Picker qui soutient la « fin » de la confiance en tant que source d'indemnisation, à cause de l'homogénéité de toute la responsabilité civile autour de la violation de devoirs de comportements et de sa complète indépendance par rapport à la confiance¹³⁹¹.

M. Picker soutient qu'il faut renforcer l'importance du principe *neminem laedere*, pour indemniser tous les dommages illicitement commis, indépendamment de la nature du préjudice, n'étant pas nécessaire l'inclusion de fondements supplémentaires pour caractériser la responsabilité délictuelle.

¹³⁸⁶ MARINI Giovanni, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

¹³⁸⁷ CASTRONOVO Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 3 éd., 2006, p. 458.

¹³⁸⁸ Ibid. p. 528.

¹³⁸⁹ Cass. italienne, 15 mars 1999, n. 2284, in 1999(I) Foro It. 1169.

¹³⁹⁰ L'art. 114 du Texte Unique du 24 février 1998 régit la responsabilité en cas de violation d'information du Public.

¹³⁹¹ PICKER Eduard, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo/Zur Problematik der Haftungen « zwischen » Vertrag und Delikt*, AcP 1983, n° 183, pp. 369 et s. ; et *Vertragliche und Deliktische Schadenshaftung zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme*, JZ 1987, pp. 1041 et s.

Il invoque les critiques selon lesquelles l'application de la confiance serait imprécise et provoquerait l'impossibilité de déterminer précisément les contours de cette responsabilité. Il affirme que la confiance serait simplement une fonction générale du droit, étant impossible de faire distinguer entre les situations d'effective confiance et celles que l'on pourrait pouvoir croire.¹³⁹²

Il serait, selon lui, préférable de remplacer le fondement de la confiance par celui de la violation de normes de comportement dans les rapports spéciaux. Il n'explique pas ce quels sont ces rapports spéciaux, mais semble faire référence aux rapports qui possèdent un tel lien entre les parties qui justifient la responsabilité par la violation d'un comportement illicite. Cette affirmation est indéfendable à cause de son radicalisme. Elle ne prend pas en compte que les comportements humains, indépendamment d'être ou non en adéquation avec ce que prévoient les textes législatifs, et qui peuvent créer des attentes et expectatives. Ces attentes sont susceptibles d'une appréciation indépendante de la licéité des comportements des parties. Les préjudices peuvent résulter d'un comportement licite qui a créé des expectatives légitimes au cours des pourparlers.

Les conditions de la responsabilité, comme la faute et la responsabilité de par les actes émanant de tiers, demandent des spécificités propres à chaque type de situation. Il n'est pas possible d'assurer l'indemnisation complète de tout préjudice sans aucune limite en fonction de son type. Substituer la confiance par une responsabilité applicable aux rapports spéciaux, laisserait sans doute des lacunes, où le droit ne pourra pas apporter de solution.

M. Von Bar a proposé, pendant les travaux de réforme du système allemand des obligations, dans les années quatre-vingt, un élargissement du droit délictuelle pour englober la responsabilité précontractuelle pour informations incorrectes et pour conseils inappropriés qui ont causés des dommages en raison d'une position spéciale de confiance créée par une activité professionnelle¹³⁹³. Selon lui, à partir du moment où il ne s'agit pas de devoirs orientés vers une prestation contractuelle, ils doivent être placés dans le domaine délictuel.

Il pense que l'adoption de la responsabilité par la confiance configure une désobéissance au régime et au domaine d'application de la responsabilité délictuelle, et que le droit délictuel allemand est capable de s'adapter et de trouver une discipline pour les

¹³⁹² Ibid. Positive.. n° 183 et ibid. Vertragliche... p. 418.

¹³⁹³ VON BAR Christian, Deliktrecht, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln 1981, pp. 1681 et s.

dommages purement patrimoniaux. M. Von Bar reconnaît cependant la grande importance de la confiance en tant que critère conformateur des devoirs dans le régime délictuel¹³⁹⁴.

B - Les instruments de protection indirecte de la confiance légitime

Bien que le principe de confiance légitime fasse partie de l'ordre juridique communautaire¹³⁹⁵, ainsi que l'a affirmé la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Töpfler c. Commission* du 3 mai 1978¹³⁹⁶, les Hautes juridictions françaises sont quant à elles plus réfractaires. Le Conseil constitutionnel considère qu'aucune règle constitutionnelle ne garantit un principe de confiance légitime. Quant au Conseil d'État, il a consacré le principe de sécurité juridique, mais il ne fait qu'une consécration indirecte du principe de la confiance légitime¹³⁹⁷ : « Considérant que le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire »¹³⁹⁸.

En droit privé, la Cour de cassation sanctionne l'atteinte portée à la confiance, sans pour autant se référer au principe de confiance légitime. Elle semble emprunter diverses voies détournées, comme le recours aux concepts de bonne foi ou d'abus de droit, pour sanctionner la violation de la confiance légitime. L'admission explicite du principe de la confiance légitime s'inscrirait dans une vision herméneutique nouvelle du droit des contrats, qui met l'accent sur la protection du destinataire de la promesse.

Le développement d'un devoir de cohérence et d'une interdiction de se contredire au détriment d'autrui¹³⁹⁹, pourrait aller dans le même sens. Ainsi, celui qui émet des déclarations d'intention quant à son comportement futur pourrait, en certaines circonstances, être privé de la possibilité de tirer profit d'un comportement incompatible avec ses déclarations si un préjudice en découle pour celui qui s'est fié à ses déclarations et qui a agi en conséquence. On peut en

¹³⁹⁴ Dans le même sens HUBER Konrad, *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, FS für von Caemmerer, Tübingen, 1978, pp. 359 et s.

¹³⁹⁵ PUISSOCHET Jean-Pierre, *Vous avez dit confiance légitime? (le principe de confiance légitime en droit communautaire)*, Mélanges offertes à Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 581

¹³⁹⁶ CE ass., 24 mars 2006, n° 288460, n° 288465, n° 288474 et n° 288485, *Sté KPMG et autres*, AJDA 2006, p. 1028, obs. Landais C. et Lenica F., RTDCiv. 2006, p. 527, obs. ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael.

¹³⁹⁷ CE, 9^e et 10^e sous-sections réunies, 30 décembre 2009, n° 301077, inédit.

¹³⁹⁸ CE Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, AJDA 2006, p. 1028, obs. C. Landais et F. Lenica.

effet considérer qu'un comportement loyal implique une certaine cohérence et que l'on ne peut « endormir » son cocontractant, voire celui qui ne l'est pas encore, par des déclarations de bonnes intentions auxquelles on n'entend pas s'y conformer.

Il n'est donc pas incongru de penser que cet essor du devoir de cohérence pourrait, selon les circonstances, conduire à une certaine obligation de se conformer à ses déclarations d'intention, en encadrant néanmoins celles-ci par des règles suffisamment précises, à l'image du *promissory estoppel* du droit anglais. Dans ce sens, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un demandeur qui, après avoir sollicité un arbitrage, avait voulu s'en détacher en invoquant l'absence de convention d'arbitrage valable¹⁴⁰⁰. Elle a aussi frappé de déchéance le transporteur qui s'abstenait volontairement de prendre des réserves¹⁴⁰¹, et la banque qui, en dépit d'une convention d'unité de compte, avait fait fonctionner les comptes litigieux comme des comptes indépendants, et avait ainsi adopté un comportement incompatible avec l'application de la convention en cause dont elle avait revendiqué ensuite le bénéfice¹⁴⁰². Nous pouvons encore relever l'arrêt Chronopost, rendu le 22 octobre 1996¹⁴⁰³ où la Cour de cassation a réputé non écrite la clause limitative de réparation stipulée dans le contrat de transport rapide conclu entre la société Chronopost et un de ses clients, jugeant que cette clause devait être « effacée » du contrat, parce qu'en réduisant excessivement la sanction de l'inexécution de l'obligation essentielle de ponctualité souscrite par le transporteur, dans laquelle était cristallisée l'économie du contrat, « elle contredisait la portée de l'engagement pris ».

Il est nécessaire que la sanction de la confiance légitime soit limitée aux hypothèses où la déclaration d'intention a été suffisamment précise, qu'elle a raisonnablement pu et effectivement provoqué une confiance légitime de son destinataire et que le fait de la contredire par un comportement incompatible cause naturellement un préjudice à ce dernier. La nécessité d'un préjudice figure d'ailleurs déjà en filigrane dans la jurisprudence récente¹⁴⁰⁴. Même

¹³⁹⁹ V. notamment HOUTCIEFF Dimitri, Le principe de cohérence en matière contractuelle ; in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, *Économica*, 2001 ; v. aussi FAGES Bertrand, Le comportement du contractant, PUAM, 1997, n^{os} 592 et s.

¹⁴⁰⁰ Cass. civ. 1, 6 juillet 2005 et les obs. de FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, in RDC 2006, p. 1279 ; JCP G 2005, I, n^o 179, obs. ORTSCHIEDT Jérôme ; D. 2006, p. 1424, note AGOSTINI Eric.

¹⁴⁰¹ Cass. com., 4 avril 2006.

¹⁴⁰² Cass. com., 8 mars 2005.

¹⁴⁰³ Cass. com., 22 oct. 1996: CCC, 1997, comm. n^o 24, obs. LEVENEUR Laurent ; D. 1997, 121, note SERIAUX A. ; somm. comm. 175, obs. DELEBECQUE Philippe ; Defrénois, 1997, 333, obs. MAZEAUD Denis ; JCP1997.I.4002, obs. FABRE-MAGNAN Muriel ; et 4025, obs. VINEY Geneviève ; et II.22881, obs. D. Cohen ; RTDCiv.1997, 418, obs. MESTRE Jacques.

¹⁴⁰⁴ V. notamment, Cass. com., 5 oct. 2004, n^o 02-17.338, Bull. civ. IV, n^o 181, CCC, 2005, comm. 1, note LEVENEUR Laurent, JCP G 2005, I, n^o 114, obs. CHAGNY Muriel, RTDCiv. 2005, p. 128, obs. MESTRE

lorsque le juge ne se réfère pas expressément à la notion de confiance légitime, il s'attache, de fait, à justifier la sanction du précontractant par les circonstances particulières de la relation qui a existé entre les parties. La durée des pourparlers est par exemple un des éléments auxquels le juge attache de l'importance pour apprécier si la rupture était fautive. La jurisprudence montre que plus la relation précontractuelle s'installe entre les négociateurs, plus il devient difficile de la rompre. La durée de la relation est l'un des éléments concrets qui permettent de dire que la relation est suffisamment intense pour rendre légitime l'attente d'un précontractant, car plus la relation dure, plus la perspective de la conclusion du contrat devient probable, et plus il devient légitime pour l'un des précontractants de reprocher à l'autre d'avoir contrarié sa confiance de contracter. De ce fait, plus la relation dure, et plus il devient légitime de sanctionner celui qui ne pouvait ignorer que son comportement faisait naître de faux espoirs pour son partenaire.

La notion de confiance légitime est indispensable pour limiter les potentialités par trop vertigineuses de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. La jurisprudence française l'a ainsi retenu car de nombreuses déclarations d'intention sont trop floues ou informelles pour engendrer une confiance légitime en leur réalisation future. La notion de confiance légitime peut d'ailleurs faire l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation, comme elle le fait par exemple en matière de mandat apparent¹⁴⁰⁵. Les déclarations d'intention portant sur des événements futurs sont nécessairement marquées d'un certain aléa, qui doit être pris en compte et donc exclure toute sanction parfois trop systématique de leur irrespect¹⁴⁰⁶.

Le concept de confiance légitime a été développé, en droit privé français, par Emmanuel Lévy¹⁴⁰⁷. Cet auteur a situé la notion de confiance légitime au centre des rapports juridiques et a soutenu qu'elle permettrait d'expliquer l'essentiel du droit des obligations. Selon cet auteur, ce rapport est à la base du contrat – la volonté contractuelle est l'acte de confiance légitime entre le créancier et le débiteur – mais aussi à celle du délit - la faute étant une

Jacques et FAGES Bertrand, RDC 2005, p. 288, obs. STOFFEL-MUNCK Philippe ; RDC 2005, p. 384, obs. BEHAR-TOUCHAIS Martine: en matière de rupture de contrat de distribution, l'abus ne peut être retenu dès lors que le concédant n'a pas fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements ; faute de préjudice spécifique subi par le concessionnaire, le comportement versatile du concédant n'était donc pas condamnable.

¹⁴⁰⁵ Cass. civ. I, 29 avr. 1969, Bull. civ. I, n°s 153 à 155, D. 1970, jur., p. 23, note CALAIS-AULOY J., JCP G 1969, II, n° 15972, note LINDON R. ; Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-20.973, CCC, 2007, comm. 115, note LEVENEUR Laurent.

¹⁴⁰⁶ PINSOLLE Philippe, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, JDI, 1998-4, p. 905 et s.

¹⁴⁰⁷ LÉVY Emmanuel, Sur l'idée de transmission de droits à propos de la preuve par titre du droit de propriété immobilière), Pedone, Paris 1896. Du même auteur, v. également : La confiance légitime, RTDCiv. 1910, p. 717 et s. ; Les droits sont des croyances, RTDCiv. 1924, p. 322 et s.

confiance légitime trompée. Cette thèse n'a toutefois pas rencontré une grande audience¹⁴⁰⁸ et a été critiquée par la doctrine notamment en ce qu'elle tend à créer un monde d'illusions¹⁴⁰⁹. Pourtant, et comme nous allons le démontrer, l'idée selon laquelle la confiance portée dans les actes ou les paroles d'autrui engage celui qui a fait naître cette confiance connaît un succès certain dans la plupart des pays.

Au vu des développements qui précèdent, on ne peut pas admettre que les notions de *venire contra factum proprium* et de confiance légitime sont étrangères au droit français. S'il paraît donc difficile d'ériger en dogme absolu la confiance légitime, il n'est pas interdit, en revanche, de voir dans cette règle une nouvelle approche, un outil de compréhension plus moderne des comportements contradictoires, et de rapprocher les règles du droit français à d'autres règles du droit étranger. Aussi en France, la doctrine soutient que la confiance légitime est le critère de détermination de la faute précontractuelle dans les hypothèses de violation d'un devoir de renseignement ou de rupture fautive de pourparlers¹⁴¹⁰. Cependant, la jurisprudence, comme nous l'avons évoqué précédemment, continue à apprécier la question sous l'optique des principes fondamentaux de la responsabilité délictuelle.

La notion de confiance légitime a une application dans différents instituts du système juridique argentin, mais sans aucun doute, c'est dans ce que l'on appelle « la doctrine des propres actes » qu'elle acquiert le plus de force¹⁴¹¹.

Cette doctrine préconise qu'un précontractant ne peut se mettre en contradiction avec ses propres actes en exerçant une conduite incompatible avec une conduite antérieure délibérément, juridiquement significative et pleinement efficace. La doctrine des actes propres est une dérivation nécessaire et immédiate du principe général de bonne foi, fondée sur une protection de la confiance légitime.

L'application judiciaire de cette doctrine se matérialise comme une sorte d'interdiction ou d'inadmissibilité d'allégations en contradiction avec les propres actes antérieurs de la partie¹⁴¹². Elle importe « une barrière opposée à la prétention judiciaire, empêchant ainsi d'agir de façon incohérente ce qui blesse la confiance suscitée dans l'autre partie de la relation,

¹⁴⁰⁸ ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, Sirey, Paris 1951, 2^e éd., p. 174.

¹⁴⁰⁹ RIPERT Georges, *Le socialisme juridique* d'Emmanuel Lévy, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 26.

¹⁴¹⁰ SCHMIDT Joanna, *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDCiv. 1974, p. 53.

¹⁴¹¹ DIX PICAZO Y PONCE DE LEON Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963 ; PUIG BRUTAU José, *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelone, 1951.

puisqu'il n'est pas possible de permettre que soient assumées des règles qui suscitent de légitimes espérances et que soit formulée ensuite une demande judiciaire qui contredise la dite façon d'agir »¹⁴¹³.

Pour que la doctrine soit applicable, l'acte antérieur doit être exécuté dans une relation déterminée ou une situation juridique. Il doit avoir affecté des intérêts d'autrui et être juridiquement efficace, puisque si la première conduite est invalide ou inefficace, il est légitime de se retourner contre elle.

Dans cet ordre d'idées, la Cour Suprême de Justice Argentine a décidé qu'il est nécessaire, pour que cette doctrine s'applique, que les actes qui s'opposent au demandeur aient été volontaires, libres et n'aient pas été induits par aucune des causes qui corrompent la volonté, c'est-à-dire, erreur, dol, contrainte physique ou psychique, état de nécessité, etc.¹⁴¹⁴ L'article 1198 du Code civil argentin établit que les contrats doivent être conclus, interprétés et exécutés de bonne foi. La doctrine des actes propres trouve son origine dans cette prévision de bonne foi et spécialement dans la théorie du *venire contra factum proprium*. Cependant elle s'éloigne de cette dernière théorie puisque son application sanctionne uniquement la conduite contradictoire interprétée objectivement, sans prendre en compte l'intention des parties. Elle se distingue également des devoirs originaires de la bonne foi, comme ceux de loyauté, de coopération et de cohérence, qui imposent un standard de comportement. Par contre, la doctrine des actes propres empêche d'exercer judiciairement une prétention ou une défense contradictoire à une conduite antérieure délibérément, efficacement et juridiquement significative.

Nous avons démontré que tous les travaux doctrinaux d'harmonisation du droit privé envisagent la protection de la confiance légitime comme l'idée centrale de la responsabilité précontractuelle.

Les Principes Unidroit, dans l'article 2.15, paragraphe 3, précisent qu'agit de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des pourparlers sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord. Les rédacteurs ont notamment visé l'hypothèse où la confiance entre les

¹⁴¹² BIANCHI Enrique Tomas et IRIBARNE Héctor Pedro, El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum non valet, Enciclopedia del diritto, tomo 106, p. 851.

¹⁴¹³ COMPAGNUCCI DE CAS Rubén Héctor, La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad, La Ley, t. 1985-A, p. 1001.

¹⁴¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18 mars 2005, Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Instituto Nacional de Sérvios para Jubilados y Pensionados y Otros.

parties est cassée par la tromperie d'un partenaire, caractérisant un manque de bonne foi objective. Dans les Principes du droit européen du contrat, l'article 2 :301 est assez proche de celui de l'article 2.15 des Principes d'Unidroit. La confiance trompée d'un partenaire constitue le fondement de la responsabilité qui doit être sanctionnée, en cas de survenance d'un préjudice. Les commentateurs illustrent ce dispositif par les exemples des négociations entamées, poursuivies ou rompues contrairement à la bonne foi.

Dans le même sens, l'article II. - 3 :301 du DCFR prévoit la sanction de la rupture abusive de pourparlers par manquement à la confiance et la bonne foi : « (4) Est en particulier contraire aux exigences de la bonne foi le fait d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre partie ». Le PCCR reprend cette prévision dans son article 2:101, mais il ajoute dans l'alinéa 3, de façon expresse, la croyance dans la conclusion du contrat : « Agit également à l'encontre de la bonne foi la partie qui rompt les négociations précontractuelles sans motif légitime, alors que l'autre partie pouvait légitimement croire à la conclusion du contrat ». L'avant-projet du Groupe de Pavie prévoit à l'article 6, alinéa 2 qu'agit « à l'encontre de la bonne foi la partie qui entreprend ou poursuit les tractations sans l'intention de parvenir à la conclusion du contrat ». Mais c'est à l'alinéa 3 qu'il précise que « celle des parties qui a suscité auprès de l'autre une confiance raisonnable quant à la stipulation du contrat, agit à l'encontre de la bonne foi dès lors qu'elle interrompt les tractations sans motif justifié ».

Le PCCR consacre encore le principe de cohérence, sous la forme d'un principe directeur intégré à un chapitre préliminaire : « Article 0:304 : Une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs, sur la foi desquels son cocontractant a pu légitimement se fonder ». Un tel dispositif permettrait de fonder la responsabilité par rupture de pourparlers en violation de la confiance légitime, aussi bien dans les droits continentaux que par le *promissory estoppel* de la *common law*.

C - Conditions de mise œuvre de la protection de la confiance légitime précontractuelle

Une grande controverse a eu lieu en droit anglais sur le point de savoir si un préjudice est indispensable pour réparer la violation de la confiance légitime - *detrimental reliance* - ou si un changement de situation est suffisant. Pourtant les concepts utilisés dans les pays de

common law semblent clairement sanctionner la violation de la confiance légitime parce qu'il serait « *unconscionable* » de revenir sur une promesse, mais ce caractère ne se déduit pas, directement, du fait que l'autre partie ait subi un préjudice.

Le *Restatement Second* américain dans sa section 90 sur le *promissory estoppel*, n'exige pas du bénéficiaire de la promesse qu'il ait subi un préjudice, mais se contente d'une expectative raisonnable – *reasonably expect* – qui conduirait à une injustice laquelle paraît être réalisée par la seule constatation d'un préjudice moral davantage que par la révélation d'un préjudice matériel. En effet, on ne comprend pas pourquoi il serait nécessaire d'exiger un préjudice puisqu'il ne s'agit pas de réparer la violation de la confiance mais de rendre la promesse exécutoire. De nombreux arrêts font jouer *l'estoppel* lorsqu'une personne, sur la foi de la promesse de l'autre, a renoncé à faire valoir ses droits en temps voulu et qu'elle se trouve ensuite empêchée de le faire du fait de la prescription. Selon Mme Fauvarque-Cosson, la doctrine américaine semble avoir déplacé le débat de la question du préjudice à celle de l'intensité de l'action ou de l'inaction de celui qui l'a causé : « les auteurs américains se demandent si elles doivent être « d'un caractère défini et substantiel »¹⁴¹⁵.

Tandis qu'en droit anglais, *l'estoppel* n'est pas un mécanisme de responsabilité mais une sorte de fin de non-recevoir qui interdit à l'auteur d'une promesse de revenir sur celle-ci si, dans les pays civilistes, la sanction de l'atteinte à la confiance légitime passe par la mise en œuvre des règles de la responsabilité délictuelle. Dans la grande majorité des pays de droit civil, la sanction de la confiance trompée pendant les pourparlers prendra la forme de dommages et intérêts, soumis aux règles traditionnelles de la responsabilité délictuelle.

En règle générale, trois conditions devront être réunies pour indemniser la partie qui a subi un préjudice du fait du comportement de l'autre partie : une faute consistant dans une déclaration ou un comportement incohérent, l'existence d'un préjudice, et un lien de causalité correspondant à une confiance légitime causée par la déclaration ou le comportement qui a conduit la victime à adopter un comportement déterminé.

Même si la question n'est pas définitivement tranchée en droit français, retenue ici à titre d'exemple, un préjudice est en principe nécessaire afin que soit sanctionnée l'incohérence

¹⁴¹⁵ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de Législation comparée, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 50.

de comportement¹⁴¹⁶. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'il y ait une contrariété implicite, virtuelle ou occasionnelle, il faut que le comportement soit directement contradictoire. Il faut un fait générateur de confiance, l'adhésion de l'autre partie à ce fait, ainsi que la contrariété à ce fait par la partie qui l'a créé.

En ce qui concerne la faute, la notion de légitimité est l'instrument par lequel sera conférée à la confiance sa dimension opérationnelle. La dimension essentiellement subjective de la confiance sera compensée par l'emploi de ce concept aux vertus normalisatrices. Au plan technique, la notion de légitimité constitue donc un instrument opérationnel. Le recours au raisonnement *in abstracto* s'impose comme le seul capable de rendre compte de ce qui est raisonnable ou légitime. Qu'il s'agisse du *reasonable man* ou du bon père de famille, il est indispensable d'avoir recours à des modèles abstraits pour évaluer la légitimité de la confiance, mais cela ne signifie pas que l'appréciation soit subjective.

Il faut ainsi que la situation de confiance soit objective, la partie qui a confié devant le faire de bonne foi et ayant pris toutes les précautions usuelles du trafic juridique, il s'agit ainsi d'une confiance légitime. Il est nécessaire que la partie ait fondé sa confiance sur des éléments objectifs et raisonnables, qui pourraient gérer la confiance de toute personne « normale ». Le juge ne caractérisera donc pas la confiance légitime de manière arbitraire mais bien au terme d'un processus de nature à garantir la sécurité juridique. Plus qu'un caractère affectant accessoirement la confiance, elle en est le corollaire nécessaire. La confiance sera considérée comme légitime ou non, selon le caractère plus ou moins avancé des pourparlers et la qualité de la victime de la rupture. On peut s'attendre, par exemple, à ce qu'un professionnel ne fasse pas preuve de légèreté dans la conduite des pourparlers et n'accorde pas sa confiance de manière hâtive. Pour que le lien de causalité soit caractérisé, il faut que le comportement du défendeur soit la cause directe de la confiance, et doit révéler son intention d'être engagé à adopter une attitude déterminée dans l'avenir.

Enfin, la responsabilité précontractuelle basée sur la confiance légitime exige encore un autre élément particulier, par rapport à la responsabilité civile en général, et qui ne semble pas pouvoir être absorbé par la notion de préjudice. Il s'agit d'une condition que nous pouvons définir par le vocable « investissement de confiance ». Pour que la confiance soit réparée, il faudrait que la victime ait réalisé une action ou omission qu'elle n'aurait pas réalisé si l'autre

¹⁴¹⁶ Com. 5 oct. 2004, CCC, 2005, comm. n° 1, obs. LEVENEUR Laurent ; JCP 2005.I.114, obs. CHAGNY Muriel ; RDC, 2005, 288, obs. STOFFEL-MUNCK Philippe et 384, obs. BEHAR-TOUCHAIS Martine.

partie n'avait pas violé sa confiance légitime. Il faudrait alors que l'autre partie ait induit la victime, par la violation de la confiance, à changer son comportement et à agir en fonction de la confiance créée. Ces actions ne pouvant pas être défaites sans provoquer des préjudices à la victime.

Dans la responsabilité par manquement à un devoir de comportement, il suffit de vérifier la survenance d'un préjudice et établir le lien de causalité avec la faute précontractuelle. La responsabilité précontractuelle, quant à elle, se base sur la confiance. Elle suppose toujours que quelqu'un ait été conduit à une conviction, sur laquelle il va bâtir ses décisions. Il faut alors dans une séquence temporelle, une conduite qui génère une confiance et ensuite une orientation, mouvement, ou changement de position de la victime par rapport à ses plans antérieurs. Cela démontre le caractère mobile de l'agissement humain. Il faut une indication et ensuite une adaptation de l'action de la victime.

Dans ce mécanisme traditionnel de la responsabilité civile, seul est pris en compte le comportement du défendeur en ce qu'il a pu atteindre et porter préjudice à un bien juridique de la victime, aucun autre comportement des parties n'est pris en considération pour établir la responsabilité. Plus tard, pour la réparation et la sanction, d'autres comportements pourront être analysés. À cette ligne statique de protection du *status quo* patrimonial ou personnel, la confiance incorpore une dynamique propre à la coordination de comportements dans l'ordre de conditions de mise en œuvre de la responsabilité, étant son déséquilibre le fondement de l'obligation d'indemniser.

SECTION 2 - LA MORALISATION DES POURPARLERS PAR LE DEVOIR DE RENSEIGNEMENT

Certes, la confiance légitime garde toute son importance en ce qui concerne les hypothèses de responsabilité par violation du devoir précontractuel de renseignement, mais en raison des spécificités de ce devoir, d'autres éléments vont s'ajouter, dans des degrés d'importance différents, pour former le fondement de la responsabilité précontractuelle dans ces hypothèses. C'est le cas surtout du principe de la coopération (§1), mais nous verrons que l'analyse économique du droit pourra aussi influencer la mise en œuvre de la réparation du préjudice précontractuel (§2).

§1 -La solidarité comme complément de la confiance dans les hypothèses de violation du devoir de renseignement

Comme pour toute la responsabilité précontractuelle, on peut trouver le fondement de la sanction de la violation du devoir de renseignement dans la protection de la confiance légitime. En effet, quand les parties s'engagent en pourparlers visant à la conclusion d'un contrat et échangent des informations, elles doivent pouvoir faire confiance à la crédibilité de ces informations (A). L'exigence de ce devoir vise à protéger la confiance légitime des précontractants, même si dans certaines hypothèses, la confiance ne sera pas la seule valeur protégée. En effet, on assiste depuis quelques années, à l'avènement d'un mouvement de solidarité dans les pourparlers internationaux qui vient remplacer la bonne foi-loyauté en tant que principe directeur du devoir de renseignement (B). Dans ce sens, à côté de la confiance légitime, nous estimons que le principe de coopération, rattaché à la solidarité, pourra servir de fondement pour exiger l'observance de règles de conseil, de dialogue et d'assistance.

A - La confiance légitime et la protection du renseignement

La prise en compte de la confiance légitime conduit à sanctionner tout comportement susceptible d'influencer le consentement de la victime ou de faire naître la confiance en la possible conclusion du contrat, même si le comportement qui a causé le préjudice était de bonne foi. Tous les systèmes juridiques étudiés protègent la partie qui a fait confiance à son détriment, en se déterminant par rapport à des informations inexactes. L'entrée en pourparlers appelle à la confiance légitime, notamment des professionnels, l'inexactitude des informations délivrées permettant d'engager la responsabilité précontractuelle.

On a relevé que la confiance légitime exige un investissement de confiance qui est ultérieur à l'émission d'une information ou de la prise d'une action ou position qui cause un préjudice. Naturellement, nous pensons que les hypothèses de responsabilité précontractuelle par omission d'un devoir de fournir un renseignement, ne doivent pas se fonder sur la confiance légitime. Il faut une action qui pousse l'autre partie à agir à son détriment.

On pourrait penser que dans les cas où une information, un conseil ou un avis est exigé par la loi, l'omission pourrait provoquer l'engagement de la responsabilité de celui qui s'est omis, puisque l'autre partie avait confiance et pouvait s'attendre raisonnablement à la crédibilité de ce renseignement. Mais l'omission ne peut jamais créer une confiance. Il manque

un comportement que puisse la capter. L'attente de l'observation d'une obligation légale de fournir un renseignement ne peut pas constituer le fondement autonome de la responsabilité par confiance. Dans les cas d'omission, c'est le principe de coopération qui va servir de base pour l'établissement de la responsabilité précontractuelle.

Dans une autre hypothèse, la responsabilité par la confiance pourrait être engagée si un précontractant n'a pas complété une information, quand l'autre partie avait raison de s'y attendre, en conformité avec le comportement antérieur de ce précontractant. Là, on ne peut pas parler d'omission pure, et la confiance légitime pourra fonder la responsabilité précontractuelle de celui qui n'a pas complété le renseignement.

Certes, on a pu relever que la théorie de la confiance distingue bien le moment de captation et de destruction de la confiance. Toutefois, on peut penser que dans certaines hypothèses, l'acte qui est à l'origine de la confiance représente, simultanément, aussi la cause de sa violation. Un seul acte peut être compris dans deux différents sens, comme fait générateur d'origine et comme investissement de confiance. C'est notamment le cas, en matière de responsabilité par déclarations, quand une déclaration constitue un acte illicite, apte à causer immédiatement des préjudices. De toute façon, une justification et un investissement seront nécessaires pour la confiance. La simple illicéité d'une information ne va pas engager la responsabilité de son auteur si la victime ne lui a pas fait confiance.

B - Le passage de la loyauté à la solidarité en matière de devoir de renseignement

Notre société est passée d'un modèle libérale excessivement individualiste du XIX^e siècle¹⁴¹⁷ à un modèle socialiste ou moraliste, que Fleischer appelle *Welfaristische Begründungsmuster*. La moralisation du droit des contrats doit être considérée en liaison avec la théorie sociale ou solidariste des relations contractuelles¹⁴¹⁸. Comme conséquence à cette philosophie solidariste du contrat, on notera tout particulièrement le recul sensible du rôle de la volonté dans le processus contractuel¹⁴¹⁹. Le devoir de se renseigner - *emptor debet esse curiosus* : l'acquéreur se doit d'être curieux - n'a plus la vigueur qu'il avait auparavant.

¹⁴¹⁷ JUGLART Michel de, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTDCiv., 1945, p. 1.

¹⁴¹⁸ Pour un exposé de cette nouvelle culture contractuelle, voir MAZEAUD Denis, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges offerts à F. Terré, Dalloz, publication et édition du Jurisclasseur, 1999, p. 603 et s.

¹⁴¹⁹ JAMIN Christophe, Quelle nouvelle crise du contrat?, in JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.) La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, p. 13 ; v. aussi MARKOVITS Daniel, Contract and Collaboration, 113 Yale Law Journal, 2004, p. 1417.

Affirmer que l'obligation d'informer tire sa légitimité des valeurs morales revient à dire que ce devoir est supérieur sur le plan moral au devoir fait à chacun de s'informer soi-même¹⁴²⁰. Sur la base du principe de l'égalité et de la solidarité, le droit cherche à assurer l'accès égal à la connaissance dans la formation du contrat. C'est cette fonction comme instrument d'équilibre qui donne précisément au devoir de renseignement toute sa justification morale.

À cet effet, le devoir de renseignement a pris appui sur la notion de loyauté et de bonne foi dans les relations contractuelles, prévue à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil français. Un lien est ainsi nettement établi, par exemple, entre le devoir de loyauté du dirigeant et l'existence d'un devoir de renseignement précontractuel dans les cessions de titres sociaux¹⁴²¹. À plusieurs reprises la Chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé l'existence d'un devoir de loyauté des dirigeants sociaux à l'égard « de tout associé »¹⁴²².

Cependant, la notion de bonne foi a été jugée comme étant insuffisante pour offrir un principe de justification capable d'englober le devoir de renseignement dans tous ses aspects : « l'exigence de bonne foi, sauf à être étirée jusqu'à la déformation, ne suffit pas à justifier les obligations de conseil, d'assistance, de collaboration et de coopération »¹⁴²³. Le principe sur la base duquel on pense pouvoir légitimement obliger les parties à se conformer aux règles de conseil, de dialogue et d'assistance, c'est le principe de coopération dans son rôle completif de la confiance légitime.

Dans une large mesure, la bonne foi et la coopération sont des notions voisines dans leurs natures et leurs effets. Normes de comportement destinées à moraliser les rapports contractuels et à adapter le droit à l'évolution de la pratique des affaires, ces deux notions sont d'abord, et essentiellement, tournées vers les parties en tant qu'acteurs et, ensuite seulement, vers le contrat en tant qu'instrument juridique de leurs transactions.

Cependant, malgré l'importance des éléments de rapprochement, il nous semble préférable de distinguer ces deux notions¹⁴²⁴. En effet, le devoir de coopération, plus que la

¹⁴²⁰ C'est M. JUGLART qui dès 1945 a mis en lumière l'existence d'une obligation précontractuelle d'information: JUGLART Michel de, L'obligation de renseignements dans les contrats, RTDCiv., 1945, p. 1.

¹⁴²¹ GODON Laurent, Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté..., Note sous Cass. com., 28 novembre 2006, LEYGONIE Alain, Rev. sociétés 2007, p. 519 ; et LE TOURNEAU Philippe, Existe-t-il une morale des affaires ?, in La morale et le droit des affaires, Centre de droit des affaires de Toulouse, Montchrestien, 1996, p. 7 et s.

¹⁴²² Cass. com. 27 févr. 1996, Arrêt Vilgrain ; Com. 12 mai 2004, Beley.

¹⁴²³ THIEBERGUE-GUELFUCCI Catherine, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDCiv., 1997, pp. 358 et s.

¹⁴²⁴ DIESSE François, La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CVIM), JDI, 1, 2002, p. 55.

notion de bonne foi, renvoie, outre à l'attitude d'un contractant honnête et fidèle à ses engagements, au modèle de personne diligente et attentive aux besoins de son partenaire et aux devoirs qui en découlent.

Ainsi que l'observe M. Fages, « tandis que le devoir de loyauté permet simplement de sanctionner les mauvais comportements, le devoir de coopération engage quant à lui le contractant à « faire preuve d'ouverture et d'assistance envers l'autre partie »¹⁴²⁵.

Ce devoir de solidarité ne peut se satisfaire, contrairement à la bonne foi, de la seule prohibition des comportements guidés par l'intention de nuire à son partenaire ou de tirer profit de ses adversités et de ses faiblesses. La solidarité contractuelle va au-delà et conduit « à une compréhension de l'abus qui dépasse la volonté de nuire mais qui ne délaisse point une analyse subjective du comportement incriminé »¹⁴²⁶. Cela se conçoit aisément. En effet, d'un point de vue général, « coopérer, c'est accepter d'agir unis, c'est avouer que l'on est lié par des intérêts communs ou convergents. Ce n'est donc pas, comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore : c'est s'obliger à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement »¹⁴²⁷.

La jurisprudence est à cet égard plus audacieuse puisqu'elle « exige, de la part de chaque contractant, un comportement altruiste minimum qui doit épouser les attentes légitimes de son partenaire et éviter l'individualisme contractuel exacerbé »¹⁴²⁸. Cette jurisprudence invite les parties à s'entraider¹⁴²⁹.

Désormais, tel que le révèle l'analyse de la jurisprudence, et à notre avis, les précontractants doivent, en plus de s'abstenir d'agir de mauvaise foi, accomplir des actes de collaboration ou d'assistance, de conseil, de mise en garde et de renseignement. Elle implique aussi, et surtout, une rencontre d'espoir et de confiance réciproque entre les parties dans la mesure où chacune espère obtenir de l'autre la satisfaction de ses besoins¹⁴³⁰. Et c'est à juste

¹⁴²⁵ FAGES Bertrand, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, n° 558, p. 301.

¹⁴²⁶ MAZEAUD Denis, D. 1998, somm. p. 114.

¹⁴²⁷ MERCADAL Barthélémy, *Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle*, DPCI 1984, t. 10, n° 3, p. 319.

¹⁴²⁸ MAZEAUD Denis, D. 1998, somm. p. 114.

¹⁴²⁹ THIBIERGE-GUELFUCCI Catherine, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDCiv., 1997, p. 362, spéc. 382.

¹⁴³⁰ DIESSE François, *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat*, Arch. Phil. Droit, 1999, n°43, p. 259 ; voir aussi, dans ce sens: GENDRE-DEVOIVRE, *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Thèse Clermont, 1981, p. 3.

titre que M. Witz propose de « voir dans l'obligation de coopération un principe autonome »¹⁴³¹, distinct de la bonne foi.

Le devoir de coopération jouit encore d'une autonomie inachevée. Le devoir de coopération dont l'importance pour les parties est inestimable. Il ne peut cependant pas étinceler de tout son éclat, faute de nature juridique précise, de base légale stable et solide et de régime propre. Il souffre encore des faiblesses de son application casuistique, et des critiques du caractère expansionniste. À cette défaillance juridique s'ajoute la complexité de sa mise en œuvre, le devoir de coopération ne pouvant ni s'inscrire dans les définitions et catégories juridiques classiques, ni s'aligner avec docilité derrière les concepts connus¹⁴³².

En raison de l'internationalité des pourparlers, plus de diligence et de célérité sont exigées des pourparlers. De telles conditions peuvent se traduire par l'obligation pour chaque précontractant de tenir compte des caractéristiques particulières de ce type d'opération pour moduler son comportement en fonction, par exemple, de ce que l'on peut induire de l'éloignement des parties ou de l'extranéité des pourparlers.

La coopération est, par définition, un concept plus factuel, casuistique et pragmatique que théorique et abstrait. Il semble qu'elle se prêterait moins que la bonne foi aux querelles conceptuelles et se heurterait plus difficilement à la diversité des systèmes juridiques. Ainsi, la coopération serait une exigence plus flexible que la bonne foi¹⁴³³.

En effet, approuvant ce passage de la notion de bonne foi à celle de la coopération certains auteurs déclarent que « de l'acception primitive [de la bonne foi] qui n'avait l'air que d'innocence passive, la pratique contemporaine est passée à une conception plus dynamique : le devoir de coopération »¹⁴³⁴. D'autres auteurs, soulignent dans le même sens soulignent l'évolution, dans la pratique contractuelle et la jurisprudence, de la bonne foi « vers le stade ultérieur, mais radicalement différent, de la coopération »¹⁴³⁵. En effet, si sur le plan théorique la coopération peut être considérée comme le complément de la résonance morale qu'inspire la bonne foi, sur le plan pratique, force est de constater que l'exigence de la coopération est plus

¹⁴³¹ WITZ Claude, note sous CA, Grenoble, ch com., 21 oct. 2000, JDI 2000, p. 1024 s.

¹⁴³² DIESSE François, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Arch. Phil. Droit, 1999, n°43, p. 302.

¹⁴³³ CARBONNIER Jean, Droit civil, t. IV, Les obligations, 18^e éd ; PUF, 1994, p. 44.

¹⁴³⁴ Ibid. p. 45, n° 17.

¹⁴³⁵ MESTRE Jacques, De l'exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTDCiv. 1986, p. 101.

extensible que le respect de la bonne foi, la coopération étant par nature, rappelons-le, consubstantielle au contrat¹⁴³⁶ et une exigence liée au dynamisme des affaires¹⁴³⁷.

C - Le devoir de coopération dans la mise en œuvre du devoir de renseignement

Le devoir de coopération est lié au principe de solidarité contractuelle¹⁴³⁸ qui préfigure une « humanisation » des rapports contractuels et oriente les contractants vers le dialogue et l'entraide. Elle évoque moins l'idée de domination et de conflits d'intérêts que celle plus raffinée et plus complexe de communauté d'intérêts. Elle exprime donc un point de vue extrêmement solidariste selon lequel le contrat est soumis aux nécessités de la coopération. La conception réaliste des rapports contractuels ne voit plus dans le contrat un terrain où s'affrontent des intérêts immédiats et égoïstes, mais un espace de coopération en vue de construire et de réaliser un projet bénéfique, avantageux pour tous.

Si des nombreuses critiques ont été adressées au modèle libéral, qui limite les devoirs de renseignements aux hypothèses de déséquilibre des parties dans le marché, il nous semble que l'adoption du modèle solidariste ou moraliste doit se faire de manière prudente. Plusieurs arguments libéraux peuvent être avancés contre le modèle solidariste et le devoir de coopération. En effet, il s'agit d'un devoir qui s'impose aux parties en dehors de leur volonté et qui provoque de l'insécurité juridique. Il renforce la dépendance et l'assistanat en affaiblissant l'instinct de curiosité ; et n'estime pas le renseignement à sa juste valeur.

En effet, il est difficile de concevoir la formation du contrat comme un espace de totale solidarité, cela dénaturerait leur réalité. Le contrat a pour objet la recherche des intérêts individuels de chaque partie, et ces intérêts sont le plus souvent divergents. Il est normal, par exemple, que le vendeur cherche à vendre pour le prix le plus cher et l'acheteur veuille acheter pour le prix le plus bas. Le fournisseur d'un produit informatique cherche normalement à vendre l'appareil le plus cher, même si l'acheteur n'a pas besoin d'un tel équipement. L'exploitation d'une opportunité d'affaires est nécessaire éthiquement acceptable et économiquement. Cela ne configure pas une information déloyale ou inexacte, il s'agit d'une application de la notion du *dolus bonus* comme un usage normal dans les relations

¹⁴³⁶ MOUSSERON Jean Marc, Technique contractuelle, 3^e éd, Francis Lefebvre, 2005, n° 27.

¹⁴³⁷ MESTRE Jacques, De l'exigence de la bonne foi à un esprit de collaboration, RTDCiv. 1986, p. 101 et CARBONNIER Jean, Droit civil, t. IV, Les obligations, 18^e éd ; PUF, 1994, p. 45, n° 17.

¹⁴³⁸ JAMIN Christophe, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

commerciales. Le devoir de coopération peut imposer, cependant, que les précontractants n'ignorent pas complètement les intérêts de l'autre partie et qu'ils respectent la confiance légitime de son partenaire.

Au demeurant, l'exigence de coopération et de solidarité entre contractants n'est pas indifférente aux considérations d'efficacité, de performance et de pérennité du contrat. La coopération raisonnable est toujours bénéfique aux parties, et notamment à ceux qui contractent en vue de retirer ses bénéfices. Mais ces derniers ne sont là à l'arrivée que pour autant que les partenaires de la coopération antagoniste se seront fait confiance. M. Rojot, dans une étude consacrée à la gestion de la négociation, démontre que la façon dont chacun se conduit dans une négociation est primordiale quant aux résultats en gains ou en pertes pour les parties à la négociation. Ainsi, si une partie adopte une attitude d'ouverture, dite « stratégie coopérative ou interactive » et que son adversaire en fait autant, cela entraînera « une maximisation des bénéfices des deux parties »¹⁴³⁹. L'écoute attentive d'autrui, l'effort de clarté et de concertation des parties seront en mesure de maximiser leurs gains. Alors qu'une attitude conflictuelle serait source de malentendu et d'incompréhension, « toute imprécision, lacune, ambiguïté ou contradiction dans le contrat se révéleront nuisibles aux parties »¹⁴⁴⁰. Ainsi, le devoir de renseignement peut être reconnu comme une application du rôle completif du devoir de coopération¹⁴⁴¹.

Dans ce sens, selon M. Picod, le critère de l'utilité peut aussi contribuer à justifier l'existence d'un devoir d'informer autrui¹⁴⁴². Ainsi, peut-être rattachée à ce devoir de coopération, l'obligation pesant sur chacun des cocontractants d'avertir l'autre, en cours de contrat, « des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »¹⁴⁴³.

En outre, l'évolution naturelle de la solidarité et de la coopération dans la formation du contrat, par la prise en compte de l'intérêt de son partenaire, correspond aux objectifs de la protection de la confiance légitime, suscitée dans l'autre partie, de la cohérence de son comportement.

¹⁴³⁹ ROJOT Jacques, La gestion de la négociation, RTDCom, 1998, p. 447 et s.

¹⁴⁴⁰ BIRBES Xavier, L'objet de la négociation, RTDCom., 1998, p. 472.

¹⁴⁴¹ Voir JUGLART Michel de, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD. Civ.. 1945-1 et s. ; ALISSE Jean, L'obligation de renseignement dans les contrats, Thèse, Paris 2, 1975 ; BOYER Yves, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Presses universitaires d'Aix. 1977.

¹⁴⁴² PICOD Yves, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP 1988, I, 3318, n° 18.

¹⁴⁴³ DEMOGUE René, Traité des obligations en général, t. VI, 1931, n° 29.

Le devoir de coopération est de l'essence de certains contrats¹⁴⁴⁴ en raison du lien de confiance qui doit régner entre les parties. C'est notamment le cas des contrats de distribution¹⁴⁴⁵ et des contrats de quelque ampleur ou originalité, tels les contrats d'ingénierie et de transferts de maîtrise industrielle¹⁴⁴⁶ où le prestataire doit suppléer la carence de son client¹⁴⁴⁷, voire l'assister pour la mise en route¹⁴⁴⁸. Au-delà de ces contrats, qui constituent la terre d'élection d'un devoir de coopération, la jurisprudence tend à en généraliser l'existence entre les parties¹⁴⁴⁹. Simplement, un tel devoir les oblige à exécuter leurs obligations en prenant en compte les intérêts de leurs partenaires. L'idée n'est sans doute pas nouvelle¹⁴⁵⁰, et a germé en doctrine sous diverses appellations, notamment, « devoir de collaboration »¹⁴⁵¹ et « obligation d'implication »¹⁴⁵². Mais ce n'est que depuis quelques années qu'elle a pris corps, tant en législation qu'en jurisprudence, au point que l'on a pu y voir un principe directeur du contrat¹⁴⁵³, non sans qu'une partie de la doctrine s'étonne qu'« à une époque où le mariage s'était peut-être transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer le contrat en mariage »¹⁴⁵⁴. Au demeurant, le devoir de coopération à travers son sous-standard, le principe de collaboration, se retrouve déjà formellement exprimé dans certains textes. Si l'article 5.1.3 des Principes d'Unidroit fait preuve de prudence, en limitant le devoir de collaboration entre les parties « lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations », les Principes du droit européen du contrat prévoient en leur article 1:202 que « chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet » ; et l'article 0 :303 du PCCR, dans ses principes directeurs du droit européen du contrat, prévoit que « Les parties sont tenues de collaborer lorsque cela est nécessaire à l'exécution de leur contrat ».

¹⁴⁴⁴ Sur le devoir de loyauté dans la société : LE NABASQUE Hervé, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTDCom. 1999, p. 273 ; Y. GUYON, La fraternité dans le droit des sociétés, Rev. sociétés 1989, p. 439.

¹⁴⁴⁵ voir LE TOURNEAU Philippe, Les contrats de franchisage, Litec, 2007, 2^e éd., n^{os}92, 169, 208 et 227 ; AMIEL-COSME Laurence, Les réseaux de distribution, 1995, LGDJ, n^{os} 152 et s.

¹⁴⁴⁶ LE TOURNEAU Philippe, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, 2003, Litec.

¹⁴⁴⁷ CA Paris, 3 déc. 1993, Expertises 1994, p. 193 ; Cass. com. 6 mai 2003, n^o 00-11.530, Expertises 2003, p. 262.

¹⁴⁴⁸ Cass. civ. 1, 8 janv. 1985, RTDCiv. 1986, p. 138, obs. HUET Jérôme ; CA Paris, 7 mai 1986, GP, 1987.1. somm. 24 ; CA Orléans, 20 févr. 2003, Sté Développement immobilier, CCC 2003, n^o 135, le client est tenu par une obligation de coopération, d'implication, de dialogue.

¹⁴⁴⁹ MESTRE Jacques, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTDCiv., 1986, p. 101 ; PICOD Yves, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP 1988, I, 3318.

¹⁴⁵⁰ DEMOGUE René, Traité des obligations en général, t. VI, 1931, n^o 3.

¹⁴⁵¹ Ibid. n^o 3.

¹⁴⁵² DARMAISIN Stéphane, Le contrat moral, 2000, LGDJ, n^o 396.

¹⁴⁵³ DIESSE François, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Arch. Phil. du droit, 1999, p. 259.

¹⁴⁵⁴ Voir CARBONNIER Jean, Droit civil, t. 2, Les biens. Les obligations, 2004, PUF, Quadrige, n^o 1030, p. 2119.

§2 - L'apport de l'analyse économique au renouveau de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international

L'origine de l'approche *Law and Economics* est essentiellement américaine. On lui donne souvent comme point de départ l'article de Coase sur le « coût social », publié en 1960 dans le *Journal of Law and Economics*¹⁴⁵⁵. La première grande systématisation a été l'œuvre de Posner, avec son fondamental ouvrage *Economic Analysis Law*¹⁴⁵⁶. Le courant, essaimé à l'étranger, surtout, dans les pays anglophones. En Europe continentale, son degré de pénétration est variable selon les pays.

En France, l'analyse économique du droit a été présentée au public par des économistes à la fin des années 1970, comme en Allemagne¹⁴⁵⁷. Mais contrairement à l'Allemagne, elle a fait l'objet de si acerbes critiques que la réception chez les juristes s'en est trouvée exclue¹⁴⁵⁸. Des contributions qui auraient pu intéresser les juristes sont ainsi passées largement inaperçues¹⁴⁵⁹.

Cette situation a duré jusqu'à la fin des années 1990. Fort heureusement, l'analyse économique du droit connaît, depuis quelques années, un gain rapide d'intérêt dans le milieu juridique français¹⁴⁶⁰. M. Terré a écrit en 1996 que « ce courant original, fructueux, mieux encore indispensable a pénétré dans la pensée juridique française »¹⁴⁶¹, mais il n'expose pas ce courant. Une autre introduction au droit, celle de Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan résumant leur exposé par la proposition selon laquelle « l'analyse économique du droit a pour

¹⁴⁵⁵ COASE Ronald, *The problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, n° 3, pp. 1-44.

¹⁴⁵⁶ POSNER Richard, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., Boston, 1998.

¹⁴⁵⁷ ROSA Jean-Jacques et AFTALION Florin (dir.), *L'économie retrouvée - Vieilles critiques et nouvelles méthodes*, Paris, Économica, 1977 ; LEPAGE Henri, *Demain le capitalisme*, Paris, Librairie générale française, 1978 ;

¹⁴⁵⁸ ANDREFF Wladimir, COT Annie L. et al. (dir.), *L'économie fiction - Contre les nouveaux économistes*, Paris, François Maspero, 1982.

¹⁴⁵⁹ Par exemple, l'économiste LEPAGE Henri, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985 ; et le juriste anglais RUDDEN Bernard, *Le juste et l'inefficace: pour un non-devoir de renseignements*, *RTDCiv.*, 1985, pp. 91-103 ; RUDDEN Bernard et JUILHARD Philippe, *Théorie de la violation efficace*, *RIDC*, 1986, n° 38, pp. 1015-1041 ; et l'économiste Lemennicier, Bertrand, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 ; LEMENNICIER Bertrand, *Economie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991.

¹⁴⁶⁰ MACKAAY Ejan, *Analyse économique du droit - I. Fondements*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 2000 ; COASE Ronald H., *Le coût du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 ; OGUS Anthony et FAURE Michael, *Économie du droit : le cas français*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002 ; DEUMIER Pascale, *Le droit spontané - Contribution à l'étude des sources du droit*, Paris, Économica, 2002 ; HARNAY Sophie et Alain Marciano, *Posner - L'analyse économique du droit*, Paris, Éditions Michalon, 2003 ; SIMONNOT Philippe, *L'invention de l'État - Économie du Droit*, Paris, Les belles lettres, 2003 ; FABRE-MAGNAN Muriel, *Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.

¹⁴⁶¹ TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1996, 3^e éd., p. 356.

objet de mesurer l'efficacité des règles de droit, principalement en termes de coûts »¹⁴⁶². L'expression la plus juste des visées de l'analyse économique du droit se lit cependant sous la plume d'Oppetit : « Pour l'essentiel l'analyse économique du droit fournit au juriste une méthode destinée à lui permettre de repenser les fonctions des institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit, envisagé dans son historicité et son perfectionnement, par opposition au statisme d'un système refermé sur lui-même, dans lequel le juriste ne tend guère qu'au recensement exhaustif de règles du droit établi et à la recherche des solutions aux problèmes juridiques nouveaux à l'intérieur de sa discipline. La méthode de l'analyse économique du droit vaut d'abord comme description de la réalité : elle procure un cadre d'analyse pour comprendre les finalités et les évolutions du système juridique ; en outre, elle ambitionne de provoquer les changements législatifs si se révèle une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité. Elle peut répondre à une triple finalité : critique – prédire quels seront les effets attendus d'une loi –, normative – déterminer quelle législation devrait être adoptée– et prédictive – prédire quelle législation sera adoptée »¹⁴⁶³.

À travers la théorie des jeux, l'analyse économique du droit essaye de comprendre l'agir relationnel des êtres humains qui, devant un fait quelconque, sont obligés de prendre des décisions concernant leur relation avec d'autres personnes. Cette théorie, par simulation d'hypothèses réelles, explique que les êtres humains, pour éviter un conflit, ont intérêt à adopter un comportement compatible avec celui des autres – théorie du jeu de coordination – et à coopérer avec les autres parce que c'est plus avantageux pour les deux parties – théorie du jeu mixte.

La théorie des jeux¹⁴⁶⁴ examine l'influence des interactions humaines sur le comportement d'un individu, et repose sur deux concepts fondamentaux : le jeu en tant qu'« une situation concurrentielle dans laquelle deux personnes (ou plus) poursuivent leur intérêt », et la stratégie en tant qu'« une action entreprise par un joueur dans chaque situation possible »¹⁴⁶⁵.

Les précontractants sont considérés comme des joueurs d'un point de vue économique, dont l'objectif est la meilleure satisfaction possible de leur intérêt individuel. Chaque joueur

¹⁴⁶² GHESTIN Jacques, GOUBEUX Gilles et FABRE-MAGNAN Muriel, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1994, 3^e éd., p. 83.

¹⁴⁶³ OPETIT Bruno, *Droit et économie*, 1992, 37, *Archives de philosophie du droit* n° 17-26, spéc. 23.

¹⁴⁶⁴ GUERRIEN B., *La théorie des jeux*, *Economica*, 2^e édition, 1995 ; POSNER R., *Economic analysis and law*, Aspen Law and Business. 1998, p. 21 ; COOTER R. et ULEN T., *Law & Economics*. 2000, p. 34 ; CAHUC P., *La nouvelle microéconomie*. Ed. La Découverte, Coll. Reperes. p. 17.

¹⁴⁶⁵ BERBIER B. et VEDIE H.-L., *Initiation à la microéconomie*, Dunod, 1998, p. 180 et s.

adopte, lors de la négociation, une stratégie afin de tirer le meilleur de cette négociation. Chaque joueur peut décider d'adopter soit un comportement non coopératif, soit un comportement coopératif, dont dépend l'issue de la négociation.

Une stratégie non coopérative aboutit nécessairement à l'absence de conclusion du contrat envisagé. L'une des parties au contrat peut tout d'abord refuser de conclure le contrat car la négociation a permis de mettre en lumière que ce contrat ne serait pas suffisamment profitable. Mais il est aussi possible que la négociation elle-même ne soit engagée par l'une des parties qu'afin d'obtenir un bénéfice étranger à la conclusion du contrat, qui n'a jamais été souhaitée en réalité. Par exemple, l'une des parties souhaite obtenir de l'autre certaines informations confidentielles, ou la détourner d'une autre négociation afin d'emporter un marché par ailleurs.

Inversement, les joueurs peuvent adopter un comportement de coopération. Le contrat sera alors conclu, et les parties se partageront le bénéfice retiré de cette coopération. Il s'agit de l'issue la plus satisfaisante économiquement, car elle permet une création de richesse, ainsi qu'un partage efficace de cette richesse entre les deux parties.

Afin d'expliquer la raison pour laquelle la conclusion d'un contrat est économiquement souhaitable, il faut comprendre que, d'un point de vue économique, l'issue d'un jeu n'est efficiente que s'il en résulte un équilibre, dit équilibre de Nash. Cet équilibre constitue une « combinaison de stratégies - une par joueur - tel que personne n'aurait pu augmenter strictement son gain en retenant une stratégie différente de celle qui lui attribue cette combinaison, compte tenu des stratégies des autres joueurs qui y figurent ». En d'autres termes, l'issue du jeu constitue un équilibre lorsqu'aucun des joueurs ne regrette le choix qu'il a fait. Cette conception de l'équilibre justifie à la fois la conclusion du contrat, lorsque chacune des parties y a intérêt, et l'absence de conclusion du contrat, lorsqu'il apparaît que les ressources de chaque partie seraient mieux employées autrement¹⁴⁶⁶.

Lorsque le contrat n'est pas conclu, ou qu'il l'est au contraire au détriment de l'une des parties, il en résulte un déséquilibre source d'inefficacité économique. Dans ce cas, l'analyse économique préconise une réaction du droit, lui assignant un rôle précis destiné à désinciter les comportements stratégiques destinés à faire échouer une négociation contractuelle tout en s'appropriant les ressources de l'autre partie à la négociation.

¹⁴⁶⁶ MAITRE Grégory, La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit, p. 127, in DESHAYES Olivier (dir.), L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats, PUF, Coll. Ceprisca, 2008.

Toute analyse économique du droit est fondée sur la prémisse que les règles juridiques doivent être jugées à l'aune des structures incitatives qu'elles établissent et des conséquences des changements de comportement qu'adoptent les intéressés en réponse à ces incitations¹⁴⁶⁷. L'analyse économique du droit s'inscrit donc parmi les philosophies conséquentialistes, dont l'expression la mieux connue est sans doute l'utilitarisme¹⁴⁶⁸.

On peut alors se demander pour quelle raison les droits européens continentaux résistent tellement à prendre en compte les enseignements de cette théorie. Hatzis soutient que, après le grand bruit provoqué par le courant du *legal realism* pendant la première moitié du vingtième siècle, la science juridique américaine était ouverte à de nouvelles théories, plus, en tout cas, que la science européenne, dont la doctrine qui s'est créée sur le fondement des Codes a longtemps pu donner un cadre d'orientation assez clair, mais qui s'est pétrifié ultimement dans un positivisme doctrinaire¹⁴⁶⁹. La résistance est encore plus prononcée au sein de la tradition française de droit privé le plus académique, qui a pour bastion le Code civil et pour champ les obligations. Le droit civil français, par exemple, a encore des difficultés à admettre la révision judiciaire du prix où la doctrine de mitigation of damages, ou encore le fait que l'état de la théorie juridique relative à l'évaluation des dommages et intérêts reste rudimentaire. Selon Mme Muir-Watt, ces réticences s'expliquent pour trois raisons principales : le mouvement resterait trop marqué par ses origines américaines ; les analyses sont peut-être pertinentes en *common law*, mais elles ne sont pas transposables telles quelles en *civil law*, les auteurs sont souvent des économistes qui n'ont du droit qu'une connaissance superficielle, les conduisant à raisonner à partir de prémisses simplistes, voire inexactes, et l'approche droit-économie est imprégnée d'une philosophie éminemment matérialiste, axée sur la recherche de l'efficacité¹⁴⁷⁰. Selon M. D. Tallon, cette dernière raison constitue un « mercantilisme glacé »¹⁴⁷¹, quand notre droit privilégie, en revanche, d'autres valeurs plus humaines.

En dépit de ces réserves, la remise en cause de la règle juridique pour l'analyse droit-économie conserve un grand intérêt comme instrument de travail¹⁴⁷². À condition d'adapter les

¹⁴⁶⁷ FRIEDMAN David, *Law's Order - What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 11.

¹⁴⁶⁸ BROOME John, *Modern Utilitarianism*, dans: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2, Peter Newman (dir.), London, MacMillan, 1998, pp. 651-656.

¹⁴⁶⁹ HATZIS Aristides N., *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, 2000.

¹⁴⁷⁰ MUIR WATT Horatia, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, coord. Bruno Deffains, 2002, Cujas, p. 37.

¹⁴⁷¹ TALLON Denis, *L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif*, *Droits*, n. 12, 1990, p. 87.

¹⁴⁷² Sur l'intérêt de cette doctrine : FACCHINI François, *Principe de causalité et économie de la responsabilité civile*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, coord. B. Deffains, 2002, Cujas, p. 151 et s. ;

réflexions à une vision correcte du système juridique examiné, et de garder à l'esprit la portée réductrice des objectifs proposés, l'approche proposée apporte des éléments d'appréciation utiles au législateur. Selon M. A. Bernard, « la généalogie sociale d'une science ne compte pas. Seuls ses résultats importent. Disqualifier l'analyse économique du droit en raison de sa provenance et de son usage révélerait une attitude bien peu scientifique »¹⁴⁷³.

D'intéressantes réflexions sont, notamment menées à propos du régime juridique des pourparlers internationaux (A), notamment dans l'étude des coûts de transaction et dans la valeur du renseignement (B). Dans une relation entre particuliers, il faut également tenir compte des aspects économiques ; c'est la raison pour laquelle la loi et la jurisprudence doivent favoriser les échanges moins coûteux¹⁴⁷⁴.

A - L'analyse économique du droit appliqué à la responsabilité précontractuelle

En ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, l'apport de l'analyse économique du droit se manifeste par une approche plus globale de la responsabilité civile, en tant qu'institution sociale¹⁴⁷⁵. Sans oublier la fonction d'indemnisation de la victime de la responsabilité civile, l'analyse économique donne plus d'importance à la fonction de prévention des comportements antisociaux¹⁴⁷⁶. Dans l'analyse économique de la responsabilité civile, les règles de droit ont une fonction plus importante *ex ante* visant à la réduction des préjudices.

L'analyse économique a une forte influence sur le montant des dommages et intérêts et l'allocation de dommages et intérêts punitifs et exemplaires. Pour le droit américain, la réponse à ces questions est extraite de la fameuse formule du juge Learned Hand¹⁴⁷⁷. Vous êtes fautif et engagez votre responsabilité pour l'ensemble du dommage causé si les précautions que vous pouviez prendre sont moins onéreuses que le coût du dommage que vous pourriez causer

FAURE Michael, L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité, in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, coord. Bruno Deffains, 2002, Cujas, p. 113 et s. ; CANIVET Guy, La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge, in Analyse économique du droit : quelques points d'accroche, LPA, 19/05/2005, n. 99, numéro spécial, p. 23.

¹⁴⁷³ BERNARD Alain, Law and Economics, une science idiote ?, D. 2008, p. 2806.

¹⁴⁷⁴ DEFFAINS Bruno (dir), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economiques de l'Université de Nancy 2, les 28 et 29 juin 2000, Cujas, 2002.

¹⁴⁷⁵ MAITRE Grégory, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, 2005, p. 283.

¹⁴⁷⁶ TUNC André, La responsabilité civile, 2^e éd, Economica, 1989, n^{os} 170-173.

¹⁴⁷⁷ United States c. Carrol Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947)

à autrui en l'absence de ces précautions, compte tenu de la probabilité de survenance de l'événement dommageable. Les économistes modifieraient ce test pour l'appliquer à la marge, en se demandant si la précaution additionnelle que vous pouviez prendre aurait réduit le coût du dommage de plus qu'elle ne vous en coûtait. Étant obligés de payer l'ensemble des dommages toutes les fois qu'ils pouvaient les éviter à bon compte, les auteurs seraient amenés de manière « automatique » à faire la prévention optimale. Le paiement des dommages indemnise intégralement la victime. L'équilibre est dès lors rétabli. Si, en revanche, les dommages sont sous-estimés, la victime n'est indemnisée que pour partie et cherchera, elle aussi, les moyens de prévenir l'accident ou d'en réduire les incidences. Cette incitation est opportune si la victime peut prendre ces mesures à meilleur compte que l'auteur des dommages. Cela explique ainsi le partage des responsabilités si la victime était, elle aussi, fautive. Cela permet aussi d'expliquer que la victime ne peut réclamer le coût de l'aggravation du dommage qu'elle pouvait prévenir.

Les dommages exemplaires s'inscrivent dans cette logique comme correctif des dommages ordinaires dans trois types de situations précontractuelles : d'abord, celles où les actes dommageables peuvent être cachés ou ne mènent pas à un procès du fait que les enjeux pour la victime ne le justifient pas, puis, celles où les dommages ont un caractère moral qui empêche les tribunaux de les évaluer correctement suivant les préceptes traditionnels ; enfin, celles où l'auteur cause intentionnellement un dommage précontractuel par la transmission d'une information incorrecte. L'analyse économique du droit pourra donc, en ce qui concerne la responsabilité précontractuelle, nous aider à mieux mesurer les conséquences de cette responsabilité dans l'ensemble de la société. Si d'une part, elle va favoriser l'admission des dommages et intérêts punitifs, dans certaines circonstances ; d'autre part, elle va le plus souvent servir de limite à un éventuel élargissement excessif de cette responsabilité.

En outre, elle va éclairer la difficile tâche de répartir la charge des différents coûts susceptibles de résulter d'une négociation non aboutie afin d'assurer les objectifs d'efficacité souhaitables, de manière à inciter les négociateurs à adopter les comportements qui aboutiront à la meilleure allocation des ressources.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁸ SHELL Richard, Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts : Towards a New Cause of Action, 44 *Vanderb. Law. Rev.*, 1991, pp. 221-282 ; WILS Wouter P. J., Who should Bear the Costs of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Precontractual Liability, 4 *Journ. des Econ. et des Etudes Hum.*, 1993, pp. 93-134

Les enjeux économiques d'une négociation doivent être considérés avec attention et peuvent être la base d'une responsabilité précontractuelle¹⁴⁷⁹. En appliquant la théorie des jeux de coordination et la théorie du jeu mixte, tout préjudice causé à un précontractant qui a confié dans le comportement de l'autre partie, doit être sanctionné, sauf si les pertes correspondent aux dépenses que la victime aurait faites à ses risques et périls. Il faut, alors, laisser une marge de manœuvre aux parties dès lors que le terrain de liberté correspond aux habitudes des commerçants qui envisagent de conclure un contrat. Dans ce dernier cas, il n'y aura pas d'engagement de responsabilité.

La faute précontractuelle doit être sanctionnée sur la base d'un déséquilibre économique dans les relations commerciales. La sanction doit tendre à un retour de l'équilibre antérieur aux pourparlers. Il faut chercher quelles sont les vraies pertes de la victime, et pas seulement ce qu'elle a dépensé. Une telle recherche entraîne une double conséquence : d'un côté, ce mécanisme est plus rigide parce qu'il est plus strict dans la considération des pertes et d'un autre côté, il est plus étendu parce qu'il considère aussi les pertes futures. Le déséquilibre futur doit aussi entrer dans la considération du préjudice, dès lors qu'il est la cause d'une manœuvre dolosive dans la rupture de pourparlers, par exemple, par une information inexacte. La portée des conséquences de l'acte fautif devient plus large, incluant aussi les dépenses que la victime devra faire pour équilibrer les pertes économiques à sa charge. Cette approche a une conséquence aussi éducative parce qu'elle protège la parole donnée, en évitant un climat d'incertitude dans les relations juridiques.

L'analyse économique du droit vise à favoriser le trafic commercial en facilitant et protégeant les partenaires dans leurs pourparlers. À cet égard, il s'éloigne de l'idée que le contrat doit accomplir une fonction sociale. L'analyse économique souhaite que le contrat soit effectivement un moyen de développement économique, de circulation de richesses et le moteur de la vie économique d'une société. Ces raisons économiques sont aussi applicables à la sanction qui doit frapper l'auteur de la faute et pourra servir de base au calcul du montant dû au demandeur du dommage. L'analyse économique se base sur l'idée de l'efficacité économique et de maximisation des ressources sociales. Selon l'un des principaux défenseurs de cette théorie, la *common law* est un système de maximisation de la richesse sociale¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁹ GHESTIN Jacques, L'évolution du droit français des contrats et l'économie in Bruno Deffains (dir), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, p. 218.

¹⁴⁸⁰ POSNER Richard, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business ; 5^e éd., 1998, p. 27.

L'une des études les plus élaborées des conséquences de l'analyse économique du droit sur la responsabilité précontractuelle est celle de M. Wils¹⁴⁸¹. Au critère d'efficacité, cet auteur ajoute celui de l'équité – *fairness* –, étant définie comme la situation où une partie subit une perte dont elle n'avait pas accepté le risque, alors que l'autre partie aurait pu éviter que cette perte survienne ou qu'elle soit supportée par la première partie. M. Wils analyse les types de dépenses susceptibles d'être engagées dans l'espoir d'une issue positive. Ces dépenses peuvent résulter d'une « action stratégique », comprise comme tout comportement destiné à modifier en sa faveur le résultat de la négociation, ou de mesures préparatoires anticipant à la conclusion du contrat, que l'auteur dénomme frais de relance. Cette étude intègre aussi le facteur « information », pour déterminer dans quelle mesure celle-ci est symétrique ou inégalement répartie entre les précontractants¹⁴⁸². Une règle de droit qui imposerait à l'autre partie de prendre en charge ces frais de *reliance* en cas d'échec de la négociation aurait pour effet nocif d'inciter le partenaire à engager de tels frais même s'ils risquaient d'être inefficaces. Elle lui donnerait une sorte d'assurance contre la rupture des pourparlers. Selon M. Wils, une telle règle pervertirait le processus de rupture, puisqu'elle pousserait chacune des parties à amener l'autre à prendre l'initiative de la rupture, de manière à récupérer ses frais¹⁴⁸³.

L'auteur est opposé à tout principe qui sanctionnerait de manière plus générale la rupture des pourparlers.¹⁴⁸⁴ Il explique, cependant, qu'il est nécessaire de prendre en considération les situations où des frais ont été engagés à la suite d'une confiance trompée provoquée par l'autre partie. Cette apparence est appréciée de manière objective, sans exigence de la preuve d'une quelconque mauvaise foi, notamment dans les cas de certains documents préparatoires, tels que lettres d'intention, rédigés de manière à provoquer de fausses confiances. En pareils cas, le droit peut, imposer une responsabilité, et obliger à l'indemnisation des frais exposés. La responsabilité pour *promissory estoppel* se justifie selon cette théorie, par le fait de la promesse gratuite engendre des coûts pour le bénéficiaire qui avait confiance, ces coûts pouvant être évités par la sanction de la violation de la confiance¹⁴⁸⁵.

Cependant, il n'est pas concevable d'imposer à la partie fautive d'entrer dans les liens contractuels objets de la négociation, car l'effet plus général d'une telle sanction serait de décourager l'investissement dans une négociation précontractuelle, puisqu'il aurait toujours un

¹⁴⁸¹ WILS Wouter P. J., Who should Bear the Costs of Failed Negotiations? A Functional Inquiry into Precontractual Liability, 4 Journ. des Econ. et des Etudes Hum., 1993, p. 93.

¹⁴⁸² Ibid. pp. 102 et 103.

¹⁴⁸³ Ibid. p. 103.

¹⁴⁸⁴ Ibid. pp. 118-121.

risque de voir une négociation échouée aboutir à la conclusion du contrat par autorité de justice.

Seule la voie d'une indemnisation pécuniaire est donc envisageable afin de sanctionner un comportement économiquement inefficace au cours d'une négociation précontractuelle. On précisera que l'analyse économique du droit ne connaît pas la distinction propre au droit français entre responsabilité délictuelle et contractuelle, en raison de son enracinement dans le droit de *common law*. Cette responsabilité ne peut s'entendre que d'une responsabilité pour faute¹⁴⁸⁶. En effet, une responsabilité objective serait totalement inefficace, puisqu'elle imposerait systématiquement à celui qui est à l'origine d'une rupture précontractuelle les conséquences de cette rupture, fautive ou non. Il en résulterait un important découragement à entrer en négociation, contraire à la fonction économique du droit des contrats.

Une fois la faute de négociation démontrée, il reste à déterminer quel sera le *quantum* de la réparation accordée à la partie qui subit la rupture précontractuelle. Le droit français paraît aujourd'hui fixé sur l'évaluation du préjudice résultant de la rupture précontractuelle, en distinguant d'une part la perte éprouvée, qui consiste dans les frais engagés dans la négociation, et d'autre part le gain manqué, qui ne peut comprendre que la perte de chance réelle et sérieuse de conclure un autre contrat que celui envisagé. La théorie économique adopte une optique différente, bien qu'elle conduise à des résultats équivalents. En effet, l'économiste envisage la sanction de la faute contractuelle du point de vue de l'efficacité des négociations, et non du seul point de vue de la victime de la rupture précontractuelle fautive. Économiquement, la rupture fautive conduit, pour la partie qui la subit, à la perte de l'ensemble des ressources qu'elle a investi dans la négociation croyant que le contrat allait être conclu. C'est ce que le droit de *common law* désigne par l'expression « *reliance interest* », qui se situe à mi-chemin entre l'intérêt négatif – la perte éprouvée – et l'intérêt positif – le gain manqué¹⁴⁸⁷. Seule cette perte doit être indemnisée. En effet, si l'une des parties, même de mauvaise foi, n'avait pas ou n'a plus l'intention de conclure le contrat, c'est qu'elle estime que l'exécution de ce contrat serait contraire à son intérêt. Il n'y a alors aucun sens économique à forcer l'exécution d'un contrat, fut-ce par le biais d'une indemnisation correspondant à la valeur attendue du contrat.

De la même manière, il n'est pas efficace de restituer à la partie victime toutes les sommes investies dans la négociation, puisqu'elles représentent un investissement nécessaire à

¹⁴⁸⁵ POSNER Richard, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business ; 5 éd., 1998, p. 107.

¹⁴⁸⁶ BEBCHUCK L A. et BEN-SHAHAR O., *Precontractual reliance*, *Journal of legal studies*, vol. 30, 2001, p. 423 et s.

toute négociation quel qu'en soit le résultat. L'indemnisation à raison d'une rupture précontractuelle ne peut, en effet, que se traduire soit par les frais supplémentaires réalisés par la victime dans l'optique de la conclusion du contrat, croyant que cette conclusion était assez probable, soit par les opportunités dont la victime a renoncé parce qu'elle croyait à une grande probabilité de conclusion du contrat.

L'effet pervers d'une telle limitation du préjudice indemnisable serait alors de décourager l'action des victimes et d'encourager corollairement les ruptures précontractuelles abusives, puisque leur auteur pourrait compter sur l'absence de recours judiciaire à leur encontre. La solution pourrait alors consister dans le prononcé de dommages et intérêts punitifs, au sens retenu par l'analyse économique du droit. En effet, la théorie économique enseigne que les dommages et intérêts punitifs ont pour fonction la compensation du fait que toutes les victimes n'agissent pas systématiquement en responsabilité. Le juge doit alors prononcer un surcroît d'indemnisation qui n'est pas fondé en premier lieu sur le comportement particulièrement grave de l'auteur de la faute, mais plutôt sur une prise en compte des hypothèses dans lesquelles l'auteur de la rupture est demeuré impuni.

La responsabilité précontractuelle serait justifiée indirectement par la confiance, puisque l'objectif principal est de minimiser le coût des transactions économiques, la diffusion d'informations inexactes portant préjudice à la distribution de richesse et au bien-être social. Le problème du silence et de la non-information à l'autre partie se pose autrement en *common law*. La perspective économique soutient que le détenteur d'une information puisse la garder en sa faveur. L'obtention d'une information a un coût. Il ne serait pas raisonnable d'obliger quelqu'un à la transmettre gratuitement à son cocontractant. Cela pourrait décourager les parties à intervenir dans le marché, avec un préjudice considérable pour la société.

B - Le devoir de renseignement et l'analyse économique du droit

Il s'agit d'un thème sensible pour les économistes, car il touche, à l'une des conditions du bon fonctionnement du marché : la transparence. Si le problème central de l'économie est celui des choix à opérer entre des ressources rares, l'information joue un rôle crucial car elle est essentielle à la rationalité des choix. L'information est par ailleurs un bien en soi, dont l'acquisition peut représenter un investissement coûteux en études et en recherches. Le souci

¹⁴⁸⁷ COOTER et ULEN, ouv. précité, p. 193 et s. ; aussi, CHAUVEL P., D. 1998, juris., p. 49.

est dès lors affirmé de protéger l'information et de permettre à son détenteur de la valoriser à son avantage. Il est ainsi contre-indiqué d'imposer un devoir à la partie compétente si l'on ne veut pas décourager les investissements en acquisition des connaissances. Les auteurs introduisent une série de distinctions entre les différents types d'informations selon leur provenance. Ils admettent que certaines informations puissent devoir être transférées, mais des réticences s'expriment lorsqu'il s'agit de données obtenues à la suite d'investissements coûteux, qu'il ne convient pas de décourager.¹⁴⁸⁸

Ainsi, pour certains auteurs, il serait admissible d'imposer le devoir de renseignement uniquement en ce qui concerne les informations obtenues à titre gratuit ou par hasard. On éviterait de ce fait à l'autre partie d'effectuer inutilement des dépenses pour obtenir ces informations. Pour ce qui est des informations obtenues onéreusement, chaque partie aurait le choix de les transmettre ou pas.¹⁴⁸⁹

Un autre courant soutient l'obligation d'informer l'autre partie des informations qu'elle ignore, seulement si cela ne décourage pas l'intérêt pour l'acquisition et l'utilisation des informations. Le vendeur serait ainsi obligé d'informer l'acheteur des informations importantes pour ce dernier, surtout celles qui peuvent affecter substantiellement la valeur de la transaction, exception faite des informations relatives aux défauts patents qui ne rentreraient pas dans cette obligation¹⁴⁹⁰. Dans les relations fiduciaires, le devoir d'information serait beaucoup plus important. C'est le cas, par exemple, des avocats ou des notaires qui sont soumis à un devoir de bonne foi absolue – *utmost good faith* – visant à minimiser les coûts de protection de l'autre partie¹⁴⁹¹.

Selon Kronman¹⁴⁹², quand l'information a été obtenue à travers une recherche active, ce processus engageant des frais et des dépenses, il est socialement utile de permettre à son possesseur de ne pas la révéler à l'autre partie, bénéficiant de sa connaissance pour obtenir un meilleur contrat. L'obtention de l'information doit ainsi être stimulée et protégée, n'obligeant pas celui qui l'a cherché à la révéler. Ce raisonnement ne s'applique, en revanche, quand l'information a été obtenue par hasard, c'est-à-dire, sans aucun investissement. Dans cette

¹⁴⁸⁸ Notamment KRONMAN Anthony, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 *Journal of Legal Studies*, 1978, pp. 1-34 ; COOTER Robert ULEN Thomas, *Law and Economics*, 4^e éd., 2004, pp. 245-250.

¹⁴⁸⁹ KRONMAN Anthony, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, *Journal L. St.* 1978, p. 9.

¹⁴⁹⁰ TREBILCOCK Michael, *The Limits of Freedom of Contracts*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 102.

¹⁴⁹¹ POSNER Richard Alan, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business ; 5^e éd., 1998, p. 124.

¹⁴⁹² KRONMAN Anthony, *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, *The Journal of Legal Studies*, vol. VII, 1978, p. 1 et s.

hypothèse, la révélation de l'information ne causera aucun découragement dans sa recherche et sa production¹⁴⁹³. Kronman propose d'établir des hypothèses où l'information soit plus probablement obtenue par des importants investissements ou par hasard, pour palier la difficulté d'établir à chaque litige, selon des circonstances factuelles, la façon comme l'information a été obtenue¹⁴⁹⁴.

Fabre-Magnan critique Kronman, puisque très rarement, les informations seront obtenues sans investissement et sans effort. En plus, la révélation d'une information à l'autre partie n'aura pas toujours l'effet de décourager l'obtention de l'information. Selon cet auteur, les parties rechercheront toujours les informations pertinentes pour mieux conclure le contrat et sauvegarder son utilité¹⁴⁹⁵.

L'analyse économique du droit concentre son attention sur l'utilité sociale des règles juridiques. Selon cette approche, la valeur des actions humaines doit être appréciée selon leurs effets économiques. Cette analyse ignore tout principe ou valeur moral supérieur aux faits et réduit le droit à un ensemble de règles causales. Elle est étrangère à toute base éthique et axiologique du droit¹⁴⁹⁶.

En effet, certaines valeurs comme la justice ne sont pas explicables par des concepts économiques. Ainsi l'analyse économique du droit peut être entendue comme une science auxiliaire du droit mais elle ne pourra jamais être classée comme faisant partie de la science juridique¹⁴⁹⁷. Les solutions proposées, même si elles sont rationnelles et efficaces, peuvent parfois se montrer injustes. En revanche, une règle inefficace économiquement peut être tout à fait conforme à la justice. Il y a dans les exigences de justice d'autres natures qui s'imposent à aux membres de la société, avec primauté sur la production et la répartition de richesse. Les considérations économiques ne semblent pas satisfaisantes en tant que critère général d'appréciation des règles et des instituts juridiques¹⁴⁹⁸. Même si le droit subit l'influence des facteurs économiques, d'autres facteurs culturels peuvent influencer davantage le droit, comme

¹⁴⁹³ Ibid. pp. 13 et 14 ; v. aussi, B. Rudden, Le juste et l'inefficace pour un non devoir de renseignements, RTDCiv., n°1, 84, 1985, p. 93.

¹⁴⁹⁴ KRONMAN Anthony, Mistake, disclosure, information, and the law of contracts, The journal of Legal Studies, vol. VII, 1978, pp. 18 et 19.

¹⁴⁹⁵ FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats -essai d'une théorie, Paris, LGDJ, 1992, p. 152 ; voir du même auteur: Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis, in Jack Beatson et Daniel Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 99 et s.

¹⁴⁹⁶ POUND Roscoe, An Introduction to the Philosophy of Law, Yale University Press, 1982, p. 47.

¹⁴⁹⁷ SINDE MONTEIRO Jorge F., Análise Econômica do direito, BFDUC, vol. LVII, 1981, p. 249.

¹⁴⁹⁸ FEZER Karl, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law un dam property rights approach, JZ 1986, p. 823.

les facteurs religieux, sociaux, historiques et idéologiques. La prévention et la sanction de la responsabilité précontractuelle peuvent survenir d'un impératif moral et pas seulement de son utilité pour le trafic.

Tout cela n'empêche pas qu'on puisse extraire de l'analyse économique du droit des points de vue intéressants pour moderniser le droit en vigueur¹⁴⁹⁹. Comme nous l'avons précédemment démontré, l'utilité de l'analyse économique est aujourd'hui indéniable, et son étude est devenue incontournable, notamment en matière de responsabilité civile. Cette analyse peut collaborer dans la limitation de la responsabilité précontractuelle dans des contours raisonnables, en ce qui concerne les montants des dommages et intérêts et la répartition des frais de négociation, visant à favoriser et protéger le trafic commercial international.

¹⁴⁹⁹ KÖTZ Hein, Die ökonomische analyse des Rechts, ZverWiss 1993, p. 70.

CONCLUSION GENERALE

Nous avons constaté que les idées qui président l'organisation économique et sociale de chaque système juridique sont essentielles pour la détermination du régime et du domaine d'application de la responsabilité précontractuelle. Dans les pays où une place importante est accordée au libéralisme économique et à l'individualisme, comme les pays de *common law*, l'idée de responsabilité précontractuelle trouve un accueil plus difficile que dans les pays de tradition civiliste, puisqu'elle est aperçue comme une limitation à la liberté d'initiative au cours des pourparlers.

L'analyse des droits étrangers nous a permis de démontrer que, malgré quelques différences de moyens pour protéger les parties engagées en pourparlers, il existe une forte tendance à l'harmonisation de la matière au niveau international. Les phénomènes de mondialisation et d'élargissement du commerce international se manifestent fortement dans la responsabilité précontractuelle, conduisant les droits étrangers à un rapprochement spontané en direction des règles les plus flexibles et les plus sécurisantes de la responsabilité précontractuelle, qui se sont avérées être celles du modèle de droit romano-germanique. Si les opérateurs internationaux préfèrent une grande liberté lors de la création de nouvelles catégories de contrats ou de clauses juridiques, ils ne la favorisent pas durant la négociation. Cette tendance se révèle par le fait que les régimes de *common law* ont adapté certains de leurs mécanismes classiques aux exigences de la phase précontractuelle. Ils se sont ainsi référés à *l'unjust enrichment*, le *promissory estoppel*, et au *law of tort*, développant ce qui est désormais connu sous le nom de *piecemeal solutions* – des solutions au cas par cas – répondant aux problèmes d'injustices durant les pourparlers.

En outre, nous avons repéré que tous les systèmes juridiques apprécient la faute selon le standard de base de l'homme moyen, proche à celui de bon père de famille du droit français. Mais que ce modèle semble aujourd'hui subir une forte influence, dans le commerce international, de la notion d'« homme raisonnable », originaire de la *common law*, compris en matière de responsabilité précontractuelle comme le professionnel normalement compétent, diligent et avisé. À côté de ce standard, ce sont bien souvent les « circonstances de la cause » qui permettent aux juges d'appréhender pleinement la situation. Certains éléments objectifs peuvent caractériser la violation de la confiance légitime, comme, par exemple, la brutalité de

la rupture, la durée des pourparlers, l'absence d'intention de conclure le contrat, la revendication soudaine d'un prix excessif, le refus de se soumettre à certaines formalités légales et le fait que la rupture ait été faite sans motif légitime.

Certains devoirs précontractuels ont également été développés par la jurisprudence en l'absence de dispositif légal, notamment le devoir général de renseignement. Celui-ci exige que les précontractants fournissent à l'autre partie les informations utiles sur l'opportunité de la conclusion du contrat. Il implique une clarification de la portée des devoirs respectifs des parties, permettant aux précontractants de mesurer la portée et la nature de leurs engagements. Même dans les hypothèses où la faute consistant en une information incorrecte donnée pendant les négociations ne soit découverte qu'après conclusion du contrat, nous avons expliqué que la responsabilité délictuelle devrait être le seul fondement de la responsabilité précontractuelle. Ainsi, une partie ne pourrait pas invoquer l'exception d'inexécution en arguant du manquement du partenaire à un devoir précontractuel de renseignement.

Il convient de rappeler que la constatation d'une faute précontractuelle doit rester exceptionnelle, le principe étant toujours la liberté de rompre les pourparlers et le secret des affaires. Dans ce sens, certaines limites à la responsabilité précontractuelle ont été mentionnées, qu'elles soient des motifs légitimes de rupture des pourparlers ou des allègements au devoir de renseigner.

Les conditions requises pour sanctionner la rupture des pourparlers et les devoirs précontractuels exigés sont assez similaires dans les différents ordres juridiques, surmontant les difficultés de la diversité de cultures et de mécanismes propres à chacun d'eux.

Quant à la réparation du préjudice précontractuel, tous les systèmes juridiques sont d'accord pour exclure, en règle générale, l'exécution spécifique du contrat envisagé, par respect du principe de la liberté contractuelle. Cela se reflète dans la limitation du préjudice indemnisable à ce que Jhering a appelé l'intérêt négatif. Toutes les pertes subies par la victime d'une faute précontractuelle doivent être réparées, qu'elles soient les frais de négociations proprement dites, les frais de la rupture, les frais engagés pour minimiser son propre dommage ou encore les dommages moraux. La perte d'une chance de conclure un contrat avec un tiers semble aussi envisageable. Par contre, la réparation du gain manqué, engendré par la rupture des pourparlers, consistant dans la perte d'une chance de conclure le contrat envisagé, est plus controversée. En effet, la réparation du gain manqué est assez hypothétique et aléatoire, et son

estimation complexe et incertaine. Mais le principal obstacle est la difficulté d'établir le lien de causalité entre la rupture de négociations et les gains manqués.

Les récents travaux internationaux et européens d'harmonisation en matière de contrats proposent des formulations codifiées de la responsabilité précontractuelle. Elles correspondent amplement aux évolutions vérifiées dans les droits nationaux plus modernes, voire suggèrent des évolutions législatives souhaitables et possibles d'être concrétisées. Ces contributions peuvent servir de modèle pour une souhaitable harmonisation internationale de la matière.

Actuellement les travaux les plus significatifs ont pris la forme d'un cadre commun européen de référence en matière contractuelle. Le texte du DCFR et les collaborations apportées par le PCCR, en dépit des quelques remarques que nous avons réalisé, ont su combiner concrètement les caractéristiques des différents systèmes juridiques européens et constituent un efficace système de régulation de la responsabilité précontractuelle. Ces textes apportent une formule complète de protection de la confiance légitime dans les hypothèses de rupture fautive des pourparlers et de violation d'autres devoirs précontractuels. En effet, est louable l'importance accordée à la protection de la confiance, de l'information et de la cohérence précontractuelles, en tant que principes directeurs de la période précontractuelle. Ces dispositifs permettraient de réaliser les objectifs de la responsabilité précontractuelle que ce soit au travers des instruments prévus par les droits continentaux ou de ceux prévus par la *common law*.

Notre étude révèle que si les tribunaux admettent unanimement que les comportements précontractuels peuvent être à l'origine de la responsabilité civile, le fondement de cette responsabilité demeure assez controversé, et évolue constamment dans les différents systèmes juridiques. La responsabilité précontractuelle se place toujours dans une zone de tension entre sécurité juridique, autonomie privée et liberté contractuelle.

À ce sujet, bien que la bonne foi soit l'idée centrale qui a permis le développement de la responsabilité précontractuelle, nous nous sommes rendu compte qu'elle n'est pas capable, à elle seule, de fonder la responsabilité précontractuelle. Il s'agit d'une notion au contenu flou et donc à la grande souplesse, dont l'interprétation peut facilement varier avec le temps et les circonstances. De même, l'application qui en est faite aujourd'hui divergent également selon l'ordre juridique saisi. En effet, les pays de tradition civilistes divergent sur l'intensité du principe de bonne foi en matière précontractuelle, tandis que la *common law* ne le reconnaît

pas en tant que principe général. Pour ces raisons, plutôt que d'évoquer la notion de bonne foi au sens objectif du terme, trop sujette à polémique et à controverse, nous avons proposé de tenter de dégager des principes d'orientation communs au départ de la notion de sécurité juridique, à travers la protection de la confiance légitime suscitée chez le partenaire. Si la confiance a son origine dans le principe général de bonne foi, elle a trouvé aujourd'hui sa pleine autonomie.

La confiance légitime est un principe plus objectif et plus adapté à la période précontractuelle. Il permet donc d'éliminer les divergences dues au caractère flou de la bonne foi. La prise en compte de la confiance légitime conduit à sanctionner tout comportement ou déclaration susceptible d'influencer le consentement de la victime ou de faire naître la confiance en la possible conclusion du contrat, même si le comportement ou la déclaration qui a causé le préjudice était de bonne foi. Il ne s'agit pas de vérifier si un précontractant avait subjectivement confiance dans la conclusion du contrat mais de savoir s'il avait de fortes raisons objectives d'y croire.

Le principe de la confiance légitime est intimement lié au mouvement de solidarité contractuelle qui est venu équilibrer le mouvement libéral du siècle dernier. Effectivement, nous constatons que le seul moyen de réduire l'incertitude et la méfiance des parties à l'égard des pourparlers internationaux, est celui d'exiger la prise en compte des intérêts de l'autre partie et le respect de la confiance légitime, traduits par la cohérence des comportements et la crédibilité des informations fournies. Ce mouvement répand ses effets surtout en matière de devoir de renseignement, où le principe de coopération a remplacé la bonne foi-loyauté en tant que principe directeur. De cette manière, le devoir de coopération vient compléter la confiance légitime comme fondement pour exiger l'observance des devoirs liés au renseignement.

Contrairement à la bonne foi, le devoir de coopération ne peut se satisfaire de la seule abstention de fournir une information inexacte, il exige, en outre, qu'une partie communique à l'autre les informations nécessaires pour la prise de la décision de conclure le contrat. La coopération et la confiance sont encore plus importantes en raison de l'internationalité des pourparlers, qui met en relation des éléments étrangers, souvent inconnus des parties. La coopération est, par définition, un concept plus factuel et pragmatique et se prêterait moins que la bonne foi aux querelles conceptuelles et se heurterait plus difficilement à la diversité des systèmes juridiques.

En effet, la bonne foi, créée en principe pour discipliner les rapports contractuels, se base sur l'appréciation d'un modèle de comportement moyen du *bonus vir*. Par conséquent, même dans son aspect objectif, elle est marquée par l'analyse du comportement et de l'intention du défendeur. Il nous semble que la pratique des négociateurs du commerce international réclame une plus large sécurité juridique, ce qui semble ne pas être assuré par la seule prise en compte de la bonne foi du comportement du défendeur. Il est donc nécessaire d'objectiver la responsabilité précontractuelle par la prise en compte de la confiance légitime créée dans la personne du demandeur. L'application du principe de la confiance légitime aura ainsi l'avantage de déplacer le centre du débat précontractuel, de la personne du responsable par le dommage vers la personne de la victime.

Nous avons démontré que les notions de *venire contra factum proprium* et de confiance légitime ne sont pas étrangères au droit français. Leur consécration se faisant occasionnellement à travers le principe de cohérence et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Sa consécration permet, d'une part, de détacher le principe de cohérence du caractère subjectif et moralisateur de la bonne foi, et, d'autre part, de limiter un éventuel élargissement excessif de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. Il s'agit d'un instrument de compréhension plus moderne des comportements, capable de rapprocher les règles du droit français à d'autres règles du droit étranger. L'admission explicite de la confiance légitime en droit privé français est nécessaire également pour éviter la contradiction vérifiée actuellement en droit public, où, d'après le Conseil d'État, le principe de confiance légitime fait partie des principes généraux du droit communautaire mais ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique français. Cette distinction de traitement par le juge français, selon que la situation est interne ou communautaire, contraste avec les objectifs poursuivis par l'intégration européenne et peut laisser une marge au *forum shopping*.

La confiance légitime apparaît comme un critère universel d'appréciation du comportement de l'auteur de la faute précontractuelle, afin de permettre l'application de tel ou tel fondement légal de droit commun. Par des formules moins précises que l'*estoppel* de la *common law*, la plupart des pays de tradition civiliste semblent sanctionner la violation de la confiance légitime pendant les relations précontractuelles. Dans d'autres systèmes juridiques de droit civil, comme l'Italie, la Suisse et l'Allemagne, il existe même un type spécifique de responsabilité fondée sur la confiance légitime. Dans ce sens, la confiance légitime représente le trait d'union entre les diverses conceptions du droit sur la responsabilité précontractuelle, même si les raisons qui poussent à renforcer la protection de la confiance légitime d'autrui

peuvent varier d'un pays à l'autre. Une harmonisation de la matière est ainsi non seulement souhaitable, mais surtout possible, à condition de s'écarter de certaines notions différemment appréciées par les juristes des différents systèmes, trop souvent mises en avant, comme la bonne foi ou l'abus de droit. À ce propos, nous avons également relevé que tous les travaux doctrinaux d'harmonisation du droit privé envisagent la protection de la confiance légitime comme l'idée centrale de la responsabilité précontractuelle.

Cette reconnaissance contraste avec le fait que la confiance soit encore rarement codifiée. Toutefois, il convient d'observer que le fait qu'un principe ne soit pas codifié dans un ordre juridique ne veut pas dire qu'il soit contraire ou incompatible avec cet ordre. Nous connaissons l'exemple de la bonne foi qui est reconnu par la jurisprudence de la plupart des systèmes, malgré l'absence de prévision dans certains codes nationaux.

La codification du principe de confiance légitime par un texte de portée internationale est fondamentale pour le développement de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international. Elle nous paraît receler le potentiel nécessaire pour transcender les divergences traditionnelles entre la *civil law* et la *common law*, liées principalement à la bonne foi. Néanmoins, cette codification doit être réalisée avec prudence afin de ne pas faire double emploi avec d'autres notions comme la bonne foi, la loyauté, l'apparence ou la confiance légitime qui peuvent être rattachées à la confiance légitime. Une fois codifiée, la confiance légitime va continuer à évoluer lorsqu'il s'agit d'un concept qui relève par essence de l'interprétation judiciaire, et a vocation à s'appliquer de façon casuistique en fonction du type de contrat et de l'antériorité des relations des parties.

À propos des conditions de mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle basée sur la confiance, la doctrine est partagée sur le point de savoir si un préjudice est indispensable pour réparer la violation de la confiance légitime ou si un changement de situation est suffisant. En *common law*, dans la mesure où l'*estoppel* n'est pas un mécanisme de responsabilité mais une sorte de fin de non-recevoir qui interdit à l'auteur d'une promesse de revenir sur celle-ci, il ne devrait pas être nécessaire un préjudice puisqu'il ne s'agit pas de réparer la violation de la confiance mais de rendre la promesse exécutoire. En revanche, le préjudice devrait être exigé dans les pays civilistes où la sanction de l'atteinte à la confiance légitime passe par la mise en œuvre des règles de la responsabilité. Dans ces derniers, en règle générale, trois conditions devront être réunies pour indemniser la partie qui a subi un préjudice du fait de la violation de la confiance légitime : une faute consistant dans une déclaration ou un comportement

incohérent, l'existence d'un préjudice et un lien de causalité correspondant à une confiance légitime causée par une déclaration ou un acte qui a conduit la victime à adopter un comportement déterminé. En ce qui concerne la faute, la partie qui confie doit le faire de bonne foi et ayant pris toutes les précautions usuelles du trafic juridique pour pouvoir être indemnisée.

Enfin, nous avons constaté que l'analyse économique du droit, qui contemple le contrat comme un moyen de circulation de richesses et de développement économique du commerce international, peut contribuer à l'élaboration des règles internationales applicables à la responsabilité précontractuelle. Elle apporte une nouvelle approche de la responsabilité, considérant que la faute précontractuelle doit être sanctionnée sur la base d'un déséquilibre économique dans les relations commerciales, visant au retour de l'équilibre antérieur aux pourparlers.

L'analyse économique peut avoir une forte influence sur les règles d'évaluation du montant des dommages et intérêts et d'allocation de dommages et intérêts punitifs. La responsabilité précontractuelle serait justifiée indirectement par la confiance, puisque l'objectif principal est de minimiser le coût des transactions économiques, la diffusion d'informations inexactes portant préjudice à la distribution de richesse et au bien-être social. Effectivement, la perspective économique soutient que le détenteur d'une information puisse la garder en sa faveur puisqu'elle a un coût. En principe, il ne serait donc pas raisonnable d'obliger quelqu'un à la transmettre gratuitement à son précontractant. Cela pourrait décourager les parties à intervenir dans le marché, avec un préjudice considérable pour la société. Dans ce sens, elle peut aussi contribuer à établir les règles de répartition de la charge des différents coûts susceptibles de résulter d'une négociation non aboutie, afin d'assurer les objectifs d'efficacité, de manière à inciter les négociateurs à adopter les comportements qui aboutiront à la meilleure allocation des ressources.

Cependant, l'efficacité économique n'est pas le seul objectif de la responsabilité précontractuelle. La prévention et la sanction peuvent survenir d'un impératif moral et pas seulement de l'utilité économique. Cela n'empêche cependant que l'on puisse extraire de l'analyse économique des éléments utiles pour l'élaboration de règles modernes et efficaces dans la matière. Le prisme économique peut contrebalancer l'appréciation de valeurs moins économiques dans les pays de tradition civiliste. Il peut notamment collaborer à la limitation

des montants des dommages et intérêts dans des contours raisonnables et à la répartition des frais de négociation, visant à favoriser et sécuriser la négociation des contrats internationaux.

Pour conclure, cette thèse ne doit pas être considérée comme un produit fini, elle vise davantage à présenter les contours du champ d'application matériel de la responsabilité précontractuelle et un mécanisme uniforme de détermination de la loi applicable à cette sous-catégorie juridique. En outre, elle vise à provoquer le questionnement des sources et des fondements de cette responsabilité, afin de proposer les bases d'une harmonisation du droit matériel applicable à la responsabilité précontractuelle dans le commerce international.

BIBLIOGRAPHIE

I – LIVRES ET THESES

OUVRAGES DE LANGUE FRANÇAISE

ABOUKORIN A., L'obligation de renseignement et de conseil dans l'exécution des contrats, thèse, Dijon, 1989.

Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Milano, Giuffrè, 2001 et 2002.

Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Edition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Professeur à l'Université de Naples 2, Milano, Giuffrè, 2004.

ALEXANDRE Jean-Jacques, La prestation de conseil juridique en droit français, thèse, Aix-Marseille, 1990.

ALISSE Jean, L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse, Paris 2, 1975.

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF-Lamy, 2003.

AMIEL-COSME Laurence, Les réseaux de distribution, LGDJ, 1995.

AMMAR Daniel, Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur, thèse, Paris I, 1990;

ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, GAJDIP, 5^e éd., 2006.

ANCEL Marie-Elodie, La prestation caractéristique du contrat, Économica, Paris, 2002.

ANDREFF Wladimir, COT Annie L. (dir.), L'économie fiction - Contre les nouveaux économistes, Paris, François Maspero, 1982.

AUBERT Jean-Luc, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 11^e éd., 2006.

AUBERT Jean-Luc, Le contrat. Droit des obligations, 2^e Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2000.

AUBERT Jean-Luc, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, 1970.

AUBRY et RAU, Cours de droit civil, t. IV, Les obligations, 6^e éd., 1975.

AUDIT Bernard, Droit international privé, Économica, 4^e éd., Paris, 2006.

AUDIT Bernard, La vente internationale de marchandises, LGDJ, Paris, 1990.

BARRÉ Xavier, La lettre d'intention (technique contractuelle et pratique bancaire), Économica, 1995.

BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, LGDJ, 8^e éd., tome 1, 1993.

BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, Dalloz, 1956.

BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Économica, 2001.

BEIGNER Bernard, L'honneur et le droit, LGDJ, Coll. Thèses, 1995.

BEN ABDERRAHMANE Dahmane, Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes, Paris, LGDJ, 1985.

BÉNABENT Alain, Droit civil, Les obligations, 11^e éd., Montchrestien, Domat droit privé, 2007.

BENABENT Alain, La bonne foi dans l'exécution du contrat, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome XLIII, Litec, 1992.

BONELL Michael Joachim, Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome, Unidroit, 1994.

BOSKOVIC Olivera, La réparation du préjudice en droit international privé, LGDJ 2003.

BOUCHON François, L'évaluation des préjudices subis par les entreprises, Litec, 2002.

BOUREL Pierre, Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 22, 1961.

BOUREL Pierre, LOUSSOUARN Yvon et VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal de, Droit international privé, Dalloz, 9^e éd., 2007.

BOYER Yves, L'obligation de renseignements de la formation du contrat, thèse, Aix-en-Provence, 1977.

BRUN André, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, thèse Lyon, 1931.

BRUN Philippe, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec 2005.

BUCHER Andreas et BONOMI Andrea, Droit international privé, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, Droit international privé, t. II, PUF, 2007.

CABRILLAC Michel et MOULY Christian, Droit des sûretés, 6^e éd. Litec, 2002.

CACHARD Olivier, La régulation internationale du marché électronique, 2002, LGDJ.

CADIET Loïc, Le préjudice d'agrément, thèse, Poitiers 1983.

CALMES, Sylvia, Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Paris, Dalloz, thèse, 2001.

CARBONNIER Jean, Droit civil, Les obligations, t. IV, PUF, 22^e éd., 2000.

CARBONNIER Jean, Droit civil. Introduction, PUF, 1997.

CARVAL Suzanne, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Bibliothèque de droit privé, t. 250, LGDJ, 1995.

CATALA Pierre, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Paris, Doc. fr., 2006.

CHABAS Jean, De la déclaration de volonté en droit civil français, thèse, Paris, Sirey, 1931

CHANTEPIE Gaël, La lésion, Coll. Bibliothèque de droit privé, tome 467, LGDJ, 2006.

CHILSTEIN David, Droit pénal international et lois de police, Dalloz, 2003.

CLAY Thomas, L'arbitre, vol. 2, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2001.

COASE Ronald H., Le coût du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

COHÉRIER André, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, Thèse, Paris, 1939.

COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Traité de droit civil français, Obligations, par Léon Julliot de la LORANDIÈRE, tome 2, 2^e éd., Dalloz, 1959.

COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 2007.

CONSTANTINESCO Leontin-Jean, Traité de droit comparé, t. II, La méthode comparative, Paris, LGDJ, 1974.

CONTE Philippe et CHAMBON Patrick Maître du, La responsabilité civile délictuelle, PUG, 1994.

CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie, Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Paris, Litec, 2008.

CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8^e éd, 2007.

COUTANT-LAPALUS Christelle, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, 2002, PU d'Aix-Marseille.

DANIS-FATOME Anne, Apparences et contrats, LGDJ, 2004.

DARGENT J., La doctrine d'estoppel : une règle originale du droit anglais des preuves, thèse, Grenoble, Éd. Tourcoing et G. Frère, 1943.

DARMAISIN Stéphane, Le contrat moral (contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles), thèse, Paris II, éd. 2000.

DAVID René et JAUFFRET-SPINOSI Camille, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11^e éd., 2002.

DAVID René et PUGSLEY David, Les contrats en droit anglais, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1985.

DAVID René, Le droit du commerce international, Économica, Paris, 1987.

- DAVID René, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, Paris, 1950.
- DEFFAINS Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Économiques de l'Université de Nancy 2, les 28 et 29 juin 2000, Cujas, 2002.
- DEFFAINS Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Économiques de l'Université de Nancy 2, les 28 et 29 juin 2000, Cujas, 2002.
- DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations – Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, 2^e éd., LITEC, 2003.
- DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Paris, 1923-1933, tome II.
- DEMOULIN Marie, GOBERT Didier, MONTERO Etienne, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, 2007, *Économica*.
- DESGORCES Richard, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse, Paris II, 1992.
- DESIDERI Jean-Pierre, *La préférence dans les relations contractuelles*, PU d'Aix-Marseille, 1997.
- DEUMIER Pascale, *Le droit spontané - Contribution à l'étude des sources du droit*, Paris, *Économica*, 2002.
- DUBISSON Michel, *La négociation des marchés internationaux*, Paris, Éd. du Moniteur, 1982.
- DUBLER César, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1986.
- DUBLER César, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions ou le principe de proximité*, rapport pour le Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Athènes, 1994, Kokkini-Iatridou (dir.), Kluwer, 1994.
- ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Staempli, 2^e éd., 1997.
- ERRANTE Edward, *The Anglo-American Law of Contract, Cases and Commentary*, LGDJ-Jupiter, 2^e éd., 2001.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats -essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1992.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Les obligations*, PUF, *Thémis* 2004.
- FAGES Bertrand, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007, Coll. *Droit privé comparé européen*, vol. 4.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD Denis [coord.], *Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, coll. *Droit privé comparé et européen*, t. 6, 2008.
- FERRAND Frédérique, *Droit privé allemand*, Dalloz, coll. *Précis*, 1997.
- FERRARI Franco, *Contrat de vente internationale – Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Éd. Helbing & Lichtenhahn et Bruylant, Bâle, Genève, Munich et Bruxelles, 1999.
- FERRIER Didier, *Droit de la distribution*, 4^e éd, Litec, 2006.
- FICHTNER PEREIRA Régis, *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- FINLANGER Laurence, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Droit civil, Les obligations*, t. I, Sirey, 12^e éd., 2006.
- FONTAINE Marcel et DE LY Filip, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, 2007.
- FONTAINE Marcel, *Portée et limites du principe de convention-loi*, in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, vol. 164, 1984.
- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

FRADERA Vera Maria Jacob de, La Partie Générale du Code Civil, in Arnaldo Wald et Camille Jauffret-Spinosi. (dir.), Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain, Paris, Société de Législation Comparée, 2005.

FRADERA Vera Maria Jacob de, Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire, thèse, Paris II, 2002.

FRANCOIS Jérôme, Droit civil - Les sûretés personnelles, t. VII, *Économica*, 2004.

FUCHS Angelika, MUIR WATT Horatia et PATAUT Etienne (dir.), Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004.

GATSI Jean, Le contrat-cadre, LGDJ, Coll. *Bib. de droit privé*, tome 273, 1996.

GAUDEMET Eugène, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, réimpression de l'œuvre de 1937, Sirey, 1965.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3^e éd., 2002.

GAZZANIGA Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.

GENDRE-DEVOIVRE, *Collaboration et assistance entre parties au contrat*, Thèse Clermont, 1981.

GÉNINET Mirène, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, thèse, Paris II, 1985.

GHESTIN Jacques (dir.), VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2006.

GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles et FABRE-MAGNAN Muriel, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1994.

GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 1993.

GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil. Les Obligations. Le contrat*, Paris, LGDJ, 1980.

GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, *Rapport concernant la loi applicable aux obligations contractuelles*, JOCE, n. C 282/17, du 31 octobre 1982.

GORISSE Edmond, *De la quotité de la réparation en droit civil*, Paris, C. Robbe, 1911.

GORPHE François, *Le principe de la bonne foi*, thèse, Dalloz, 1928.

GOSSELIN-GORAND Armelle, *L'influence des principes communautaires de libre circulation sur les règles nationales de conflit de lois*, thèse, Caen, 2001.

GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Éd. Défrénois, *Collection de thèse*, 2007.

GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992.

GUERCHOUN Frédéric, *Les conflits de conventions et d'actes communautaires en droit international privé (Le point de vue du juge étatique)*, thèse, Paris I, 2002.

GUILLEMARD Sylvie, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Thèse, Paris II, 2003.

GUYON Yves, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1989, p. 439.

HAFTEL Bernard, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse, Paris II, 2008.

HATTAB Rasha, *De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, *Collections de l'Université Robert Schuman, Centre du droit de l'entreprise*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006.

HENRY Alexandre, *Qualification et conflits de juridictions*, thèse, Reims, 2005.

HILSENRAD Arthur, *Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat*, thèse, Paris, 1932.

HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques et de GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, Masson, 1997.

HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

HUET Jérôme, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse, Paris II, 1978.

JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe et CORNELOUP Sabine, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007.

JACQUET Jean-Michel, *Le contrat international*, 2^e éd., Dalloz, 1998.

JACQUET Jean-Michel, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Économica, Paris, 1983.

JALUZOT Béatrice, La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais, Dalloz, Paris, 2001.

JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), L'harmonisation du droit des contrats en Europe, Travaux du colloque de Lille, mars 1999, Économica, 2000.

JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003.

JARROSSON Charles, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., 1949.

JAUFFRET-SPINOSI Camille, Le domaine du contrat, LGDJ, 1987.

JAVELOT Sylvie, La loyauté dans le commerce international, Économica, 1998.

JOURDAIN Patrice, Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 7^e éd., 2007.

KADNER GRAZIANO Thomas, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Bruylant, LGDJ et Éd. Helbing & Lichtenhahn, 2004.

KASSIS Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris, LGDJ, 1993.

KHAN Philippe, La vente commerciale internationale, Paris, Sirey, 1961.

KNOEPFLER François, Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé, Hommage à Raymond Jeanprêtre, éd. Idées et Calendes, Neuchâtel, 1982.

LABARTHE Françoise, La notion de document contractuel, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 241, 1994.

LAMAZEROLLES Eddy, Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, LGDJ, Paris, 2003.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit du dommage corporel : systèmes d'indemnisation, Dalloz, 5^e éd., 2004.

LARROUMET Christian, Droit civil, Les obligations, Le contrat, 1^{re} partie – Conditions de formation, tome 3, Économica, 6^e éd., Paris, 2007.

LAUDE Anne, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992.

LE TOURNEAU Philippe et POUMARÈDE Matthieu, Répertoire Dalloz de droit civil, v. Bonne foi - janvier 2009.

LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques, Paris, Dalloz, 2004.

LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz-Action 2008-2009.

LE TOURNEAU Philippe, Les contrats de franchisage, Litec, 2^e éd., 2007.

LE TOURNEAU Philippe, L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle, Litec, 2003.

LEMENNICIER Bertrand, Economie du droit, Paris, Cujas, 1991.

LEMENNICIER Bertrand, Le marché du mariage et de la famille, Paris, PUF, 1988.

LEPAGE Henri, Demain le capitalisme, Paris, Librairie générale française, 1978.

LEPAGE Henri, Pourquoi la propriété, Paris, Hachette, 1985.

LEQUETTE Yves, L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986.

LÉVY Emmanuel, Sur l'idée de transmission de droits à propos de la preuve par titre du droit de propriété immobilière), Pedone, Paris 1896.

LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, 7^e éd., Dalloz, 2001.

LUCAS DE LEYSSAC Claude, L'obligation de renseignement dans les contrats : l'information en droit privé, LGDJ, 1978.

MACKAAY Ejan, Analyse économique du droit - I. Fondements, Montréal/Bruxelles, Éd. Thémis/Bruylant, 2000.

MAITRE Grégory, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, LGDJ, 2005.

MALAURIE Philippe et AYNÈS Laurent, Obligations – Responsabilité délictuelle, 11^e éd., Cujas, 2001.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les Obligations, 3^e éd., Éd. Défrénois, 2007.

MAS, Florence, La conclusion des contrats du commerce électronique, LGDJ, 2005.

MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, 9 éd, Montchrestien, 2007.

MAZEAUD et TUNC, Responsabilité civile, 6^e éd., t. I, 1965.

MAZEAUD Henri et Léon ; TUNC André, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Montchrestien, 6^e éd., 1965-1983.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil : obligations, Tome II, vol. I, Obligations, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

MERCADAL Barthélémy et JANIN Philippe, Les contrats de coopération interentreprises, Francis Lefebvre, 1974.

MERCADAL Barthélémy, Contrats et droits de l'entreprise, Mémento Lefebvre, 1997.

MOHAMED SALAH Mahmoud, Les contradictions du droit mondialisé, Paris, Puf, 2002.

MONATERI Pier Giuseppe, La responsabilità contrattuale e precontrattuale, Torino, 1998.

MOREIRA DA SILVA Eva Sónia, Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação, Coimbra, Almedina, 2003.

MOUSSERON Jean Marc, GUIBAL Michel et MAINGUY Daniel, L'avant-contrat, Francis Lefebvre, 2001.

MOUSSERON Jean Marc, Technique contractuelle, F. Lefebvre, Paris, 3^e éd., 2005.

NEUMAYER Karl et MING Catherine, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire, Lausanne, CEDIDAC, 1993.

NIBOYET Jean-Paul, Traité de droit international privé français, 2^e éd., Paris, Sirey, t. I, 1947.

NIBOYET Marie-Laure et GEOFFRE de La PRADELLE Géraud de, Droit international privé, LGDJ, 2007.

OGUS Anthony et FAURE Michael, Économie du droit : le cas français, Paris, Éd.s Panthéon Assas, 2002.

OPHÈLE Claude et REMY Philippe (dir.), Traditions savantes et codifications – Colloque Poitiers 8, 9, 10 septembre 2005, LGDJ, 2007.

OPPETIT Bruno, Droit et modernité, PUF, 1998.

PAPAUX Alain, Essai philosophique sur la qualification juridique; De la subsomption à l'abduction, Bruxelles, Bruylant, 2003.

PARIENTE Maggy, Les lettres d'intention, in Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003.

PÉDAMON Michel, Le contrat en droit allemand, 2^e éd., 2004, LGDJ.

PERRON Xavier, L'obligation de conseil, thèse, Rennes, 1992.

PETIT Bruno, J.-Cl., contrats et obligations, consentement, 2004.

PICOD Ives, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1989.

PIGNATTA Francisco, La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien, Thèse, Université de Strasbourg, 2008.

PIOTET Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Staempfli & Cie, Berne, 1963.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges et ESMEIN Paul, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, Première partie, 2^e éd., LGDJ, 1952.

PRADEL Xavier, Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 415, 2004.

PRADO Maurício Curvelo de Almeida, Le hardship dans le droit du commerce international, Bruxelles/Paris, Bruylant / FEC FEDUCI, 2003.

Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008.

Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune, Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 6, 2008.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA Hobinavalona, Le raisonnable en droit des contrats, thèse, Poitiers, LGDJ, 2009.

REBOUL Nadège, Les contrats de conseil, Aix, PUAM, 1999.

RÉMY-CORLAY Pauline, Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois - application en droit des contrats et des délits, thèse, Poitiers, 1997.

RIEG André, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, LGDJ, 1961.

RIGAUX François, La théorie des qualifications en droit international privé, Bruxelles, Larcier, 1956.

RIPERT Georges et BOULANGER Jean, Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol, tome II, LGDJ, 1947.

RIPERT Georges, La règle morale dans les obligations civiles, 1949, 4^e éd., Paris, LGDJ, Réimpression 2000.

ROCHFELD Judith, Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

RODIERE René (dir.), La formations du contrat, Coll. Harmonisation du droit des affaires des États du Marché commun, Paris, Pedone, 1976.

ROMAIN Jean-François, Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, Bruylant, 2000.

ROSA Jean-Jacques et AFTALION Florin (dir.), L'économie retrouvée - Vieilles critiques et nouvelles méthodes, Paris, Économica, 1977.

ROUBIER Paul, Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse, Lyon, 1911.

ROUBIER Paul, Théorie générale du droit, Paris, 2^e éd., Sirey, 1951.

ROUHETTE Georges (dir.), avec le concours de LAMBERTERIE Isabelle de, TALLON Denis et WITZ Claude, Principes du droit européen du contrat – Droit privé comparé et européen, vol. 2, Paris, Société de Législation Comparée, 2003.

ROUHETTE Georges, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris I, 1965.

ROUILLER Nicolas, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Ceditac, 2006.

ROUXEL Sylvie, Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice, thèse, Grenoble II, 1994.

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Le secret des affaires en droit des affaires, Travaux de l'Assoc. Capitant, t. 25, 1974.

SALEILLES Raymond, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Paris, Pichon, 1901.

SAVATIER René, Traité de la Responsabilité civile, LGDJ, Paris, 1951.

SCHLECHTRIEM Peter et WITZ Claude, La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Dalloz, 2008.

SCHMIDT Joanna, Négociation et conclusion de contrats, Paris, Dalloz, 1982.

SCHÖNLE, Rapport suisse, in Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, 1992.

SERNA Jean-Christian, Le refus de contracter, thèse, Paris, 1967.

SEYRAT Serge, Le bon père de famille, Thèse, Paris II, 1985.

SIMLER Philippe, Cautionnement et garantie autonome, 3^e éd., Litec, 2000.

SIMONNOT Philippe, L'invention de l'État - Économie du Droit, Paris, Les belles lettres, 2003.

STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, Obligations, vol. I, Responsabilité délictuelle, Litec, 5^e éd., 1996.

STEINMETZ Benoît, De la présomption de bonne foi. Essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi, thèse, Strasbourg, 2002.

STOFFEL-MUNCK Philippe, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, Thèse, Aix-en-Provence, LGDJ, 2000.

STORCK Michel, Droit des biens, Collection Dalloz TD, 1994.

STORCK Michel, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, Paris, LGDJ, Coll. Bib. Dr. privé, t. CLXXII, 1982.

STORCK Michel, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, LGDJ, 1982.

TALLON Denis et HARRIS Donald (dir.), Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, LGDJ, 1987.

TERRE François (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008.

TERRÉ François, Introduction générale au droit, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1996.

TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 9^e éd., Paris, 2005.

VALSON Jean-Pierre, Perspectives d'évolution en France de la réparation du dommage corporel à la lumière de l'indemnisation du préjudice extrapatrimonial par divers droits européens, thèse, Paris II, 1980.

VINCELLES Carole Ouerdane-Aubert de, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz, 2002.

VINEY Geneviève, Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, LGDJ, 3^e éd., 2008.

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Les conditions de la responsabilité, 3^e éd., LGDJ 2006.

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil, LGDJ, Paris, 2001.

VINEY Geneviève et MARKESINIS Basil, La réparation du dommage corporel - Essai de comparaison des droits anglais et français, Paris, Economica, 1985.

WALD Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI Camille (dir.), Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain, Société de Législation Comparée, 2005.

WENIGER Olivier, La protection des secrets économiques et du savoir-faire, Etude comparative des droits allemand, français et suisse, Libr. Droz, 1994.

WITZ Claude et RANIERI Filippo (dir.), La réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 mai 2002, Société de Législation Comparée, 2004.

WITZ Claude, Droit privé allemand, Paris, Litec, 1992.

WITZ Claude, Le droit allemand, Dalloz, 2001.

WITZ Claude, Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, LGDJ, Paris, 1995.

WORMS René, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français, Paris, thèse, Éd. A. Girard, 1891.

ZOLLER Élisabeth, La bonne foi, rapport français de droit international public, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIII, Litec, 1992.

ZOLLER Élisabeth, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

OUVRAGES DE LANGUE ÉTRANGÈRE

AHBAD Abd al-Hamid, Arbitration with the Arab countries, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

AHERN John et BINCHY Willian, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New International Litigation Regime, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

ALLEN David, Misrepresentation, 1988, London, Sweet & Maxell.

ARAÚJO Nádia, Contratos internacionais, 2^e éd., Éd. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

ARAÚJO Nádia, Direito internacional privado, 3^e éd., Éd. Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

ATIYAH Patrick, An Introduction to the Law of Contract, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2004.

ATIYAH Patrick, Essays on Contract, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990.

BANAKAS Efstathios (dir.), Civil Liability for Pure Economic Loss, Kluwer Law International, 1996.

BASSO Maristela, Contratos internacionais do comércio, Éd. Livraria do Advogado, 3^e éd., Porto Alegre, 2002.

BAPTISTA Luis Olavo, *La vie des contrats internationaux*,

BEALE Hugh, BISHOP William et FURMSTON Michael, *Contract Cases and Materials*, Butterworths, London, Dublin, Edimburgh, 2001.

BEALE Hugh, KÖTZ Hein, HARTKAMP Arthur et TALLON Denis, *Casebooks on the common law of Europe*, Contract Law, Oxford and Portland, 2002.

BEATSON Jack, *Anson's Law of Contract*, 28 éd., Oxford, Oxford University Press, 2002.

BENATTI Francesco, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

BEVILÁQUA Clóvis, *Direito internacional privado*, RED livros, 2002.

BIANCA Cesare Massimo et BONELL Michael Joachim, *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987.

BIANCA Cesare Massimo, *Il contratto*, 2^e éd., Milano 2000.

BONELL Michael Joachim, *An international restatement of contract law*, 3^e éd., New York, Transnational Publishers, 2005.

BONELL Michael Joachim, in BIANCA Cesare Massimo et BONELL Michael Joachim, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987.

BUCKLEY R. A. et HEUSTON R. F., *Law of Torts*, Éd. Sweet & Maxwell Ltd, 1996.

BUENO DE GODÓI Cláudio Luiz, *Função social do contrato*, Éd. Saraiva, 2004.

CALDER Norman, *Studies in early Muslim jurisprudence*. Oxford, Clarendon Press, 1993.

CANARIS Claus-Wilhelm, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munchen 1971.

CANARIS Claus-Wilhelm, *Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in FS Larenz, München, C.H. Beck, 1983.

CANE Peter, *The anatomy of tort law*, 2 éd., Oxford, Clarendon Press, 1996.

CARNEIRO DA FRADA Manuel Antonio de Castro Portugal, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2007.

CARNEIRO DA FRADA Manuel, *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil ? - O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1997.

CARUSO Daniela, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, Milan, 1993.

CARVALHO MARTINS Antônio, *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

CIAN Giorgio et TRABUCCHI Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2002.

CICERO Marcus Tullius, *Les offices de Cicéron*, Traduction de M. de Barrett, Paris, 5^e éd., Éd.s H. Barbou, 1807.

COLLINS Hugh, *The Law on Contract*, Butterworths, 1997.

COMAIR-Obeid Nayla, *The law of business contracts in the Arab Middle East : a theoretical and practical comparative analysis*, Boston : Kluwer Law International, 1996.

COOTER Robert ULEN Thomas, *Law and Economics*, 4^e éd, 2004.

COUTO E SILVA Clóvis V., *A obrigação como processo*, Éd. FGV, Rio de Janeiro, 2007.

CUNHA GONCALVES Luis, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português*, vol. IV, Coimbra, Coimbra editora, 1932, vol. XII.

CUNHA MOURA FERREIRA Daniela, *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*, Coimbra, Almedina, 2006.

DE CUPIS Adriano, *Il danno*, vol. I, 3^e éd., Milano, Giuffrè, 1979.

DENNING, *The discipline of law*, London, Butterworths, 1979.

DETTE Hans Walter, *Venire contra factum proprium nulli conceditur/Zur Konkretisierung eines Rechtsspruchwortes*, Berlin, 1985.

DI MAJO Adolfo, *L'osservanza della buona fede nei principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, Giuffrè, Milano, 1997.

- DIAS José de Aguiar, Da responsabilidade civil, Éd. Forense, Rio de Janeiro, 9^o éd., 1994.
- DIEZ-PICAZO Luis y PONCE DE LEON Luis, La doctrina de los propios actos, Barcelona, Bosch 1963.
- DIEZ-PICAZO Luis, La doctrina de los propios actos, Barcelone, Editorial Bosch, 1963.
- DOLINGER Jacob, Direito Internacional Privado – Parte Geral, Éd. Renovar, 6^o Éd., Rio de Janeiro, 2002.
- FAGELLA Gabriele, I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale, Éd. Stab. Tip. Società Cartiere Centrali, Roma, 2^o éd., 1918.
- FARNSWORTH Allan, Contracts, 4^o éd., Boston, Little, Brown & Co, 2004.
- FARNSWORTH Allan, Formation of Contract in International Sales : The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York, Éd. Galston & Smit., 1984.
- FELEMEGAS John, The United Nations Convention on Contracts the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International, 2000-2001.
- FERREIRA CUNHA Daniela Moura, Responsabilidade pré-contratual pour ruptura das negociações, Éd. Almedina, Coimbra, 2006.
- FLEMING, The Law of Torts, 8 éd., Sydney, The Law Book Co., 1992.
- FRADERA Véra Maria Jacob de(dir.), O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.
- FRADERA Véra Maria Jacob de, A jurisprudência europeia como orientadora do novo direito. Mercosur - União Europeia, 2001.
- FRADERA Véra Maria Jacob de, O valor do silencio no novo Código Civil, Aspectos controvertidos do novo Código Civil, Éd. RT, 2003.
- FRADERA Véra Maria Jacob de, Party Autonomy: Constitutional and International Law Limits in Comparative Perspective, in George A. Bermann. (dir.), Reports on the XVIth Quadrennial Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, New York: Juris Publishing Inc., 2005.
- FRADERA Véra Maria Jacob de, Visión comparativa de la responsabilidade y el daño precontractual en la Argentina y en el Brasil, in Carlos Alberto Ghersi. (dir.), Derecho Privado Económico, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.
- FRICK Joachim, Culpa in contrahendo – Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie, Diss., Zürich, 1992.
- FRIEDL Birgit, Haftung bei Abbruch von Vertragsverhandlungen im deutschen und anglo-amerikanischen Recht, ZvglRWiss 1998.
- FRIEDMAN David, Law's Order - What Economics Has to Do with Law and Why It Matters, Princeton, Princeton University Press, 2000.
- FRITZ Karina Nunes, Boa-fé objetiva na fase pré-contratual, Juruá, 2009.
- GALGANO Francesco, Diritto Privato, 13 éd., Padova, Cedam, 2006.
- GAMA JUNIOR Lauro, Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais no Direito Internacional Privado Brasileiro - uma leitura constitucional do artigo 9 da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável, in Carmen Tiburcio et Luis Roberto Barroso. (dir.). O Direito Internacional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Prof. Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 599.
- GAMA JUNIOR Lauro, Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004 - Soft law, Arbitragem e Jurisdição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.
- GARCÉS NETO Martinho, Responsabilidade civil no direito comparado, Éd. Renovar, 2000.
- GARCIA Enéas Costa. . Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé, São Paulo, Éd.s Juarez de Oliveira, 2003.
- GARCIA RUBIO Rubio Maria Paz, La responsabilidad precontractual en derecho español, Madrid, Tecnos, 1991.
- GAUCH Peter, SCHLUEP Walter, SCHMID Jörg et REY Hein, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, vol. I, Zurich, 1998.

GILIKER Paula, Pre-contractual liability in English and French Law, Kluwer Law International, 2002.

GODOY Cláudio Luiz Bueno de, Função social do contrato, Éd. Saraiva, São Paulo, 2004.

GOFF et JONES, The Law of Restitution, Sweet and Maxwell, 7^e éd., 2006.

GOMES Rogério Zuel, Teoria contratual contemporânea, Função social do contrato e boa-fé, Éd. Forense, Rio de Janeiro, 2004.

GRILLET-PONTON Dominique, Essai sur le contrat innommé, thèse, Lyon, 1982.

GRISI Giuseppe, L'obbligo precontrattuale di informazione, Napoli, 1990.

HARNAY Sophie et Alain Marciano, Posner - L'analyse économique du droit, Paris, Éd.s Michalon, 2003.

HATZIS Aristides N., The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory, 2000.

HONDIUS Edward. H. (dir.), in Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Kluwer, 1991.

HONNOLD John, Documentary History of the Uniform Law for International Sales. The Studies, Deliberations and Decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations, Kluwer Law International, 1989.

HONNOLD John, Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Conventions, Kluwer Law & Business, 4^e éd., 2009.

JIANGHUA et WILLIAMS, Foreign Trade Contract Law in China, Hong Kong-Singapore, 1998.

KEETON Page et Robert, DOBBS Dan et OWEN David, The Law of Torts, 5^e éd., St. Paul, West Publishing Co., 1988.

KÖNDGEN Johannes, Selbstbindung ohne Vertrag/Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981.

KÖTZ Hein et FLESSNER Alex, European Contract Law, volume one : Formation, Validity and Content of Contracts ; Contract and Third Parties, Clarendon Press Oxford, 1997.

LANDO Ole et BEALE Hugh (dir.), Principles of European Contract Law, Part I, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.

LANDO Ole et BEALE Hugh, Principles of european Contract Law, The Hague-London-Boston, Kluwer International, 2000.

LARENZ Karl et WOLF Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen rechts, 8^e éd. München, C.H. Beck, 1997.

LOI-TESSITORE, Buona fede e responsabilità precontrattuale, Milano, 1975.

LORENZ Hein, Precontractual Liability in the Law of the federal Republic of Germany, in German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montreal, 1990.

MACHADO João Batista, Tutela da confiança e venire contra factum proprium, in Obra Dispersa, I, Braga, 1991.

MALLAT Chibli, The renewal of Islamic law : Muhammad Baqer as-Sadr, Najaf, and the Shi'i International. New York : Cambridge University Press, 1993.

MARINI Giovanni, Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti, Napoli, 1995.

MARKESINIS Basil et DEAKIN Simon, Tort Law, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 2007.

MARKESINIS, LORENZ et DANNEMAN, The German Law of Obligations, vol. I, Oxford, 1997.

MARQUES Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Éd. RT, 5^e éd., 2005.

Mc KENDRICK, Contract Law, Text, Cases and Materials, 2^e éd., Oxford, 2005.

McGREGOR Harvey, On Damages, 18^e éd., 2009.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, La reliance dans le droit de la common law des contrats in Mélanges P. Van Ommeslaghe, Bruylant, Bruxelles 2001.

MORÉTEAU Olivier, L'estoppel et la protection de la confiance légitime, thèse, Lyon, 1990.

- NEGRÃO Theotônio et FERREIRA GOUVÊA José Roberto, Código Civil e legislação civil em vigor, Éd. Saraiva, São Paulo, 27^o éd., 2008.
- NEGREIROS Teresa Paiva de A. T., Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- PAZ GARCIA RUBIO Maria, La responsabilidad precontractual en derecho español, Madrid, Tecnos, 1991.
- PAZIANOTTO Mariana, Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima de tratativas, Jurua, 2009.
- PONTES de MIRANDA Francisco Cavalcanti, Comentários à Constituição Federal de 1967, tome VI, Éd. RT, São Paulo, 1967.
- PONTES de MIRANDA Francisco Cavalcanti, Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, 2^o éd., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- PONTES de MIRANDA Francisco Cavalcanti, Tratado de Direito Privado, tome II, 4^o éd., Éd. RT, São Paulo, 1977.
- POPP Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas, Curitiba, Juruá, 2001.
- POSNER Richard, Economic Analysis of Law, Aspen Law & Business, 5^o éd., 1998.
- POUND Roscoe, An Introduction to the Philosophy of Law, Yale University Press, 1982.
- PRADO Maurício Curvelo de Almeida, Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia. Patente et Know-how, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1997.
- PRATA Ana, Notas sobre responsabilidade pré-contratual, Éd. Almedina, Coimbra, 2005.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier. European Law Publishers, 2008, élaboré par le groupe «Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law» (Acquis Group)”; traduction française GHESTIN Jacques, consultable sur http://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/IMG/pdf/Traduc-vBar-livre_I-II-III_08-2008.pdf ou <http://www.fondation-droitcontinental.org/Documents/Traduc-vBar-livre%20I-II-III-%2008-2008.doc> [consulté le 10 octobre 2009].
- PUIG BRUTAU José, Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios, Barcelone, 1951.
- REITER Barry et SWAN John, Contracts and the protection of reasonable expectations, in Studies in contract law, Butterworths, 1980.
- RODAS João Grandino (dir.), Contratos internacionais, Éd. RT, 3^o éd., São Paulo, 2002.
- SACCO Rodolfo et DE NOVA Giorgio, Il contratto, Trattato di diritto civile, 7^o éd., 2007.
- SALMOND, HUESTON et BUCKLEY, The Law of Torts, 19^o éd., London, Sweet & Maxwell, 1987.
- SCHLECHTRIEM Peter et SCHWENZER Ingeborg, Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG), 2^o éd., Oxford University Press, 2005.
- SCHMIDT Reimer, Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe, Verlag Versicherungswissenschaft, 1953.
- SERPA LOPES Miguel Maria de, O silêncio como manifestação de vontade, Éd. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1961.
- SINDE MONTEIRO Jorge F., Análise Económica do direito, BFDUC, vol. LVII, 1981.
- SINDE MONTEIRO Jorge F., Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra, Almedina, 1989.
- STRENGER Irineu, Responsabilidade civil no direito interno e internacional, Éd. LTR, 2000.
- TARTUCE Flávio. A função social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.
- TONOLO Sara, Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi, Milan, Giuffrè, 2003.
- TREBILCOCK Michael, The Limits of Freedom of Contracts, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- TUNC André, La responsabilité civile, 2^o éd, Économica, 1989.
- TURCO Claudio, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Catania, Giuffrè, 1990.

- VAN DEN BERGH Roger et VISCHER Louis, *The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonisation?*, German Working Papers in Law and Economics, vol. 2006.
- VISCASILLAS María del Pilar, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, éd. Tirant lo Blanch, 1996.
- VISINTINI Giovanna, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
- VISINTINI Giovanna, *Tratatto breve della responsabilità civile*, CEDAM, 2005.
- VON BAR Christian, "Limitation and Mitigation in German Tort Law", in SPIER Jaap (dir.) *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996.
- VON BAR Christian, CLIVE Eric et SCHULTE-NÖLKE Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Sellier, 2008.
- VON BAR Christian, *Deliktrecht*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II*, Köln 1981.
- VON BAR Christian, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, vol II*, Verlag C. H. Beck, 1996.
- VON JHERING Rudolf, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfection gelangten Verträgen*, *Iheringsjahrbücher IV (1861)*, p. 1 et s. ; traduction in O. de Meulenaere, *Oeuvres choisies*, Paris, 1893.
- VON MEHREN Arthur, *Law in the United States: A General and Comparative View*, Kluwer, 1988.
- WAHRENBERGER André, *Vorvertragliche Aufklärungspflichten im Schuldrecht*, Zurich, Schulthess, 1992.
- WALD Arnaldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos*, Éd. Saraiva, 17^e éd., 2006.
- WALD Arnaldo, *L'influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la responsabilité civile*, Rio de Janeiro, Serviço de Documentação do DASP, 1953.
- WEILL André et TERRÉ François, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 1980.
- WINFELD Percy, *Pollock's principles of contract*, 13^eéd., London, Stevens&Sons, 1950.
- WINSHIP P., *Formation of International Sales Contrats under the 1980 Vienna Convention*, *The International Lawyer*, 1983.
- ZANETTI Cristiano de Souza, *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, Éd. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2005.
- ZEIGERT Konrad, KÖTZ Hein et WEIR Tony, *An Introduction to comparative law*, 3^e éd., Clarendon Press, 1998.
- ZIMMERMANN Reinhard, *Comparative Foundations of a European law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, 2002.
- ZWEIGERT Konrad et KÖTZ Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 3^e éd., 1996.

II - ARTICLES

ARTICLES EN LANGUE FRANÇAISE

- AGOSTINI Éric, *Estoppel : rendons à César*, D. 2006, p. 1424.
- ALEXANDRE Danièle, *Juris-classeur International, Droit International Privé Français, Conflits de lois, La loi étrangère devant les tribunaux français : Etablissement du contenu de la loi étrangère*, Fasc. 539-20, 1997.
- ALEXANDRE Danièle, *Répertoire de droit communautaire Dalloz, Compétence, reconnaissance et exécution (Matières civile et commerciale) en collaboration avec Monsieur André Huet*, 2003.
- ALEXANDRE Danièle, *Répertoire de droit international Dalloz, Convention de Bruxelles : généralités ; compétence internationale*, 1998.

ALPA Guido, Le contrat individuel et sa définition, RIDC 1988, p. 327.

ANCEL Bertrand, L'objet de la qualification, JDI 1980, p. 227.

ANCEL Marie-Elodie, Contrefaçon internationale : le juge français face aux dommages-intérêts punitifs étrangers in L'évaluation du préjudice de la contrefaçon : Cah. dr. entr. 2007, n° 4, p. 51.

ANCEL Marie-Elodie, Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I, JDI 2008, p. 561.

ANCEL Pascal, Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations, in Claude OPHÈLE et Philippe REMY (dir.), Traditions savantes et codifications, Congrès de Poitiers, ARISTEC, 8 à 10 septembre 2005, LGDJ, 2007, p. 161.

ANDRÉ M.-E., L'intuitu personae dans les contrats entre professionnels, in Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz, 1999, p. 23.

ANDRÉANI Joseph, L'obligation précontractuelle d'information, alpha et oméga du régime probatoire du dol incident ?, note sur Cass. civ. 1, 28 mai 2008, Société Le Parc des renardières, LPA, 05 août 2008 n° 156, p. 21.

AUBERT Jean-Luc, La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ?, note sous Cass. civ. 2, 19 juin 2003, RJDA, 2004, n° 4, p. 355.

AUBERT Jean-Luc, Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, in Mélanges VINEY Geneviève, 2008, LGDJ, p. 55.

AUBRY Hélène, L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime, RIDC, 2005, p. 628.

AUDIT Bernard, Le droit international privé à la fin du XX Siècle : progrès ou recul, RIDC 1998, vol. 2, p. 421.

AUDIT Bernard, Les ventes internationales hors la Convention de Vienne, La vente éclatée – Colloque de Deauville (6 et 7 juin 1997), Revue de jurisprudence commerciale, 1997, n° 11, p. 112.

AUDIT Bernard, Qualification et droit international privé, Rev. Droits, 1993, p. 55.

AUDIT Mathias, L'interprétation autonome du droit international privé communautaire, JDI 2004-3, p. 813.

AVOUT Louis d', Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II), D. 2009, p. 1629.

AYNES Laurent, BÉNABENT Alain, MAZEAUD Denis, Projet de réforme du droit des contrats : éclosion ou enlisement ?, D. 2008, p. 1421.

AYNES Laurent, L'obligation de loyauté, Archives de philosophie du droit, 2000, n° 44.

AZEVEDO Antônio Junqueira de, La bonne foi, Rapport brésilien, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, tome XLIII, Litec, 1992, p. 77.

AZEVEDO Antônio Junqueira, La bonne foi – Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Louisianaises, tome XLIII, 1992, Rapport brésilien, p. 77.

AZZI Tristan, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009, p. 1621.

AZZI Tristan, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009, p. 1621.

AZZI Tristan, Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé: état des questions, RIDA, oct. 2007, p. 3.

BAC, La lettre d'intention ou le dilemme liberté/sécurité, in Lettres d'intention de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. et patr., janvier 1999, doct., p. 52.

BAILLOD Raymonde, Les lettres d'intention, RTDCom. 1992, p. 547.

BANDRAC Monique, La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, RDC, oct. 2008, n° 4, p. 1413.

BARRET Olivier, Variations autour du refus de contracter, in Mélanges offertes à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005.

BARTIN Etienne, La doctrine de qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois, Recueil de cours La Haye, 1930, I, tome 31, p. 565.

- BATIFFOL Henri, La « crise du contrat » et sa portée, *Archives de philosophie du droit*, 1968, tome XIII, p. 13.
- BEALE Hugh, La réforme du droit français des contrats et le droit européen des contrats : perspective de la law commission anglaise, in *La réforme du droit des contrats : projet et perspectives*, RDC 2006, p. 135.
- BEAUCHARD Jean, L'offre dans le commerce électronique, in *Le contrat électronique. Au coeur du commerce électronique*, LGDJ, 2005, p. 35.
- BEIGNIER Bernard, La conduite des négociations, *RTDCom*, n° 51, 1998, p. 463.
- BELLIVIER Florence et SEFTON-GREEN Ruth, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, p. 91.
- BÉLOT Frédéric, L'évaluation du préjudice économique, *D.* 2007, p. 1681.
- BÉNABENT Alain, Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive, *D.* 2007, p. 1800.
- BERGÉ Jean-Sylvestre, La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé, *Tr. com. fr. DIP 2004-2006*, Pédone, 2008, p. 29.
- BERGER Michel, Préjudice indemnisable et droit international des contrats, *RDAI* 2004, n° 4, p. 427.
- BERLIOZ Pierre, La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1-b du règlement Bruxelles I, *JDI* 2008, p. 675.
- BERNARD DE SAINT AFRIQUE, La responsabilité professionnelle du gestionnaire de patrimoine au regard de l'abus de droit, *Defrénois*, 1998, p. 777.
- BERNARD DE SAINTAFRIQUE, Du devoir de conseil, *Defrénois*, 1995, p. 913.
- BERTOLASO Sabine, Droit à réparation – Conditions de la responsabilité délictuelle, *Responsabilité civile* : Fasc. 110, 1999, J.-Cl. art. 1382.
- BIRBÈS Xavier, L'objet de la négociation, *RTDCom*. 1998, p. 471.
- BLANCHARD Patrick, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international, *RDAI*, 2008, n° 1, p. 8.
- BOLLÉE Sylvain, A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles, *D.* 2008, Dossier 2161.
- BONNEL Michel Joachim, La nouvelle convention des Nations Unies sur les contrats de ventes internationales de marchandises, *DPCI*, 1981, T. VII, p. 15.
- BONNET Emile, Responsabilité délictuelle et contrat, *Revue Critique de Législation et de jurisprudence*, 1912, t. XLI, p. 418.
- BOSKOVIC Olivera, L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II, *D.* 2009, p. 1640.
- BOSKOVIC Olivera, Le domaine de la loi applicable, in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 191.
- BOULOC Bernard, Le secret des affaires, *DPCI*, 1990, p. 6.
- BOURDALLÉ Nicole et LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier, *Banque et droit* 2006, n°107, p. 17.
- BOUREL Pierre, Responsabilité civile, *Dalloz – Répertoire de droit international*, 1998.
- BOURGEOIS Marie, La protection juridique de l'information confidentielle économique, *Revue internationale de la concurrence*, 1988, p. 113.
- BRIERE Carine, Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *JDI*, n° 1, 2008, doct. 2, p. 36
- BRIERE Carine, Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement Rome II et les conventions internationales, *JDI*, 2005, p. 677.
- BROGGINI G., L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs, in WIDMER, P et COTTIER, B., *L'abus de droit et principe de la bonne foi*, Éd. Université de Fribourg, Suisse, 1994, p. 3.
- BRULE-GADIOUX Florence et LAMOTHE Eric, L'ordre juridique communautaire : pour une nouvelle approche des lois de police, *JCP N*, 2005, 1234.

BRUN Philippe, Le droit de revenir sur son engagement, Dr. et patr., n° 60, mai 1998, p. 78.

BRUNEAU Chantal, Le Traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlements communautaires de quatre conventions européennes, JCP G, 2000. I. 266.

BUCHER Andreas, L'attente légitime des parties, DIP Suisse, vol. I-2, p. 87.

BURGARD Marlène, Le dol précontractuel : cumul de l'action en nullité et en responsabilité civile, LPA, 13 août 2008, n°162, p. 19.

BUSSANI Mauro ET MATTEI Ugo, Le fonds commun du droit privé européen, RIDC 2000, n°1, p. 29.

CANIVET Guy, La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge, in Analyse économique du droit : quelques points d'accroche, LPA, 19/05/2005, n. 99, n° spéc., p. 23.

CATALA Pierre, Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, Répertoire du Notariat Deffrénois, 15 décembre 2008, n° 21, p. 2365.

CATALA Pierre, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, D. 1984, chron. p. 97.

CATALA Pierre, La propriété de l'information, in Mélanges P. Raynaud, p. 97.

CEDRAS Jean, L'obligation de négocier, RTDCiv. 1985, p. 265.

CHAGNY Muriel, La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, JCP G, 2006. I. 149.

CHAUVEL Patrick, Rupture de pourparlers et responsabilité délictuelle, Dr. et patr., novembre 1996, p. 36.

CHEVALLIER Jacques, Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation, in MORAND Charles-Albert (dir.), Le droit saisi par la mondialisation, Collection de droit international, 2001, p. 37.

CONINCK Bertrand de, Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles in FONTAINE Marcel (dir.), Le processus de formation du contrat, LGDJ et Bruylant, 2002, p. 18.

CORNU Gérard, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, in Etudes de droit contemporain. Sixième Congrès International de Droit Comparé: Hamburg: 1962, p. 239.

CORNU Gérard, Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, 1977, Les cours du droit, n° 289.

CORNU Gérard, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002. Chron. 351.

COURBE Patrick, La prescription en droit international privé, in Les désordres de la prescription, Publications de l'Université de Rouen, 2001, p. 70.

CRÉMIEUX, Le secret des affaires, in L'information en droit privé, Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, 1978, p. 457.

D. PORACCHIA, La protection juridique des secrets de l'entreprise, Dr. et patr., 2000, n° 85, p. 20.

DAIGRE Jean-Jacques, La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et la couverture, Banque et droit, 2000, n° 70, p. 6.

DANIEL Julie, Le devoir de mise en garde du banquier, LPA, 18 février 2008, n° 35, p. 5.

DANKERS-HAGENAARS Diana, Le nouveau Code civil néerlandais : un cousin lointain dans la famille du droit français in DUNAUD, Jean Philippe et WINIGER, Bénédicte (dir.), Le Code civil français dans le droit européen, Bruylant, 2005, p. 179.

DARGENT Laurent, Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, D. 2008 p. 1815.

DAVID René, Cause et consideration, in Mélanges J. Maury, vol. II, Paris, Dalloz, 1960, p. 111.

DAVID René, Le droit brésilien jusqu'en 1950, in WALD, Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI, Camille (dir.), Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain, Société de Législation Comparée, 2005, p. 25.

DE LY Filip, La pratique de la rédaction des contrats internationaux, RDAI 2002, n. 3-4, p. 461.

DEFFAINS Bruno, Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste, LPA 19/05/2005, n° 99, numéro spécial, p. 6.

DEJEAN DE LA BATIE Noël, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, bibl. dr pr., t. 57, 1965.

DELFORGE Catherine, La formation des contrats sous un angle dynamique, in Marcel FONTAINE (dir.), Le processus de formation du contrat, Réflexions comparatives, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, tome XXXV, LGDJ et Bruylant, 2002, p. 139.

DELMAS-MARTY Mireille, La mondialisation du droit : chances et risques, D. 1999, chr. 43.

DEROUSSIN David, Culpa in contrahendo. L'indemnisation en cas d'annulation du contrat, du droit romain à la théorie classique des nullités, Revue Historique du droit 2004, avril/juin, p. 189.

DESHAYES Olivier, Analyse de l'avant-projet de réforme du droit des contrats : principes directeurs et formation des contrats, L'Essentiel Droit des contrats, 01 octobre 2008, n° 4, p. 2.

DESHAYES Olivier, Le dommage précontractuel, RTDCom. 2004, p. 187.

DESPAGNET, De conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques, JDI 1898, p. 253.

DEUMIER Pascal et RACINE Jean-Baptiste, Règlement Rome I: le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle, RDC, 01 octobre 2008 n°4, p. 1309.

DIESSE François, La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CVIM), JDI, 1, 2002, p. 55.

DIESSE François, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Arch. Phil. Droit, 1999, n°43, p. 259.

DOIREAU Sidonie, Réparation de la rupture abusive des pourparlers, RLDC 2004, n° 1, p. 7.

DOIREAU Sidonie, Rupture abusive de pourparlers : quels documents peut-on produire au débat ?, RLDC 2004, n° 3, p. 10

DROZ Georges, Regards sur le droit international privé comparé, Rec. cours La Haye, vol. 229, 1991-IV, p. 322.

DUMAS Jean-Pierre, Le point sur la jurisprudence relative à la lettre d'intention, in Lettres d'intention de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. et patr., janvier 1999, doctr., p. 53.

DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie, Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers, D. 2004, p. 869.

ELHOUEISS Jean-Luc, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, JDI 2003, p. 39.

ELHOUEISS Jean-Luc, Retour sur la qualification lege causae en droit international privé, JDI 2005, p. 284.

FABRE Régis, Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTDCiv., 1983, n° 45.

FACCHINI François, Principe de causalité et économie de la responsabilité civile, in DEFFAINS Bruno (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, 2002, Cujas, p. 151.

FALLON Marc et MEEUSEN Johan, Le commerce électronique, la directive n° 2000/31/CE et le droit international privé, RCDIP 2002, p. 435.

FALLON Marc, Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne in Mélanges P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 242.

FALLON Marc, Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne, Rec. cours La Haye, 1995, t. 253, p. 9.

FAURE Michael, L'analyse économique du droit civil français : le cas de la responsabilité, in DEFFAINS Bruno (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, 2002, Cujas, p. 113.

FAUST Florian et WIESE Volker, Protecting legitimate expectations : the German perspective, in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, SLC, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 99.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Faut-il un Code civil européen ?, RTDCiv. 2002, p. 463.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'accord procédural à l'épreuve du temps : Retour sur une notion française controversée, in Mélanges Lagarde 2005, p. 263.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Le juge français et le droit étranger, D. 2000, p. 125.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, RIDC 1998, vol. 2, p. 463.

- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel du droit anglais, in BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, *Économica*, coll. Études juridiques, 2001, p. 3.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'estoppel, concept étrange et pénétrant, *RDC*, 01 octobre 2006, n° 4, p. 1279.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, *LGDJ*, Bibliothèque de droit privé, t. 272.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive, *RDC*, 01 juillet 2004, n° 3, p. 801.
- FERRARI Franco, Applications de la Convention de Vienne de 1980, *RDAl* 1998, n. 7, p. 835.
- FERRARI Franco, Exclusion et inclusion de la CVIM, *RDAl*, n. 3/4, 2001, p. 401.
- FERRARI Franco, La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé, *JDI*, 2006, p. 27.
- FERRARI Franco, La jurisprudence sur la CVIM : un nouveau défi pour les interprètes? *RDAl* 1998, p. 495.
- FERRARI Franco, La place de la régionalisation dans l'unification du droit de la vente, *RDAl* 2004, n. 4, p. 445.
- FERRARI Franco, Le champ d'application des « Principes pour les contrats commerciaux internationaux » élaborés par UNIDROIT, vol. 4, *RIDC* 1995, p. 985.
- FERRARI Franco, Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle, *JDI*, 2003, p. 791.
- FETZE KAMDEM Innocent, L'offre dans les conventions du commerce international, *RDAl*, n. 5, 2001, p. 527.
- FLÉCHEUX Georges, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, *Mélanges offertes à Jacques Ghestin*, *LGDJ*, 2001, p. 341.
- FONTAINE Marcel, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, *D.P.C.L.*, 1977, p. 73.
- FONTAINE Marcel, Les principes pour les contrats internationaux élaborés par l'Unidroit, *RIDC*, 1991, p. 40.
- FONTAINE Marcel, Naissance, vie et survie du contrat: quelques réflexions libres, in *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65 Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos 1985, p. 221.
- FONTAINE Marcel, Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?, in *Mélanges offertes à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 128.
- FONTAINE Marcel, Quelques observations à propos du projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats, *RDC*, 01 janvier 2009, n 1, p. 375.
- FONTAINE Marcel, Un régime harmonisé de la formation des contrats. Réexamen critique, in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, FONTAINE Marcel (dir.), Bruylant et LGDJ, 2002, p. 851.
- FORBIB Guillaume, Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers?, *RDAl* 1988, p. 488.
- FORBIN G., Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers?, *RDAl* 1998, n° 4/5, p. 478.
- FORTIER Vicente, La fonction normative des notions floues, *RRJ*, 1991, p. 768.
- FOYER Jacques, L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, *JDI*, 1976, p. 555.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, La partie générale du Code civil brésilien, in WALD, Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI, Camille, Éd. *Société de Législation Comparée*, 2005, p. 203.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, La responsabilité, Aspects nouveaux, Rapport brésilien in *Travaux de l'Association Henri Capitant - Journées Panaméennes*, 1999, tome L, *LGDJ*, p. 217.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, La responsabilité. In: Association Henri Capitant. (Org.), *Aspects Nouveaux, Travaux de l' Association Henri Capitant, Journées panaméennes*, Paris, *LGDJ*, 2003, v. L, p. 217.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, La Rupture du Contrat dans le nouveau Code Civil brésilien. *Journées Henri Capitant de Rio de Janeiro e São Paulo*, Rio de Janeiro/São Paulo: Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, v. XXII, p. 695.

FRADERA Vera Maria Jacob de, Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen, in *The Role of comparative law in the Emergence of european Law* (14-15 avril 2000), 2003, Lausanne, RIDC n° 2, 2000. p. 484.

FRADERA Vera Maria Jacob de, Tradition nationale et données historiques, Rapport brésilien, XVIIe Congrès internationale de droit comparé, Utrecht, juillet 2006.

FRAIMOUT Jean-Jacques, Le droit de rompre des pourparlers avancés, GP, 31 mai 2000, p. 945.

FRANCESKAKIS Philippe, Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit de lois, RCDIP, 1971, p. 1.

FRANCQ Stéphanie, Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements, JDI, n° 1, Janvier 2009, p. 57.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, in « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », LPA 19/05/2005, n. 99, numéro spécial, p. 15.

GAILLARD Emmanuel, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international, Rev. arb., 1985, p. 241.

GANDOLFI Giuseppe, Pour un droit européen des contrats, RTDCiv., 1992, p.707.

GANNAGÉ Léna, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 421.

GAREIL-SUTTER Laurence, Période précontractuelle, J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 25.

GAUDEMET-TALLON Hélène, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, in *Mélanges LAGARDE Paul*, Dalloz, 2005, p. 304.

GAUDEMET-TALLON Hélène, J.-Cl. «Europe», fasc. 3200.

GAUTIER Pierre-Yves, Les aspects internationaux de la négociation, RTDCom. 1998, p. 493.

GAVALDA Christian, Le secret des affaires, in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 29.

GEST Juliette, Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne, D. 2009, p. 1431.

GHESTIN Jacques, L'évolution du droit français des contrats et l'économie in Bruno Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 218.

GHESTIN Jacques, L'utile et le juste dans les contrats, *Archives de philosophie du droit*, 1981, tome 26, p. 40

GHESTIN Jacques, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP G., 2007, I, n° 21-22, p. 155.

GHESTIN Jacques, La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers en droit français, in *Mélanges Guido ALPA*, Ed. British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 436.

GHESTIN Jacques, Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers, JCP G, n° 22, 30 mai 2007, I, p. 157.

GHESTIN Jacques, Observations, LPA, 12 février 2009, n 31, p. 5.

GHOZI Alain et LEQUETTE Yves, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie, D. 2008, p. 2609.

GLAUDET Philippe, Le Code civil européen : une utopie ? Dr. et patr., n° 125, 01 avril 2004, p. 32.

GODON Laurent et LEYGONIE Alain Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté, Rev. sociétés 2007, n°3, p. 519.

GONZALEZ CAMPOS Julio, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, Rec. des cours La Haye, vol. 156, 1977-III, p. 214 et s.

GOTHOT Pierre, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, RCDIP, 1971, p. 1.

GOTHOT Pierre, Les pourparlers contractuels, in *La renaissance du phénomène contractuel*, Centre droit et vie des affaires de Liège, 1971, p. 21.

GRIDEL Jean-Pierre, Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie), GP, 22 février 2003 n° 53, p. 3.

GUELFUCCI-THIBIERGE Catherine, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTDCiv. 1997, p. 357.

GUERCHOUN Frédéric et PIEDELIÈVRE Stéphane, *Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (2^{ème} partie)*, GP, 30 octobre 2007 n° 303, p. 10.

GUIDERDONI Bénédicte, *La lettre de confort : entre cautionnement et obligation de moyens*, sur l'arrêt Cass. com., 9 juillet 2002, LPA, 10 juin 2003 n° 115, p. 11.

GUILLEMAIN Caroline, *Le trouble en droit privé*, PUAM, 2000, n° 54.

HERBOTS Jacques, *La résistible ascension des dommages-intérêts punitifs en Amérique*, Mélanges offertes à Guy Hormans, Bruylant, 2004, p. 511.

HEUZE Vincent, *A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats*, JCP G 2002. I.152.

HEUZÉ Vincent, *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen in Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 393.

HEUZÉ Vincent, *La formation du contrat selon la CVIM : quelques difficultés*, RDAI, n° 3-4, 2001, p. 280.

HEUZÉ Vincent, *La notion de contrat en droit international privé*, Tr. com. fr. DIP, 1997/1998, Pedone, p. 319.

HOUIN Roger, *Pour une codification européenne du droit des contrats et des obligations*, in *Etudes juridiques offertes à JULLIOT DE LA MORANDIERE*, Dalloz, 1964, p. 225.

HOUTCIEFF Dimitri, *La garantie autonome et la lettre d'intention*, JCP G, 2006, suppl. au n° 20 du 17 mai 2006, p. 21.

HOUTCIEFF Dimitri, *Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles "Rome II"*, JDI, 2003, p. 7.

HUET André, J.-Cl. Procédure civile.

HUET Jérôme, J.-Cl. Droit international.

HUET Jérôme, *Le droit applicable dans les réseaux numériques*, JDI 2002, p. 737.

HUET Jérôme, *Le secret commercial et la transparence de l'information*, LPA, 15 et 17 févr. 1988, n° 20 et 21, p. 9.

HUET Jérôme, *Nous faut-il un «euro» droit civil ?*, D. 2002, point de vue 2611.

IDOT Laurence, *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, LPA 12 déc. 2002, p. 27.

IZORCHE Marie-Laure, *Propositions méthodologiques pour la comparaison*, RIDC, n° 2/2001, p. 289.

JACQUET Jean-Michel, *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources*, in *Mélanges en honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 75.

JAMIN Christophe, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.

JAMIN Christophe, *Quelle nouvelle crise du contrat?*, in JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 13.

JARROSSON Charles, *La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales*, in *L'éthique dans les relations économiques internationales, en hommage à Philippe Fouchard*, 2006, Pedone, p. 185.

JARROSSON Charles, *Le contrat de transaction dans les relations internationales*, RCDIP 1997, p. 657.

JAUFFRET-SPINOSI Camille et WALD, Arnaldo, *Le droit brésilien, cet inconnu*, in WALD, Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Société de Législation Comparée, 2005, p. 17.

JAUFFRET-SPINOSI Camille, *Rapport français. Le domaine du contrat*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 105.

JAYME Erik, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, Rec. des cours La Haye, tome 251, 1995, p. 60.

JOBARD-BACHELIER Marie-Noëlle, *Les lettres d'intention en droit international privé (communication)*, Tr. Com. Fr. Dip, 1994-1995, p. 135.

JOURDAIN Patrice, Droit à réparation, Application de la notion de la faute, J.-Cl. Responsabilité civile, Fasc. 130-1, 1998.

JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat, rapport français, in La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome XLIII, 1992, p. 121.

JOURDAIN Patrice, Le devoir de «se» renseigner, D. 1983, chron. 139.

JUGLART Michel de, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTDCiv., 1945, p. 1.

KADNER GRAZIANO Thomas, La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé. L'exemple des futurs règlements Rome II et Rome I : appréciations des différentes options, critique et proposition, Revue Suisse de droit International et de droit européen 2006, n° 3, p. 279.

KADNER GRAZIANO Thomas, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, RCDIP, 2008, p. 443.

KAHN Philippe, Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d'application, DPCI, 1989, p. 385.

KAHN Philippe, Introduction générale: qu'est-ce que la vente?, n. 3-4, RDAI 2001, p. 241.

KAHN Philippe, Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, JDI 1989, p. 305.

KASSIS Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, JDI 1995, p. 239.

KAYSER Jan, in La loi portant réforme de la prescription en matière civile et les modes alternatifs de règlement des conflits, JCP E 2008, 12, 1938.

KAYSER Pierre, Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain, in Mélanges J. Macqueron, PUAM, 1970, p. 421.

KENFACK Hugues, Franchise : précisions sur l'obligation précontractuelle d'information, D. 2003, p. 2304.

KENFACK Hugues, L'application des articles 4-1 et 4-2 de la convention de Rome par la Cour de cassation, RLDA 2002, n° 2898.

KENFACK Hugues, Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigation?, JDI, 2009, p. 1.

KENFACK Hugues, Rome I et contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs, JCP G 2006, p. 127.

KESSEDJIAN Catherine, Le principe de proximité vingt ans après, in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 507.

KESSEDJIAN Catherine, Mesures provisoires et conservatoires : à propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international, JDI, 1997, p. 1.

KOHLER Christian, Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam, RCDIP, 1999, p. 1.

KRAFT W., L'obligation de confidentialité en droit allemand, RDAI 1991, p. 135.

KUONEN Nicolas, La culpa in contrahendo : un colosse aux pieds d'argile ? Une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1, Revue d'histoire du droit, 2005, p. 267.

KUYVEN Luiz Fernando, Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Article 4(5) sur la loi applicable à défaut de choix – Note sur la décision de la Cour de cassation(France) du 19 déc. 2006, Rev. dr. unif., 2007-2, vol. XII, p. 382.

KUYVEN Luiz Fernando, La pertinence de la clause d'exception en matière contractuelle, LPA, 2007, n°148, p. 3.

LAGARDE Paul, La condition de réciprocité dans l'application des Traités internationaux : son application par le juge interne, RCDIP, 1975, p. 25 .

LAGARDE Paul, La réciprocité en droit international privé, Rec. cours. La Haye, 1977-1, t. 154, pp. 103-214.

LAGARDE Paul, Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1975, p. 649.

LAGARDE Paul, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, RCDIP, 1991, p. 309.

LAGARDE Paul, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Rec. cours La Haye, tome 196, 1986-I, p. 26.

LAGARDE Paul, Rapport de synthèse, In CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Actes du colloque du 20 septembre 2007 à Dijon, Litec, 2008, p. 201.

LAGARDE Paul, Rép. int. Dalloz, v. Contrats et conventions.

LAGARDE Paul, Tr. Com. Fr. Dip, 1971-1973, p. 147.

LAGARDE Xavier, De la période précontractuelle, RLDC 2008/55, n° 3205.

LAGARDE Xavier, Observations, Droit des contrats, LPA, 12 février 2009, n° 31, p. 74.

LAKE Ralph et DRAETTA Ugo, Lettres d'intention et responsabilité précontractuelle, RDAI, 1993, p. 835-863.

LALIVE Pierre, Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat, in Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, Bruxelles, Nemesi, 1986, t. 1, p. 436.

LAMETHE Didier, L'uniformisation des pratiques contractuelles et la mondialisation, in D'ici, d'ailleurs. Harmonisation et Dynamique du droit, Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, Paris, Société de législation comparée, 1999, p. 305.

LAMOUREUX Marie, Les déclarations d'intention en droit privé, RLDC, 2008/4, n° 42.

LAN Liu, Brèves réflexions sur le droit chinois de contrats et ses perspectives d'évolution, in RIDC, 1996, n. 4, p. 866.

LANDO Ole, Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen, RDAI, 1997, p.189.

LAPOYADE-DESCHAMPS Christian, Quelle(s) réparation(s) ?, in : La responsabilité à l'aube du XIXe siècle : bilan prospectif, Resp. civ. et assur., hors série, Juin 2000, p. 62.

LARROUMET Christian, La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international, JCP, Éd. G, n. 14, 1997, Doctrine 4011, p. 147.

LASSALE Bernard, Les pourparlers, RRI, 1994, p. 849.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier?, Banque et droit, 2005, n°100, p.1.

LASSERRE-KIESOW Valérie, Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, RDC, 01 octobre 2008 n° 4, p. 1454.

LATREILLE Antoine, Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat, LPA 7 et 8 août 2006, n°s 156.

LE NABASQUE Hervé, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTDCom. 1999, p. 273.

LE TOURNEAU Philippe, De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil, Dalloz, 1987, 14^e cahier, Chron., p. 101.

LE TOURNEAU Philippe, Existe-t-il une morale des affaires ?, in La morale et le droit des affaires, Centre de droit des affaires de Toulouse, Montchrestien, 1996, p. 7.

LE TOURNEAU Philippe, La rupture des négociations, RTDCiv. 1998, p. 479.

LE TOURNEAU Philippe, Le Droit et l'éthique, in Droit et technique, Mélanges à la mémoire de X. Linant de Bellefonds, 2007, Litec, p. 291.

LECOURT Arnaud, Rupture brutale de pourparlers : manquement aux règles de bonne foi dans les relations commerciales, JCP G, n° 42, 15 octobre 2003, Jurisprudence II 10162, p. 1829.

LEGEAIS Dominique, Absence de devoir de mise en garde au profit de l'emprunteur non averti déloyal, RTDCom. 2008, p. 163.

LEGEAIS Dominique, Réforme des sûretés (ordonnance du 23 mars 2006), RTDCom., 2006, p. 637.

LÉGIER Gérard, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JCP G, n° 47, 21 Nov. 2007, I 207, p. 14.

LEMAIRE et MORIN, Droit français et principes du droit européen du contrat, LPA, 2004, n° 921, p. 38.

LEMAIRE Sophie, Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I, D. 2008, dossier 2157.

LENT F., Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, 67. ZZP, 1954, p. 344.

LEQUETTE Yves Vers un Code civil européen?, Pouvoirs, n° 107/2004, pp. 97.

LEQUETTE Yves, Le renvoi de qualification, in Mélanges Holleaux 1990, pp. 249.

LEQUETTE Yves, Quelques remarques à propos du projet de Code civil de VON BAR Christian, D. 2002, Chron. 2202, n° spécial Bicentenaire du Code civil, 2004, p. 30.

LEQUETTE Yves, Vers un Code civil européen ?, Pouvoirs, n° 107, 2003, p. 97.

LETURMY Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, n. 4, RTDCiv 1998, p. 839.

LEVASSEUR Alain A., L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, RDAI 1999, n° 7, p. 737.

LEVENEUR Laurent, Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions, CCC, 2008, comm. n° 195.

LÉVY Emmanuel, La confiance légitime, RTDCiv. 1910, p. 717 et s.; Les droits sont des croyances, RTDCiv. 1924, p. 322.

LICARI Sandy, Pour la reconnaissance de la notion d'incombance, RRJ 2002, p. 703.

LOKIEC Pascal, Le droit des contrats et la protection des attentes, D. 2007, p. 321.

LONCLE Jean-Marc et TROCHU Jean-Yves, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI 1997, p. 3.

LOQUIN E., La réalité des usages du commerce international, Revue internationale de droit économique, 1989, p. 163.

LORENTZ Romain, dommage purement patrimonial – Rapport français, RIDC 2-2006, p. 393 et s.

LOUSSOUARN Yvon, La bonne foi, Rapport de synthèse, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées louisianaises, Tome XLIII, 1992, p. 7.

LPA, La formation du contrat de franchise, 04 décembre 2008, Dossier, n° 243, p. 22.

LYON-CAEN Gérard, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTDCiv. 1946, p. 98.

MAHINGA Jean-Grégoire, L'équivalence et la règle de conflit, D. 2005 Jur., 2924.

MAINGUY Daniel et RESPAUD Jean-Louis, Comment renforcer l'efficacité de la « loi Doubin » (art. L. 330-3 c. com.) ?, CCC, 2003, chron. n° 4, n° 10.

MALAUURIE Philippe, La réforme de la prescription civile, Defrénois 2008, art. 38842, n^{os} 10-11, p. 2035.

MALAUURIE Philippe, Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte, JCP G 2002. I. 110.

MALAUURIE Philippe, L'équivalence en droit international privé, D. 1962, chron. p. 215.

MALAUURIE-VIGNAL Marie, La protection des informations privilégiées et du savoir-faire, D. 1997, p. 207.

MALAUURIE-VIGNAL Marie, Parasitisme et investissements d'autrui, D. 1996, chron. 177.

MALEVILLE Marie-Hélène, Pratique de l'interprétation des contrats, PU Rouen, 1991, nos 404.

MALURIE Philippe et AYNES Laurent, Les contrats spéciaux, Cujas, 1986, n° 429.

MARKESINIS Basil, Unité ou divergence : A la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain, RIDC, n° 4, 2001, p. 807.

MARMISE Anne, Le rôle de la doctrine dans l'élaboration de la responsabilité civile délictuelle au XXe. Siècle, LPA, n. 188, 19/10/2002, p. 4.

MAZEAUD Denis, Faut-il avoir peur du droit européen des contrats ?, Mélanges Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 309.

MAZEAUD Denis, La confiance légitime et l'Estoppel, rapport français in La confiance légitime et l'Estoppel, Société de Législation Comparée, 2007, p. 252.

MAZEAUD Denis, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, Dr. et patr., n° 07-08, 1996, p.44.

MAZEAUD Denis, L'influence de l'erreur excusable, D. 2001, jur., p. 2702 ; MOULY Jean, Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur excusable (l'opinion dissidente d'un «travailliste»), D. 2002, chron. 2023.

MAZEAUD Denis, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in Mélanges offerts à F. Terré, Dalloz, Éd. Jurisclasseur, 1999, p. 603.

MAZEAUD Denis, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, in Mélanges J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 637.

MAZEAUD Denis, Période précontractuelle : un droit flou, flou, flou, Défrénois, 1998, art. 36753, p. 336.

MAZEAUD Denis, Petite leçon de solidarisme contractuel..., D. 2001, p. 3236.

MAZEAUD Denis, Réparation des préjudices précontractuels: toujours moins... ?, note sous Cass. civ. 3, 28 juin 2006, D. 2006, p. 2963.

MAZEAUD Denis, Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats, D. 2009, p. 1364.

MAZEAUD Denis, Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire, la lettre d'intention, in Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique, D. 1999, p. 342.

MERCADAL Barthélémy, Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle, DPCI 1984, t. 10, n° 3, p. 319.

MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l'abus un petit peu, RTDCiv. 2002, p. 99.

MESTRE Jacques, Des pourparlers à la conclusion de l'accord définitif, RTDCiv. 1986, p. 97.

MESTRE Jacques, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTDCiv., 1986, p. 101.

MESTRE Jacques, Jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux, RTDCiv., 1997, p. 651.

MESTRE Jacques, La période précontractuelle et la formation du contrat, LPA, 5 mai 2000, n° 90, p. 7.

MESTRE Jacques, L'évolution du contrat en droit privé français, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées Savatier, PUF, 1985, p. 56.

MESTRE Jacques, Observations de clôture : les lettres d'intention, une zone d'aménagement contractuel, in Lettres d'intention de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dr. et patr., janvier 1999, doct., p. 62.

MIGNOT Marc, Réforme de la prescription : le point de départ du délai, Defrénois, 28 février 2009, n° 4, p. 393.

MONZER Rabih, Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle : Régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons, RIDC, 2007, vol. 59, n° 3, p. 523.

MORIN Ariane, La confiance légitime en droit suisse des contrats, in La confiance légitime et l'estoppel, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), SLC, 2007, Coll. Droit privé comparé européen, vol. 4, p. 377.

MORIN Gérard, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, DPCI, mars 1980, tome 6, p. 9.

MOULY Christian, La conclusion du contrat selon la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, DPCI, 1989, tome 15, p. 400.

MOULY Christian, La formation du contrat in La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes du Colloque des 1^{er} et 2 décembre 1980, LGDJ, p. 61.

MOUSSERON Jean Marc, La durée dans la formation des contrats, in Mélanges offerts à Jauffret, 1974, p. 509.

MOUSSERON Jean Marc, Le droit de la négociation contractuelle, RJT, 1995, p. 299.

MOUSSERON Jean Marc, Rapport de Synthèse, RTDCom., 1998, p. 563.

MOUSSERON Pierre, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDCom. 1998, p. 242.

MUIR WATT Horatia, L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres in Mélanges J. Béguin, Lexisnexis 2005, p. 545.

MUIR WATT Horatia, Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil, in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, coord. B. Deffains, 2002, Cujas, p. 37.

MUIR WATT Horatia, Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance, in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2003, p. 53.

MUIR WATT Horatia, Pour l'accueil de l'«estoppel» en droit privé français, in Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn, Dalloz, 1994, p. 303.

MUIR-WATT Horatia, Reliance et définition du contrat, in Mélanges M. Jeantin, Dalloz, 1998, p. 57.

NAJJAR Ibrahim, L'accord de principe, D. 1991, p. 57.

NAJJAR Ibrahim, L'autonomie de la lettre de confort, D. 1989, chron. 217.

NIBOYET Jean-Paul, Le problème de qualifications sur le terrain des traités diplomatiques, dans RCDIP, 1935, p. 1.

NIBOYET Marie-Laure, Action de groupe et droit international privé, RLDC, novembre 2006, p. 78.

NIBOYET Marie-Laure, J.-Cl. Droit international.

NIEMIEC Amélie, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription : une véritable codification de la rencontre de volontés, LPA, 23 janvier 2008 n° 17, p. 11.

NOURISSAT Cyril, Le champ d'application du règlement Rome II, in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), Le règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, LexisNexis, Litec, 2008, p. 13.

NOURISSAT Cyril, Le nouveau droit communautaire des contrats internationaux. Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome-I »), Defrénois, 15 novembre 2009, n°19, p. 2017.

NUSSENBAUM Maurice, L'appréciation du préjudice, in Analyse économique du droit : quelques points d'accroche, LPA 19/05/2005, n° 99, p. 78.

NUYTS Arnaud et WATTÉ Nadine, Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique, JDI, 2003, n. 2, p. 365.

OKUDA Yasuhiro, Aspects de la réforme du droit international privé au Japon, JDI, 2007, n° 3, var. 7.

OMMESLAGHE P. von, Rapport général, in La bonne foi dans la formation du contrat, La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, journées louisianaises, tome XLIII, 1992, Éd. Litec, p. 25.

OPPETIT Bruno, Droit et économie, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1992, p. 19.

OPPETIT Bruno, L'engagement d'honneur, D. 1979, chron. 107.

ORTSCHEIDT Jérôme, Observation, JCP 2005, I, 179.

PAINCHAUX Mélanie, La qualification sui generis: l'inqualifiable peut-il devenir catégorie?, RRJ, 2004-3, p. 1567.

PASSA Jérôme, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2005, étude 17.

PATAUT Etienne, Lois de police et ordre juridique communautaire, in Les conflits de lois et le système juridique communautaire, sous la direction de Fuchs, Muir Watt et Pataut, Dalloz, 2004, p. 117.

PEDAMON Michel, Le centenaire du BGB, D. 1997, Chron. p. 107.

PERES Cécile, La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, D. 2009, n°6, p. 381.

PHILIPPE Denis, La bonne foi dans la formation du contrat, La bonne foi, Travaux de l'association Henri Capitant, journées louisianaises, tome XLIII, 1992, Litec, p. 72.

PHILIPPE Denis, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles "Rome II", JDI, 2003, p. 7.

PICOD Yves, Exécution de bonne foi des conventions, J.-Cl. civil 2007, art. 1134 et 1135.

PICOD Yves, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 57.

PICOD Yves, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988, I, 3318.

PIEDELIEVRE Stéphane, Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) - 2^{ème} partie, *GP*, 30 octobre 2007 n° 303, p. 9.

PIEDLIEVRE Stéphane, L'efficacité des lettres de confort, *Dr. et pat.* 1996/1, p. 56.

PIETTE Yves, Mystères et paradoxes des lettres de confort, *Bull.* Joly 2003, p. 528.

PIMONT Sébastien, Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage, *RLDC* oct. 2004, p. 15.

PINSOLLE Philippe, Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international, *JDI*, 1998-4, p. 905.

PIZZIO Jean-Pierre, Le droit communautaire et le commerce électronique, in *Commerce électronique*, colloque Marrakech, nov. 2001, *Cah. dr. entr.*, 2002, p. 15.

POCAR Fausto, La codification européenne du droit international privé: vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les états tiers?, in *Mélange en honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 697.

POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, Ordre public et droit communautaire, *D.* 1993, chron., p. 177.

POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, Ordre public, lois de police et droit communautaire, *Trav. com. fr. DIP* 2002-2004, p. 65.

POMART Cathy, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 19.

PONTHOREAU Marie-Claire, Trois interprétations de la globalisation juridique, *AJDA*, 9 janv. 2006, p. 20.

PRIETO Catherine, Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique, *LPA*, n° 92, 2004, p. 19.

PUISSOCHET Jean-Pierre, Vous avez dit confiance légitime? (le principe de confiance légitime en droit communautaire), in *Mélanges offertes à Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 581.

RABEL Ernst, Le problème de la qualification, dans *RCDIP*, 1933, p. 1.

RABELO Alfredo Mordechai, La Théorie de la «Culpa in Contrahendo» et la Loi Isreaélienne sur les Contrats 1973, *RIDC* 1997, p. 37.

RANIERI Filippo, Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du Civil Law, *RIDC* 1998, vol. 4, p. 1055.

RANIERI Filippo, Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, *RIDC* 1998, p. 1055.

RANIERI Filippo, La nouvelle partie générale du droit des obligations, *RIDC* 2002, n° 4, p. 941.

RAWACH Eid, La portée des clauses tendant à exclure le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat, *D.* 2001, chron. 223.

RAYNARD Jacques, chronique de jurisprudence: sources européennes, *RTDciv*, 1998, p. 1006.

RÉMY-CORLAY Pauline, Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, *RCDIP* 2003, p. 37.

RETIF Samuel, J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 101, n° 3.

RIEG André, La Punctatio. Contribution à l'étude de la formation progressive du contrat, in *Mélanges Jauffret*, 1974, p. 593.

RIFFARD Jean-François, Lettres d'intention ou de confort, J.-Cl. - Banque-Crédit-Bourse, fasc. 741, 2002, § 9-10.

RIOT Cédric, Les obligations de la négociation, *RRJ* 2006-1, p. 88.

RIPERT Georges, Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 26.

RIVIERE I., L'obligation d'information et de conseil du banquier souscripteur en assurance de groupe, *LPA*, 2001, n°124, p. 5.

ROBIN Guy, Le principe de bonne foi dans les contrats internationaux, *RDAI* 2005, p. 695.

- ROCHFELD Judith, CJCE et notions autonomes de droit contractuel, RDC, 2005, p. 1001.
- ROCHFELD Judith, Formation du contrat : négociations, conditions de conclusion, Actes du colloque «Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ?», RDC, 2009, p. 844.
- RODIERE René et PEDAMON Michel (sous dir. de), Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle. Étude comparative dans les pays du Marché commun, RIDC, 1984, vol. 36.
- ROJOT Jacques, La gestion de la négociation, RTDCom, 1998, p. 447.
- RONTCHEVSKY Nicolas, Faire le nécessaire..., in Mélanges SIMLER Philippe, Litec-Dalloz, 2006, p. 417.
- RONTCHEVSKY Nicolas, Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles, D. 2006, p. 1303.
- ROZES Louis, Projets et accords de principe, RTDCom. 1998 p. 501.
- ROZES Louis, Projets et accords de principe, RTDCom. 1998, n° 51.
- RUDDEN Bernard et JUILHARD Philippe, Théorie de la violation efficace, RIDC, 1986, p. 1015.
- RUDDEN Bernard, Le juste et l'inefficace: pour un non-devoir de renseignements, RTDCiv., 1985, p. 91.
- RUELLAN Caroline, La perte de chance en droit privé, RRJ, 1999/3, p. 729.
- SAEDI Omid, Dommages-intérêts ou dommages et intérêts : celle-ci ou celle la; ou bien les deux ?, LPA, 7 juin 2005, n° 112, p. 6.
- SAGAUT Jean-François et CAGNIART Marc, Variations autour de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé interne, JCP N, 2005, p. 1281.
- SAINT-ALARY Bertrand, La lettre d'intention, Dr. & pat. 1995/7-8, p. 30.
- SALEILLES Raymond, De la responsabilité précontractuelle, À propos d'une étude nouvelle sur la matière, RTDCiv. 1907, p. 697
- SANTA-CROCE Muriel, Contrats internationaux, J.-Cl. droit international, fasc. 552-5, n° 51.
- SANTA-CROCE Muriel, Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international, GP, 2000, n° 62, p. 3.
- SAUVAGE F., Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs, RD banc. et fin, 2007, p. 57.
- SAVATIER René, Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D. 1972, p. 140.
- SCHMIDT Joanna, La négociation du contrat international, DPCI, 1983, p. 255.
- SCHMIDT Joanna, Les lettres d'intention, RDAI, n°3/4, 2002, p. 257.
- SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, L'absence de motifs légitimes de rupture de pourparlers entraîne condamnation des auteurs de la rupture et réparation du préjudice subi, D. 1999, p. 127.
- SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna, La période précontractuelle en droit français, RIDC 1990, p. 550.
- SCHMIDT-SZALEWSKY Joanna, La sanction de la faute précontractuelle, RTDCiv., 1974, p. 53.
- SCHNEIDER Winfried-Thomas, La codification d'institutions prétoriennes, RIDC, 2002, n° 4, p. 967.
- SCHULZE Reiner, La renaissance de l'idée de jus commune, in Variations autour d'un droit commun, SLC, 2001, p. 185.
- SCHULZE Reiner, Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire, RDC, 2008, p. 922.
- SERAGLINI Christophe, Le droit international privé de la période précontractuelle, in DESHAYES Olivier (dir.) L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats, PUF, 2008, p. 77.
- SERINET Yves-Marie, Observations, LPA, 12 février 2009, n° 31, p. 42.
- SLIM H., Responsabilité civile délictuelle en droit international privé : J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, Fasc. 225-10, 2004, n° 23.
- SONNENBERGER Hans Jürgen, L'harmonisation ou l'uniformisation européennes du droit des contrats sont-elles nécessaires?, RCDIP, 2002, pp. 405 et s.
- SOURIOUX Jean Louis, La croyance légitime, JCP 1982, I, doct. n° 3058, p. 18.

STOFFEL Walter A., Formation du contrat in Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre 1984, Institut suisse de droit comparé, Éd. Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1985, p. 56.

STOFFEL-MUNCK Philippe, Heureuses précisions sur la nature et la sanction de l'abus dans la rupture de pourparlers, note sur Cass. com. 26 novembre 2003, JCP Communication – Commerce électronique, mars 2004, p. 33.

STOFFEL-MUNCK Philippe, Rupture abusive de pourparlers : précision sur la teneur de la faute et la consistance du préjudice, JCP E, n° 20-21, 13 mai 2004, p. 818.

STORCK Michel et RIASSETTO Isabelle, Les règles de bonne conduite applicables aux sociétés de gestion, Bulletin Joly Bourse, Jan/Févr., n° 1, 2008, p. 90.

STORCK Michel et RIASSETTO Isabelle, note sous les arrêts Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14.344, La Poste, Information, conseil ou mise en garde ? Petite clarification bénéfique, Bulletin Joly Bourse, 01 janvier 2007, n° 1, p. 29.

STORCK Michel, Du devoir d'alerte dans le droit des marchés financiers, in Mélanges Philippe Simler, Litec 2006 p. 513.

STORCK Michel, Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement, Bulletin Joly Bourse 2007, p. 313.

STORCK Michel, Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2007, n° 3, p. 315.

STORCK Michel, RLDA, 10-2008, n° 31, p. 84.

STOUFFLET Jean, La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention, Rev. sociétés, 2006, p. 473.

SUCHANKOVA Martina, Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RDAI 1997, p. 700.

TALLON Denis, L'évolution des idées en matière de contrat: survol comparatif, Droits, n. 12, 1990, p. 87.

TALLON Denis, Vers un droit européen du contrat, in Mélanges André Colomer, Paris, 1993, p. 485.

TENENBAUM Aline, Droit européen des contrats : mythe ou réalité ? L'enjeu et les difficultés d'une terminologie commune, RIDC 1-2009, p. 177.

THIBIERGE CATHERINE, Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité, RTDCiv., 1999, p. 561.

THIEBERGUE-GUELFUCCI Catherine, Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTDCiv., 1997, p. 358.

THUNIS Xavier, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz/Litec, 1999, p. 313.

THUNIS, Xavier, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, in Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz/Litec, 1999, p. 313.

TIQUANT Olivier, Rétablir l'autorité de la loi... Doubin, D. 2002, p. 2597.

TIXIER Gilbert, La règle de «reasonableness» dans la jurisprudence anglo-américaine, Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1956, p. 276.

TUNC André, Les problèmes contemporains de la responsabilité civile délictuelle, RIDC 1967, p. 757.

VACARIE Isabelle, La perte d'une chance, RRJ 1987-3, p. 903.

VAMPARYS Xavier, Rupture abusive de pourparlers relatifs à une cession d'actions et préjudice indemnisable, Bulletin Joly Sociétés, 01 novembre 2008 n° 11, p. 858.

VAN DE MENSBRUGGHE François, Migrations juridiques de la bonne foi, RIDC, 1999, p. 246.

VAN HOUTTE, La réciprocité des règles de conflit dans les Conventions de La Haye, Revue belge de droit international, 1991, p. 491.

VANDOMME Laurent, La négociation des contrats internationaux, RDAI, n° 5, 2003, p. 494.

VANWIJCK-ALEXANDRE Michèle, La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats, *Annales de Droit de Liège*, 1980, p. 20.

VÉRON, La protection de l'information par le droit de la concurrence, *Cah. dr. entr.* 1988, n° 1, p. 16.

VILLEY Michel, La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, *Arch. phil. droit* 1964, p. 97.

VINEY Geneviève, L'appréciation du préjudice, in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, LPA 19/05/2005, n. 99, p. 89.

VIRASSAMY Georges, La moralisation des contrats par la loi Doubin, *JCP E* 1990, II, n° 15809.

VIVANT Michel, Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, *Lamy dr. de l'informatique et des réseaux*, juill. 2004, p. 2.

VOLKEN P., Champ d'application, interprétation, lacunes, usages, Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises – Colloque de Lausanne (19/20 novembre 1984), Institut suisse de droit comparé, Éd. Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1985, p. 21.

VON BAR Christian, Le groupe d'études sur le Code civil européen, *RIDC*, 2001, p.127.

VOULGARIS Ioannis, Réflexions sur l'approche comparative de la qualification en droit international privé, in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de Législation Comparée, 1999, p. 198.

WALD Arnaldo, L'évolution du contrat et le nouveau Code civil, in WALD, Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Société de Législation Comparée, 2005, p. 223.

WALD Arnaldo, La responsabilité civile et le Code civil brésilien de 2002 : l'influence du droit français, in WALD, Arnaldo et JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Éd. Société de Législation Comparée, 2005, p. 275.

WALTER Hans Peter, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: *La responsabilité fondée sur la confiance - Vertrauenshaftung*, *Zurigo* 2001, p. 147.

WENGLER Wilhelm, L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, *RCDIP* 1990, p. 668.

WENGLER Wilhelm, Réflexions sur la technique de qualifications en droit international privé, *RCDIP*, 1954, p. 688.

WERRO Franz, Les Principes de droit européen de la responsabilité civile en deux mots: contenu et critique, *Responsabilité et assurance* 2005, p. 248.

WESTER-OUISSE Véronique, Le préjudice moral des personnes morales, *JCP G*, 25 juin 2003, I, 145, p. 1189.

WILDERSPIN Michael et LEWIS Xavier, Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres, *RCDIP*, 2002, p. 309.

WILLEMS Caroline, De la mise en garde à la dissuasion contractuelle, *Dr. et patr.* 2002, n° 109, p. 32.

WITZ Claude, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, *RDAI*, n° 3-4, 2001, p. 253.

WITZ Claude, L'adaptation du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne, in *Mélanges en honneur de Christian MOULY*, Litec, 1998, t. 2, p. 205.

WITZ Claude, L'interprétation de la CVIM : divergences dans l'interprétation de la Convention de Vienne, in FERRARI, Franco (dir.), *The 1980 Uniform Sales Law, Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, Sellier et Giuffrè, 2003, p. 279.

WITZ Claude, L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale, *LPA*, n° 232, 20/11/2002, p. 50.

WITZ Claude, La longue gestation d'un code européen des contrats, *RTDCiv.* 2003, p. 447.

WITZ Claude, La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations, *D.* 2002, *Chroniques*, 28/11/2002, p. 3156.

WITZ Claude, Le champ d'application de la Convention de Vienne, *Revue de jurisprudence commerciale*, 1997, n° 11, p. 79.

WITZ Claude, Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, *JDI*, 2006, p. 5.

- WITZ Claude, Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2002, chron. 03/02/2002, p. 79.
- WITZ Claude, Traditions savantes et projets de codifications européennes, in Claude OPHÈLE et Philippe REMY (dir.), Traditions savantes et codifications, LGDJ, 2007, p. 273.
- WITZ Claude, Vers un droit privé européen des contrats, Journées franco-italiennes, avril 1995, Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1996, p. 217.
- WITZ Claude. L'internationalité et le contrat, RLDA, n°46, p. 59.
- WOEHLING Jean-Marie Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux, United Kingdom comparative law series, in Comparative law facing the 21st century, vol. 20, p. 815.
- YAMAGUCHI Toshio, Comparabilité des droits dans les cultures juridiques différentes - à propos de la pluralité d'origines d'inspiration dans les règles juridiques du droit du travail, RIDC, 1999, p. 1003.
- YUHONG Zhao, Contract Law, in Wang Chenghuang-Zhang Xianchu (dir.), Introduction to Chinese Law, Hong Kong, 1997, p. 237.
- ZWEIGERT Konrad, Du sérieux de la promesse, RIDC, 1964, p. 34.
- ZWEIGERT Konrad, Méthodologie du droit comparé, in Mélanges J. Maury, vol. 1, Dalloz, 1960, p. 579.

ARTICLES EN LANGUE ÉTRANGÈRE

- AGUIAR JUNIOR Ruy Rosado, A boa fé na relação de consumo, Revista do Direito do Consumidor, n° 14, 1995, p. 20.
- ALBERICI, Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza), Rassegna di diritto civile, 1982, p. 1051.
- ALMEIDA COSTA Mário Júlio de, Responsabilidade civil por ruptura de negociações preparatórias de um contrato, separata da RLJ, Coimbra, Coimbra editora, 1994.
- ALMEIDA COSTA Mario Julio, A responsabilidade précontratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, RLJ, 1983-1984, p. 89.
- ALVAREZ GONZALEZ Santiago, La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en el DIPr. español, Revista española de derecho internacional, 1990, vol. XLIII, n° 1, p. 125.
- ARENAS GARCIA Rafael, La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado, AEDIPr., 2006, t. VI, pp. 393.
- ARIETTI Marina, responsabilità precontrattuale, Riv. Dir. Civ. 1991, II, p. 739.
- ARIETTI Marina, Responsabilità precontrattuale, Riv. Dir. Civ. 1991, II, p. 738.
- ARYE BEBCHUK L. et BEN-SHAHAR O., Precontractual Reliance, Journal of Legal Studies, 2001, n° 30, p. 57.
- AZEVEDO Álvaro Villaça, O novo Código Civil Brasileiro tramitação; função social do contrato; boa fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis), in Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves (aspectos controvertidos do novo Código Civil) Éd. RT, p. 31.
- AZEVEDO Antônio Junqueira, A boa fé na formação dos contratos, Revista do Direito do Consumidor, 1992, n° 3.
- AZEVEDO Antonio Junqueira, Insuficiência, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, Revista Trimestral de Direito Civil, 2000, p. 3.
- AZEVEDO Antonio Junqueira, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: Revista de Direito do Consumidor n° 18, p. 23.
- BALLERSTEDT Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP, n° 151, 1950-1951, p. 507.
- BANAKAS Efstathios, Liability for Incorrect Financial Information: Theory and Practice in a General Clause System and in a Protected Interests System, European Review of Private Law, 1999, n° 7, p. 261.

BEALE Hugh, Towards a Law of Contract for Europe : the work of the Commission of European Contract Law, in WEICK G. (dir.), National and European Law on the Threshold to the Single Market, Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 177.

BENATTI Francesco, A responsabilidade pré-contratual, traduction de Vera Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra 1970, p. 11.

BENATTI Francesco, Culpa in contrahendo, Contratto e impresa, 1987, p. 287.

BENATTI Francesco, Sulla Natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali, Contratto e Impresa, saggi, 1994, p. 1101.

BERGER Klaus-Peter, Harmonisation of European contract law : the influence of comparative law, ICLQ 2001, vol.50, issue 4, p. 877.

BERNARD Alain, Law and Economics, une science idiote ?, D. 2008, p. 2806.

BERTOLI Paolo, Party Autonomy and Choice-Of-Law Methods in the “Rome II” Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, in Il Diritto dell’Unione europea, 2009, p. 229.

BERTOLI Pierre, Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza fonderie meccaniche Tacconi, Rivista de diritto internazionale privato e processuale, 2003, p. 109.

BESSONE, Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1972, II, p. 962.

BIANCA Cesare Massimo, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, Riv. dir. civ., 1983, I, p. 205.

BIANCHI Enrique Tomas et IRIBARNE Héctor Pedro, El principio general de la buena fe y la doctrina venire contra factum non valet, Enciclopèdia del diritto, tomo 106, p. 851.

BONELL Michael Joachim, Formation of Contracts and Precontractual Liability under the Vienna Convention on the International Sale of Goods, in AAVV, Formation of Contracts and the precontractual liability, Paris, CCI, 1990, p. 166.

BONELL Michael Joachim, The needs and possibilites of a codified European contract law, Eur. Rev. Priv. Law 1997, p. 516.

BONELL Michael Joachim, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law :Similar Rules for the Same Purposes ?, Rev. dr. unif., 1996, p. 239.

BOULOS Daniel Martins, A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil, in Escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves “Aspectos controvertidos do novo Código Civil, Revista dos Tribunais, 2003, p. 125.

BROOME John, Modern Utilitarianism, dans: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 2, Peter Newman (dir.), London, MacMillan, 1998, p. 651.

BURROWS Andrew, Contract, tort and restitution – A satisfactory division or not ?, LQR 1983, p. 217.

CANARIS Claus-Wilhelm, Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, p. 476.

CANARIS Claus-Wilhelm, O novo Direito das Obrigações na Alemanha, Revista de direito comparado luso-brasileiro, n° 25, 2003, p. 3.

CANARIS Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 2000, p. 320.

CARRESI, In tema de responsabilità precontrattuale, in Themis- Rivista di Giurisprudenza Italiana- Ano XLI, Milano, 1965, p. 464.

CASTRONOVO Carlo, L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratta e torto, in Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Diritto Civile, Milano, 1995, p. 166.

CASTRONOVO Carlo, La nuova responsabilità civile, 3 éd., 2006.

CHAVES Antônio, Responsabilidade pré-contratual, 2^e éd., São Paulo, Lejus, 1997.

CHEN A. Hy., An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China, Hong Kong, 1992.

- CHESHIRE Geoffrey, FIFFOT Cecil et FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 11^e éd., London, Butterworths, 1991.
- COASE Ronald, *The problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, n^o 3, p. 1.
- COMPAGNUCCI DE CAS Rubén Héctor, *La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad*, *La Ley*, t. 1985-A, p. 1001.
- COUTO e SILVA Clóvis do, *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*, in JACOB DE FRADERA Vera Maria (dir.), *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Livraria do Advogado, p. 33.
- CUFFARO, *La responsabilità precontractuale*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, p. 1269.
- DANNEMAN Gerhard, *Formation of contracts on the internet*, in *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rudden*, Oxford, OUP, 2002, p. 179.
- DE BOER Thomas, *Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation*, *Yearbook of Private International Law*, 2008, n^o, p. 19.
- DE CUPIS Adriano, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Ann. Dir. Compar. e Studi Legisl.* 1963, p. 249.
- DEUTSCH, *Zum Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung*, in FS Michaelis, Göttingen, 1972, p. 26.
- DOBBS Dan, *Direct and General Limits on Tort Damages in the United States*, in SPIER Jaan (dir.), *The Limits of Liability*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996, p. 27.
- DRAETTA Ugo et LAKE Ralph, *Lettres d'intention et responsabilité contractuelle*, RDAI, 1993, p. 836.
- DREYER Dominique, *Switzerland*, in *Formation of contracts and precontractual liability*, Paris, ICC, 1993, p. 70.
- ELKARKOURI Driss, *Pre-Contractual Liability in Islamic Construction Contracts*, *The International Construction Law Review*, 1992, p. 545.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Duties of Disclosure and French Contract Law : Contribution to an Economic Analysis*, in BEATSON Jack et FRIEDMANN Daniel (dir.), *Good Faith an Fault*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 99.
- FAGELLA Gabriele, in *Studi Giuridici in Onore di Carlo Fadda*, Napoli, 1906, vol. III, p. 298.
- FARNSWORTH Allan, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, *Colum. L. Rev.*, 1987, n^o 87, p. 217.
- FERRARINI Guido, *Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo*, *Giurisprudenza Commerciale* 1988, II, p. 591.
- FEZER Karl, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law un dam property rights approach*, *JZ* 1986, p. 823.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, *A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato*, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS)*, Porto Alegre, 2003, v. 1, n. nov., p. 125.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, *A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato*, in Humberto Ávila. (dir.). *Fundamentos do Estado de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 357.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, *A Circulação de modelos jurídicos europeus na América latina: um entrave à Integração no Cone Sul?*, *Revista dos Tribunais (São Paulo)*, Rio de Janeiro, 1997, v. 736, p. 20.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, *A vedação de venire contra factum proprium e sua relação com os princípios da confiança e da coerência*. *Direito e Democracia (ULBRA)*, 2008, v. 9, p. 130.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, *Conceito de Culpa*, *Revista dos Tribunais (São Paulo)*, São Paulo, 1999, v. 770, p. 117.
- FRADERA Vera Maria Jacob de, *Dano pré-contratual : uma análise comparativa a partir de tres sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, outubro/dezembro 1997, p. 169;

- FRADERA Véra Maria Jacob de, O Valor do Silêncio no Novo Código Civil, in Arruda Alvim; Roberto Rosas; Joaquim Portes de Cerqueira Cesar. (dir.), Aspectos Controvertidos do novo Código Civil, escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569.
- FRADERA Véra Maria Jacob de, Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, 2004, n° 19, n. jul/set, p. 109.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de . Os princípios gerais do direito comunitário, Ajuris (Porto Alegre), Porto Alegre, 1998, n. nov, p. 17.
- FRANZINA Pietro, La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo, Rivista de diritto internazionale, 2003, vol. LXXXVI, n° 3, p. 714.
- FRIEDMANN Daniel, The Effect of Foreign Law an the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period, Israel Law Review, 1975, n° 10, p. 192.
- FULLER et PERDUE, Yale Law Journal, 1936, n° 46, p. 80.
- FUSARO Andrea, Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale, in Giur. it., 1984, I, 1, p. 1199.
- GALVÃO TELLES Inocencio, Culpa na formação do contrato, Direito 1993, p. 344.
- GODERRE Diane Madeline, International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention, U. Cincinnati Law Review, 1997, n° 66, p. 258.
- GONZENBACH Rainer, Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, p. 138.
- GOTTWALD Peter, Die Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, p. 879.
- GRIGOLEIT Christoph, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, p. 902.
- HALSON Roger, The Offensive Limits of Promissory Estoppel, Lloyd's Commercial and Maritime Law Review 1999, p. 257.
- HARTLEY Trevor, Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation, ICLQ, 2008, n° 57, p. 899.
- HAY Peter, Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: reflections on current European and United States conflicts law, Rec. des cours La Haye, t. 226 (1991-I), p. 291.
- HORN Norbert, Culpa in contrahendo, JuS 1995, p. 383.
- HUBER Konrad, Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, FS für von Caemmerer, Tübingen, 1978, p. 359.
- HYLAND Richard, On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword, Am. J. Comp. L., 1992, n° 40, p. 541.
- JACOB DE FRADERA Véra Maria, A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato, Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, edição especial, novembro 2003, p. 123.
- JÄGGI Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadensersatzforderung, FS Schoenenberger, Freiburg, 1968, p. 181.
- JANNUZZI, Buona fede e recesso dalle trattative contrattuali, Foro it., 1948, I, p. 667.
- JANSEN Nils, The State of Art of European Tort Law. Present Problems and Proposed Principles, in: Mauro Bussani (Hg.), European Tort Law. Eastern and Western Perspectives 2007, p. 15.
- JOACHIM Willi, The «Reasonable man» in United States and German commercial Law, Comparative Law Yearbook of international business, 1992, n° 15, p. 341.
- KASIRER N., The Common core of European private law in boxes and bundles, European review of private law, 2002, n°3, p. 417.
- KAYE Peter, An Explanatory Guide to the English Law of Torts, Chichester, Barry Rose Law Publishers, 1996, p. 2.
- KELLER Alfred, “Schweiz”, in VON BAR Christian (dir.), Deliktsrecht in Europa, Köln, Heymanns, 1993, p. 9.
- KESSLER Friedrich et FINE Edith, Culpa in contrahendo, Bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study, Harvard LR 1963-64, p. 404.
- KNAPP Charles, Enforcing the Contract to Bargain, New York University Law Review, 1969, n° 44, p. 673.

KOCH Bernhard A.: The «European Group on Tort Law» and Its «Principles of European Tort Law», *American Journal of Comparative Law*, 2005, n° 53, p. 189.

KOTTENHAGEN R.J.P., Freedom of contract to forcing parties into agreement: the consequences of breaking off negotiations in different legal systems, *Ius Gentium*, 2006, n° 69-70.

KÖTZ Hein, *Die ökonomische analyse des Rechts*, ZverWiss 1993, p. 70.

KÖTZ Hein, *Economic Loss in Tort and Contract*, *RabelsZ* 1994, p. 423.

KRAMER Xandra E., *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued - Introductory Observations, Scope, System, and General Rules*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2008, n° 4, p. 414.

KRONMAN Anthony, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts*, 7 *Journal of Leg. Studies*, 1978, p. 1.

KÜPPER Wolfgang, *Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, 96.

LANDO Ole, *My life as a lawyer*, *ZEuP* 2002, p. 508.

LANDO Ole, *The Structure and the Legal Values of the Common frame of Reference (CFR)*, *ERCL* 3, 2007, p. 251.

LARENZ Karl, *Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*, Traduction de Luis Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1985, p. 95.

LARENZ Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer Verlag, 1960, p. 270, *Rapport de VLACHOS Georges*, *RIDC*, 1962, Vol. 14, pp. 648-651.

LEGRAND Pierre, *Pre-contractual disclosure and information: english and french law compared*, in 6, *Oxford Journal Legal Studies*, 1986, n° 322, p. 348.

LEHMANN Matthias, *Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht*, *ZeUP*, 2009, n° 4, p. 693.

LEIBLE Stefan, *Culpa in contrahendo*, in Oliver Remien (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht : Zwischenbilanz und Perspektiven*, actes du colloque de Würzburg du 27 au 28 octobre 2006, 2008, p. 219.

LEVY David A., *Contract Formation Under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement, and CISG*, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 1998, vol. 30, p. 271.

LIMA MARQUES Cláudia, *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil : do «diálogo das fontes» no combate às cláusulas abusivas*, *Revista do Direito do Consumidor*, n° 45, janv/mars 2003, p. 71.

MANKOWSKI Peter, *Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR*, *IPRax* 2003, Heft 2, p. 127.

MARKEŠINIS Basil, *An Expanding Tort Law – The price of a Rigid Contract Law*, *LQR* 1987, pp. 354 et s.

MARKOVITS Daniel, *Contract and Collaboration*, 113 *Yale Law Journal*, 2004, p. 1417.

MARTÍN CASALS Miquel, *Una panorámica sui "Principles on European Tort Law" (Dalla prospettiva spagnola)*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 6-2005, p. 1277.

MARTINS COSTA, Judith, *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*, in *A Evolução do Direito no Século XXI - Estudos de Homenagem ao Professor Arnoldo Wald*, 2007, Almedina, p. 301.

MARTINS Ives Gandra da Silva, *A função social do contrato*, in *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, éd. RT, 2003, p. 335.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, *Revista dos Tribunais*, 2000, p. 484.

MEDICUS Dieter, *Culpa in contrahendo*, in *Rivista critica del diritto privato*, anno II, sept 1984, p. 573.

MEDICUS Dieter, *Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, in *FS Max Keller*, p. 205.

MENGONI Luigi, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360

- MENGONI, Sulla natura de la responsabilit  precontractuale, Rivista de diritto commerciale, 1956-II, p. 362.
- METZGER Michael et PHILIPS Michael, Promissory estoppel and third parties, Sw.L.J. 1989, n  42, p. 931.
- MIRANDA Jos  Gustavo Souza, A prote o da confiança nas rela oes obrigacionais, Revista de Informa o Legislativa, 2002, n  153.
- MOREIRA José Carlos Barbosa, Abuso do direito, Revista Trimestral de Direito Civil, 2003. p. 97.
- MORÉTEAU Olivier, Revisiting the Grey Zone Between Contract and Tort: The Role of Estoppel and Reliance in Mapping out the Law of Obligations, European Tort Law, 2004, p. 60.
- MÜLLER-GRAFF, Europ isches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, p. 13;
- MUSY Alberto, Responsabilit  precontrattuale (culpa in contrahendo), in Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, vol. XVII, p. 401.
- NADELMAN Kurt, Choice of law resolved by rules or presumptions with an escape clause, Am J. Comp. L., 1985, p. 297.
- NICHOLAS Barry, The pre-contractual obligation to disclose information, in Harris & Tallon, Contract Law Today. Anglo-French Comparisons, Oxford, 1989, p. 151.
- NORMAND, Consideration in Law of Scotland, in Law Quarterly Review, 1939, n  55, p. 358.
- NORONHA Fernando, O nexo de causalidade na responsabilidade civil, Revista dos Tribunais, outubro 2003, vol. 92, n  816.
- PERTEGAS Marta, The notion of contractual obligation in Brussels I and Rome I, in MEEUSEN J., PERTEGAS M. et STRAETMANS P. (eds.), Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I, Ambers/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2004, p. 175.
- PICKER Eduard, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo/Zur Problematiq der Haftungen «zwischen» Vertrag und Delikt, AcP 1983, n  183, p. 369
- PICKER Eduard, Vertragliche und Deliktische Schadenshaftung zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, JZ 1987, p. 1041.
- PROSSER Dean, The Borderland of Tort and Contracts, in Selected Topics on the Law of Torts, Arbor, 1953, p. 380.
- RABEL Ernst, Das Problem der Qualifikation, dans Rabel's Z. 1931, p. 241.
- REALMONTE, Doveri di informazione e responsabilit  precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare, in Banca, borsa e titoli di credito, 1994, I, p. 617.
- ROGERS, Keeping the Floodgates Shut: Mitigation and Limitation of Tort Liability in the English Common Law, in The Limits of Liability, 1996, Kluwer, p. 75.
- ROSSELLO, Concorso di responsabilit  contrattuale ed extracontrattuale, Nuova giurisprudenza civile ed commerciale, 1985, II, p. 317.
- RUFFINI-GANDOLFI Maria Letizia, Unification du droit et Code européen des contrats, RIDC, 2002, p. 1075.
- SACCO Rodolfo, Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza, Riv. dir. comm., 1951, II, p. 82.
- SCHENKER, «switzerland», in Precontractual Liability. Reports to the XIIIth Congress. International Academy of Comparative Law, 1991, p. 316.
- SCHLESINGER Rudolf, The common core of legal systems. An emerging subject of comparative study, in Essays in Honour of Yntema, Leyden, Sythoff, 1961, p. 73;
- SCHULZE Reiner, Allgemeine Rechtsgrunds tze und Europäisches Privatrecht, ZEuP, 1993, p. 442.
- SCHUTZ Markus, UN-Kaufrecht und Culpa in contrahendo, thèse cit e par Vincent HEUZ , La formation du contrat selon la CV: quelques difficultés, RDAI, n 3-4, p. 285.
- SCHWARTZ A. et SCOTT R. E., Precontractual Liability and Preliminary Agreements, Harvard Law Review, 2007, vol. 120, n  3.
- SCONAMIGLIO R, Responsabilit  contrattuale ed extracontrattuale, NssDI, vol. XV, p. 677.

SEIDMAN Ann et Robert, Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project, *American Journal of Comparative Law*, 1996, vol 44., p. 1.

SHALEV Gabriela, Article 12 of the Contracts Law : Good Faith in Negotiation, *Mishpatim*, 1976, n° 7, p. 118,

SHALEV Gabriela, *Israeli Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law*, Jérusalem, 1990, p. 15.

SHELL Richard, Opportunism and Trust in the negotiation of commercial contracts: Towards a New cause of action, *Vanderb. Law. Rev.* 1991, n° 44, p. 221.

SONNENBERGER Hans Jürgen, *La conclusione del contratto secondo il diritto Tedesco*, Padova, Cedam, 1991, p. 115.

STOLL Hans, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in *FS von Caemmerer*, 1978, p. 449;

SUMMERS Robert S., General Equitable Principles under Section 1.103 of the U.C.C. 72, *New York L. Rev.* [1908] 906.

SYMEONIDES Symeon, Tort Conflicts and Rome II: A View from Across, in *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, 2004, p. 935.

SYMEONIDES Symeon, Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 2008.

TEGETHOFF Michael, Culpa in contrahendo in German and Dutch Law, a comparison of Precontractual Liability, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, p. 357.

TREITEL Guenter, in *Consideration : A Critical Analysis of Professor's Atiyah Fundamental Restatement*, 50, *Australian Law Journal*, 1976, p. 439.

TREITEL Guenter, *The Law of Contract*, 10^e éd., Sweet & Maxwell, 1999, p. 309.

VAN DUNNE J.M., The prelude to contract, the treshold of tort. The law on precontractual dealings in the Netherlands, in E. Hondius & G. Steenhoff (ed.) *Netherlands reports to the 13th International Congress of Comparative Law Montreal 1990*, p. 71.

VINAIXA I MIQUEL Monica, La calificación de la responsabilidad precontractual en el marco del convenio de Bruselas de 1968, *Revista de derecho comunitario europeo*, 2002, n° 13, p. 977.

VISCHER Franck, The antagonism between legal security and search of justice in the field of contracts, *Rec. Cours La Haye*, tome 149, 1974-II.

VOLDERS Bart, Culpa in Contrahendo in the Conflict of Laws: a Commentary on Article 12 Rome II, in: SARCEVIC Petar, VOLKEN Paul et BONOMI Andrea (dir.), *Yearbook of Private International Law 2007*, vol. IX, Munchen, Sellier, 2008, p. 127.

VON BAR Christian, Limitation and Mitigation in German Tort Law”, in J. Spier (sous la dir.) *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 1996, p. 17.

WAGNER Gerhard, The Project of Harmonizing European Tort Law, *42 Common Market Law Review*, 2005, p. 1269.

WALD Arnaldo, A função social e ética do contrato como instrumento jurídico de parcerias e o novo CC de 2002, *Revista Forense*, 2002, vol. 98, p. 21.

WALKER David, *The Oxford companion of law*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 1056.

WIELING H.J., Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, *AcP*, 1976, p. 334.

WILS Wouter P. J., Who should bear the costs of failed negotiations? A function inquiry into precontractual liability, *Journal des Econ. et des Étud Hum.*, 1993, p. 93.

WITTUHN, Comparative note on comfort letters, *Mc Gill Journal*, 1990, p. 490.

WOLF Ernst, *Lehrbuch des Schuldrechts, vol I, Allgemeiner Teil*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1978, p. 512.

TABLE DE MATIÈRES

INTRODUCTION	15
---------------------	-----------

LIVRE PREMIER – LES REGLES APPLICABLES A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	29
---	-----------

PREMIERE PARTIE – LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	31
--	-----------

TITRE I - L'OBJET DE LA PERIODE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	33
--	-----------

CHAPITRE 1 - DISTINCTION ENTRE PERIODE DE FORMATION ET PERIODE DE CONCLUSION DU CONTRAT	34
---	----

Section 1 - La constatation de l'existence des pourparlers	35
--	----

Section 2 - Distinction entre offre de contracter et offre d'entrer en pourparlers	36
--	----

CHAPITRE 2 - LA FORMATION GRADUELLE DU CONTRAT	40
--	----

Section 1 - Le renouveau de la formation du contrat	41
---	----

Section 2 - La théorie de la « punctuation »	45
--	----

TITRE 2 - L'APPRECIATION DES DECLARATIONS D'INTENTION DANS LA PHASE PRECONTRACTUELLE	49
---	-----------

CHAPITRE 1 - L'INTENTION INSUFFISANTE	52
---------------------------------------	----

Section 1- Distinction entre la phase précontractuelle et le contrat définitif	52
--	----

Section 2 - Le déclin des exigences de <i>consideration</i> et de cause	57
---	----

CHAPITRE 2 - L'INTENTION EQUIVOQUE DANS LES INSTRUMENTS PRECONTRACTUELS	62
---	----

Section 1 - Engagements d'honneur	62
-----------------------------------	----

§1 - L'autorité des engagements d'honneur	63
---	----

§2 - L'autonomie des parties pour exclure une obligation juridique	65
--	----

Section 2 - Accords préliminaires	69
-----------------------------------	----

§1 - Formules précontractuelles organisant la conclusion du contrat	72
---	----

§2 - Formules contractuelles créant une obligation de négocier: les accords de principe	75
---	----

A - Le contenu de l'accord de principe	76
--	----

B - Engagements supplémentaires	79
---------------------------------	----

§3 - Formules à portée contractuelle discutée : les lettres d'intention	81
---	----

A - La lettre d'intention pure	83
--------------------------------	----

B - La lettre d'intention contractuelle	84
---	----

C - La lettre de confort	85
--------------------------	----

SECONDE PARTIE - LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL : APPROCHE DU JUGE FRANÇAIS	91
---	-----------

TITRE I - LA DIVERGENCE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	92
--	-----------

CHAPITRE 1 - LES THEORIES SUR LA QUALIFICATION DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	93
--	----

Section 1 - L'internationalité des pourparlers	95
--	----

§1- Critères d'internationalité des pourparlers	95
---	----

§2 - Éléments d'extranéité de la responsabilité précontractuelle	97
--	----

Section 2 - La tentation d'une qualification contractuelle	98
§ 1 - L'existence d'une relation obligationnelle précontractuelle	99
§2 - Critiques de la nature contractuelle	104
Section 3 - La théorie de la troisième voie de responsabilité civile	105
Section 4 - La logique délictuelle de la responsabilité précontractuelle	108
§1 - La recherche de la juste mesure délictuelle	109
§2 - Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle	113
§3 - La réparation comme catégorie de rattachement	119
CHAPITRE 2 - METHODES DE QUALIFICATION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE	120
Section 1 - La réalité critiquable de la qualification <i>lege fori</i>	121
Section 2 - L'utilité de la qualification <i>lege causae</i> en cas d'institution inconnue	122
Section 3 - De l'approche comparative à la notion autonome	126
Section 4 - La qualification communautaire de la responsabilité précontractuelle	130
§1 - Une qualification cohérente	131
§ 2 - Domaine de la sous-catégorie responsabilité précontractuelle en droit communautaire	133
TITRE II - METHODES DE DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE	
PRECONTRACTUELLE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	136
CHAPITRE 1 - LE NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES DELITS : LE REGLEMENT ROME II	141
Section 1 - L'évolution progressive du droit internationale privé des délits	142
Section 2 - L'applicabilité du règlement Rome II	145
Sous-section 1 - Champ d'application du règlement	145
§1 - Champ d'application spatial du règlement : un texte universel	145
§2 - Champ d'application matériel du règlement	148
Sous-section 2 - Relation avec d'autres conventions internationales	151
Sous-section 3 - Domaine de la loi applicable	152
§1 - Un domaine étendu	153
§2 - L'intégration de la prescription	155
CHAPITRE 2 - REGLES DE CONFLIT APPLICABLES A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	157
Section 1 - Question préalable	158
Section 2 - Choix de la loi applicable	160
§1 - La consécration de l'autonomie de la volonté : l'article 14 du Règlement	160
§2 - L'accord des parties	161
A - La portée du choix	161
B - L'admission du dépeçage	162
C - Choix ex ante	163
D - Le choix de la loi d'un État tiers et ses limites.	164
§ 3 - Avantages du choix et perspectives d'application	165
Section 3 - La loi du contrat	166
§1 - La règle de principe : Le règlement Rome I	167
§2 - La relation avec les conventions internationales existantes	168
§ 3 - L'objectivation de la désignation de la loi applicable	169
A - Le contrat de vente dans le règlement Rome I	170
B - Les contrats de vente de marchandises dans la Convention de la Haye de 1955	171
C - Contrat de franchise	172
D - Contrat de distribution	173
E - Contrats portant sur des immeubles	174
F - Contrat de transport	175
§4 - Le maintien d'une dose de proximité	176
A - La résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique	176
B - La conservation de la clause d'exception	177
Section 4 - Résidence habituelle commune	178
Section 5 - Règles générales relatives aux faits dommageables	179
§1 - Le principe du lieu du résultat dommageable	180
§ 2 - La prise en compte des règles de sécurité et de comportement	187
Section 6 - La clause d'exception	188

§ 1° - Rôle et fondement	189
§ 2 - Les conditions et les limites de la clause d'exception	190
CONCLUSION DU LIVRE PREMIER	193

LIVRE SECOND: L'APPLICATION DE LA LOI COMPETENTE DANS UNE PERSPECTIVE D'HARMONISATION DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE **198**

PREMIERE PARTIE - LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI DESIGNEE COMME APPLICABLE A LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE **199**

TITRE I - L'APPLICATION DE LA <i>LEX FORI</i>	201
CHAPITRE 1 - LA FAUTE PRECONTRACTUELLE EN DROIT FRANÇAIS	201
Section 1 - L'évolution dans l'appréciation de la faute précontractuelle	202
§ 1 - L'appréciation de la faute précontractuelle par le juge français	202
§2 - L'objectivation de la faute précontractuelle	205
Section 2 - La responsabilité en cas de rupture fautive de pourparlers	208
§ 1 - Le devoir général de bonne foi appliqué aux pourparlers	208
§ 2 - Les circonstances caractéristiques de la rupture fautive	210
§3 - Le devoir d'exclusivité dans les pourparlers	215
§ 4 - Les limites à la responsabilité par rupture de pourparlers	216
A - L'obligation de motiver la rupture	217
B - L'appréciation des motifs de la rupture	218
C - Les critères pour établir l'existence de motifs légitimes	220
Section 3 - La responsabilité en cas de violation d'un devoir de renseignement	224
§2 - L'objet du devoir de renseignement	240
§3 - Distinction entre devoir d'information, de conseil et de mise en garde	243
A - Devoir de conseil	246
B - Devoir de mise en garde	249
§3 - D'autres devoirs liés au renseignement	252
A - Le devoir de sincérité	252
B - Le devoir de clarté	252
C - Devoir de confidentialité	253
§4 - L'intensité variable et les limites du devoir de renseignement au cours des pourparlers	255
A - Le caractère exceptionnel du devoir de renseigner	256
I - Le devoir de se renseigner : règle de principe	256
II - La victime a été renseignée ou se comporte comme telle	258
B - Limites tenant à la personne de l'auteur du dommage	260
CHAPITRE 2 - LES AUTRES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	262
Section 1 - Le lien de causalité	262
§ 1 - Le caractère direct du lien de causalité	263
§ 2 - Le caractère certain du lien de causalité	264
Section 2 - Le préjudice précontractuel	265
§ 1 - Les préjudices réparables	267
A - Dommages et intérêts précontractuels	268
B - Distinction entre « intérêt négatif » et « intérêt positif »	270
§ 2 - Etendue du préjudice réparable	271
A - La perte subie	272
I- Les frais engagés lors des pourparlers	273
II - Les préjudices extrapatrimoniaux	275
B - Le gain manqué	277
I- La perte d'une chance de conclure le contrat envisagé	277
II - La perte d'une chance de conclure un contrat avec un tiers	282

TITRE II - LA MISE EN ŒUVRE DE LA <i>LEX CAUSAE</i>	285
CHAPITRE 1 - L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE PAR LE JUGE FRANÇAIS	285
Section 1 - L'office du juge et la preuve de la loi étrangère	285
Section 2 - Atténuations à l'obligation d'appliquer une loi étrangère	287
CHAPITRE 2 - ADMISSION DES LOIS DE POLICE	290
CHAPITRE 3 - EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL	293
Section 1 - L'ordre public dans le Règlement Rome II	293
Section 2 - Principe de réparation intégrale et ordre public	294

SECONDE PARTIE - PERSPECTIVES D'HARMONISATION DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE **299**

TITRE I - LES CONVERGENCES DANS LES REGIMES NATIONAUX DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	301
CHAPITRE 1 - LE RAPPROCHEMENT SPONTANE DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX	301
Section 1 - Les voies d'affirmation de la responsabilité contractuelle en droit positif	301
Section 2 - Vers la primauté du modèle romano-germanique	304
Section 3 - Les éléments permettant la responsabilisation précontractuelle en droit comparé	311
§ 1 - L'appréciation de la faute précontractuelle en droit comparé	312
A - La faute précontractuelle dans les pays de tradition civiliste	312
B - La faute précontractuelle dans les pays de common law	323
§2 - L'évaluation du préjudice précontractuel en droit comparé	332
§3 - L'appréciation du lien de causalité en droit comparé	337
CHAPITRE 2 - LES CONTRIBUTIONS DOCTRINALES A L'HARMONISATION CODIFIEE DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	341
Section 1 - La responsabilité précontractuelle dans les principes directeurs en matière contractuelle	345
§ 1 - La responsabilité précontractuelle dans les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.	346
§2. - La responsabilité précontractuelle dans les Principes du droit européen des contrats -PDEC	351
Section 2 - Les projets de codification du droit privé européen	354
Section 3 - Le choix de la formule du cadre commun de référence en matière contractuelle et la place accordée à la responsabilité précontractuelle	356
TITRE II - LE RENOUVEAU DES VALEURS PROTEGEES PAR LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	364
CHAPITRE 1 - L'EVOLUTION DES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE	366
Section 1 - La bonne foi comme base pour le développement de la responsabilité précontractuelle	366
§1 - De l'abus de droit à la bonne foi	366
§2 - Le rôle de la bonne foi dans le développement de la responsabilité précontractuelle	370
Section 2 - Le déclin de la bonne foi comme critère d'appréciation du comportement des précontractants	375
§1 - Insuffisances d'une régulation fondée sur la bonne foi loyauté	375
§2 - L'objectivation de la responsabilité précontractuelle par la confiance légitime	376
CHAPITRE 2 - LA CONFIANCE COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE HARMONISEE	382
Section 1 - La confiance légitime comme trait d'union entre les différents systèmes juridiques	382
§1 - La confiance comme l'essence de l' <i>estoppel</i> en <i>common law</i>	383
A - Les valeurs protégées par le mécanisme de l' <i>estoppel</i>	383
B - Le rôle résiduel de la bonne foi dans la mise en œuvre de l' <i>estoppel</i>	387
C - La protection de la confiance par la doctrine de l' <i>estoppel</i>	392
§2 - La protection de la confiance légitime dans les pays de tradition civiliste	395
A - L'autonomie de la responsabilité fondée sur la confiance	396
I - La doctrine spécifique fondée sur la confiance dans certains pays	396
II - Critiques doctrinales à l'autonomie de la confiance	403
B - Les instruments de protection indirecte de la confiance légitime	405

C - Conditions de mise œuvre de la protection de la confiance légitime précontractuelle	410
Section 2 - La moralisation des pourparlers par le devoir de renseignement	413
§1 -La solidarité comme complément de la confiance dans les hypothèses de violation du devoir de renseignement	414
A - La confiance légitime et la protection du renseignement	414
B - Le passage de la loyauté à la solidarité en matière de devoir de renseignement	415
C - Le devoir de coopération dans la mise en œuvre du devoir de renseignement	419
§2 - L'apport de l'analyse économique au renouveau de la responsabilité précontractuelle dans le commerce international	422
A - L'analyse économique du droit appliqué à la responsabilité précontractuelle	426
B - Le devoir de renseignement et l'analyse économique du droit	431

CONCLUSION GÉNÉRALE **435**

BIBLIOGRAPHIE **443**

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS E REGRAS APLICÁVEIS, NUMA PERSPECTIVA DE HARMONIZAÇÃO.	485
Introdução e delimitação do tema	485
Os contornos da responsabilidade pré-contratual no comércio internacional	487
O mecanismo de determinação da lei aplicável à responsabilidade pré-contratual no comércio internacional	494
Aplicação da lei competente para solucionar os litígios relativos à responsabilidade pré-contratual no comércio internacional	498
Perspectivas de harmonização da responsabilidade pré-contratual no comercio internacional	500
A renovação dos fundamentos da responsabilidade pré-contratual no comércio internacional	505

RESUME EN PORTUGAIS

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS E REGRAS APLICÁVEIS, NUMA PERSPECTIVA DE HARMONIZAÇÃO.

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A crescente internacionalização das relações comerciais, através da integração econômica e da livre circulação de pessoas, de bens e de capitais, é um dos fatos marcantes de nossa época. As consequências desse movimento são fortemente sentidas na prática dos contratos internacionais e, especialmente, nas suas negociações.

Se a negociação não se impõe a alguns contratos, porque as partes não têm outra escolha a não ser aderir ou não ao contrato, — como é o caso dos contratos de adesão —, a maioria dos acordos internacionais é, em princípio, formada pela evolução gradativa das tratativas contratuais. A importância financeira e a dimensão internacional de alguns contratos justificam a crescente relevância atribuída pela doutrina e pela jurisprudência às negociações internacionais.

Muitos contratos internacionais impõem obrigações originais e circunstâncias específicas às partes. Para esses contratos, nenhum regime jurídico, em vigor, lhes convém perfeitamente, sendo necessário negociar seus elementos. É frequente que a complexidade jurídica da operação exija um longo tempo de reflexão e de discussão até a conclusão, as partes devendo analisar o contrato em todos os seus aspectos, tomar conhecimento de todos os dados, tanto fáticos como jurídicos, e discutir cada cláusula a fim de alcançar uma maior segurança jurídica.

A complexidade pode resultar igualmente da originalidade do projeto ou da pluralidade de partes e de acordos. Por um lado, quanto mais um contrato é original, maior é a necessidade de negociar com prudência, como é o caso dos contratos internacionais atípicos. Por outro lado, uma única transação jurídica pode combinar vários contratos, típicos ou atípicos, como, por exemplo, o contrato de transferência de controle societário, onde o ato de transferência é acompanhado de acordos anexos de transferência de garantias, de créditos e de

dívidas, e da conclusão de contratos de trabalho ou de representação social. Essa pluralidade de elementos vai tornar as tratativas contratuais mais complexas e longas.

A negociação de determinados contratos acarreta também graves consequências financeiras, colocando em jogo uma soma expressiva de dinheiro e uma atividade industrial de grande amplitude, tais como os contratos de venda de plantas industriais ou os contratos de transferência de tecnologia para exploração e extração de riqueza do subsolo. Essas consequências poderão ser sentidas durante toda a conclusão e a execução do contrato. A importância atribuída ao caráter complexo e oneroso dos contratos internacionais é agravada por dois outros fenômenos contemporâneos: o declínio do formalismo e o desenvolvimento dos meios de comunicação.

Nos propomos tratar, na presente tese, apenas a responsabilidade derivada do não cumprimento dos deveres relativos à formação do contrato em razão de preceitos legais, costumes ou princípios gerais de direito e de determinados atos lícitos realizados sem culpa durante a negociação dos contratos internacionais. Ficam excluídas as responsabilidades por negligência na execução de obrigações *ex voluntate* contraídas durante o período pré-contratual e a resultante de danos verificados na formação de obrigações unilaterais, pois a primeira concerne a responsabilidade contratual e a segunda não comporta qualquer tipo de negociação.

Estão igualmente excluídas do nosso tema, porque possuem uma disciplina específica, as questões relativas às responsabilidades resultantes da representação sem poder; da intervenção de terceiros interessados a qualquer título nas negociações ou que tenham alguma influência sobre elas, da negociação de contratos de trabalho e de consumo, de mensagens publicitárias ou de contratos de seguro.

Não tratamos das questões pré-contratuais relativas aos contratos que são fonte de relações de natureza institucional, bem como as questões decorrentes da negociação ou da formação de contratos que envolvam o Estado ou outra entidade pública. Da mesma forma, excluem-se os litígios pré-contratuais analisados e decididos por árbitros internacionais ou tribunais cuja competência foi estabelecida por ato de Direito Internacional Público.

Se a importância atribuída à responsabilidade pré-contratual aumentou muito nos últimos tempos, sua análise não é de hoje. Alguns autores do século XVIII e XIX, entre os quais Pothier e Domat, já haviam se referido à possibilidade de responsabilidade pré-contratual nos casos de nulidade do contrato, especialmente em razão de erro ou fraude. Algumas

codificações como o *Allgemeine Landrecht* prussiano de 1794 e o *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* austríaco de 1811, também previam a responsabilidade pré-contratual. Na primeira, duas cláusulas gerais previam a responsabilidade em caso de descumprimento de deveres de diligência durante a fase pré-contratual e o dever de reparação integral do dano assim causado. Na segunda, estava prevista a reparação de todo dano ocorrido durante a celebração do contrato, por engano, fraude ou violência.

Apesar disso, o mérito da sistematização da responsabilidade pré-contratual é reconhecido a Jhering, no seu estudo de 1861. Segundo ele, a responsabilidade pré-contratual resulta da *culpa in contrahendo* e supõe a conclusão de um contrato. Essa suposição será rapidamente criticada, pois se a lógica de sua teoria se baseava na extensão da diligência exigida durante a execução do contrato às tratativas, pouco importaria o fato que o contrato tenha ou não sido concluído. O problema abordado por Jhering englobaria, atualmente, apenas uma parte da responsabilidade pré-contratual, qual seja, a responsabilidade por um contrato inválido por culpa de uma das partes.

A questão da responsabilidade pela ruptura das tratativas foi levantada pela primeira vez por Fagella, em um texto publicado em 1906, e, no ano seguinte, na França por Saleilles. Segundo Fagella, a entrada em tratativas envolve um pré-contrato de continuação das tratativas visando a celebrar um contrato. Este pré-contrato é baseado na confiança da lealdade da outra parte durante as tratativas contratuais.

Desde esta primeira análise da responsabilidade pré-contratual, seu desenvolvimento tem sido bastante diferente em cada sistema jurídico nacional. Enquanto alguns sistemas nem receberam esta noção, como a *common law*, outros a introduziram em sua legislação, como o alemão. Atualmente é possível verificar um interesse crescente no estudo da responsabilidade pré-contratual em todos os sistemas jurídicos, mas sua aplicação ainda tem ficado restrita à jurisprudência. A falta de textos legais está em nítido contraste com a crescente atenção que suscita a matéria.

OS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

É muito difícil estabelecer os contornos exatos da responsabilidade pré-contratual. Num sentido amplo, podemos afirmar que o período pré-contratual é aquele anterior à celebração do contrato. No entanto, dentro deste período distinguem-se os períodos de

formação e de celebração do contrato. Estudamos aqui apenas as questões relativas às negociações contratuais, ou seja, ao período de formação do contrato, excluindo aquelas relativas à oferta e à conclusão do contrato. É necessário, neste contexto, distinguir as hipóteses em que o período de formação pode ser confundido com o período de conclusão do contrato, aonde as partes já chegaram a um acordo sobre os elementos considerados por elas como essenciais.

Quase todos os sistemas modernos reconhecem que um contrato é formado quando as partes manifestam seus consentimentos, porém este princípio aparentemente simples nem sempre é fácil de ser aplicado. Sabemos que durante as tratativas as partes não podem ser consideradas contratantes, nenhuma relação obrigacional podendo ainda ser estabelecida entre elas. Na realidade, o período de gestação será caracterizado por um relativo declínio da liberdade contratual proporcional ao avanço da negociação. Disso decorre que quanto mais perto se está da conclusão do contrato, maiores serão as chances de responsabilização pela ruptura das tratativas.

Na prática do comércio internacional, a maioria das negociações contratuais é longa e complexa. Entre a primeira definição de objetivos comuns e a assinatura do contrato definitivo surge um lento e gradual processo de formação, composto por estudos preliminares, obtenção de apoio necessário de terceiros, de financiamento, de seguro e de autorizações governamentais, emissão de propostas, contrapropostas, relatórios técnicos e pareceres jurídicos, tudo isso visando a estabelecer o melhor enquadramento jurídico da negociação e dos seus direitos e obrigações de cada uma das partes. Esta sequência de atos e comportamentos torna, muitas vezes, problemática a tarefa de determinar o momento preciso em que as partes chegaram a um acordo sobre os pontos principais do contrato.

As tratativas começam sempre por uma oferta ou convite para entrar em tratativas. Posteriormente, elas se desenvolvem de diferentes maneiras, mais ou menos estruturadas. A distinção entre, de um lado, a oferta vinculativa de celebrar um contrato, também conhecida como oferta final ou oferta ultimato e, de outro lado, a oferta para entrar em tratativas, é considerada em função da expressão da vontade de ambas as partes envolvidas.

A oferta de contrato, embora não seja uma obrigação contratual, já é o consentimento de uma das partes ao contrato. Ao contrário da oferta de entrar em negociação, a aceitação da oferta de contrato importa na conclusão imediata do contrato. As tratativas e a oferta de contrato são, portanto, fases distintas do período pré-contratual. Toda declaração emitida antes da oferta

de contrato não têm a capacidade de concluir o contrato pela sua simples aceitação, porque ainda não estão presentes os elementos essenciais que compõe a oferta de contrato. A partir desta última, não existe mais diferença entre os contratos negociados e os contratos de adesão.

Desde o momento em que as partes concordam com os termos essenciais, podemos considerar que as tratativas caem no domínio contratual e o juiz parece disposto a sancionar a culpa de uma das partes através da execução específica do contrato. Entretanto, nós demonstramos que a determinação deste momento é bastante complexa, o juiz tendo que verificar objetivamente a intenção das partes em se comprometerem contratualmente.

As tratativas não visam à conclusão dos contratos, mas somente à apreciação do interesse e da viabilidade dessa operação. Durante as tratativas as partes manifestam apenas suas disponibilidades para negociar; elas ainda não pretendem contrair uma obrigação de concluir um eventual contrato, mas apenas procuram estabelecer um acordo inicial sobre os elementos essenciais do contrato. A determinação desses elementos é relativamente fácil em relação aos contratos típicos, pois a lei e a jurisprudência já definiram seus regimes, mas ela é mais delicada nos contratos atípicos.

Atualmente, com o aumento da complexidade do comércio internacional e das negociações, surge uma tendência à criação de mecanismos de conclusão de contratos diferentes do tradicional binômio oferta-aceitação, ainda previsto na grande maioria dos sistemas jurídicos. Trata-se principalmente da apreciação de questões de fato e por isso o juiz é a pessoa mais capaz de apreciar a realidade das tratativas contratuais. Ele tem levado em conta elementos objetivos das tratativas para determinar o momento de conclusão do contrato e de fim das negociações, principalmente os documentos pré-contratuais trocados entre as partes, os comportamentos e as declarações, assim como eventuais acordos sobre pontos do contrato definitivo.

Se a teoria clássica tornou-se insuficiente, ela não deve, portanto, ser excluída. Apesar de sua inadequação para apreender todas as hipóteses de formação do contrato internacional, sua aplicação, por analogia, conjugada com alguns usos do comércio internacional, permitirá solucionar eventuais dificuldades e encontrar a essência da construção de cada contrato. Um exemplo muito significativo dessa combinação de métodos é trazido pela teoria da *punctuation* que, partindo da teoria clássica e da prática contratual, soube explicar a formação por etapas sucessivas do contrato.

A lei competente para determinar se o contrato foi celebrado é normalmente a lei que seria aplicável ao próprio contrato proposto se ele já tivesse sido celebrado. Assim, a escolha da lei aplicável pelas partes tem uma influência decisiva na apreciação da conclusão ou não do contrato. Nos sistemas jurídicos romano-germânicos, o ponto de vista consensual prevalece e a vontade das partes de estarem ligadas é a condição necessária e suficiente para a existência da obrigação contratual. Se o sistema francês prioriza as concepções voluntaristas, ele começa a levar mais em conta a vontade declarada e a noção de confiança legítima que torna a apreciação do consentimento mais objetiva. A esse respeito, o Direito Alemão já demonstrou que a vontade de contratar pode ser encontrada em outros elementos além da intenção subjetiva dos contratantes, especialmente nas declarações de intenções. Além disso, os Direitos Inglês e Americano renovaram a apreciação do consentimento trazendo um ponto de vista mais voltado à proteção da confiança legítima na conclusão do contrato.

Durante a gestação prolongada dos contratos internacionais, os negociantes sentem a necessidade de desenvolver uma série de documentos preparatórios para anunciar os objetivos iniciais das negociações, para registrar os resultados até então obtidos, ou para esclarecer certos aspectos do processo de negociação. Pode-se dizer que as tratativas contratuais tendem atualmente a se “contratualizar”.

Preocupações contraditórias animam cada uma das partes durante no âmbito destes acordos preliminares. O desejo de permanecer livre nas negociações e não contrair nenhuma obrigação enquanto os elementos essenciais do contrato não forem fixados se opõe a uma preocupação com a segurança jurídica na condução dessas negociações, para evitar que os esforços realizados, até esse momento, sejam frustrados. Um exemplo dessa ambiguidade é a conclusão, cada dia mais frequente, dos chamados *gentlement's agreements*. Esses acordos celebrados sobre a honra levantam a questão de saber quando eles podem ser considerados juridicamente vinculativos e se as partes têm o direito de remover-lhes todo valor jurídico.

A autonomia da vontade das partes deve ser mais respeitada e a designação pelas partes do caráter não vinculativo de um acordo de cavalheiros deve levar o juiz a uma grande reserva antes de determinar a existência de obrigações contratuais. A natureza contratual destes acordos depende geralmente da busca das reais intenções das partes, manifestadas pelos seus comportamentos e pelo texto de seu acordo.

De fato, durante as tratativas o princípio é a falta de formalidade. Não existe qualquer princípio, regra jurídica, obrigação ou dever que prescreva a forma que devem adquirir as

tratativas. Consequentemente, a escolha do vocabulário utilizado nesses documentos pré-contratuais é fundamental para evitar que eles sejam interpretados de forma distinta em cada sistema jurídico nacional. A pluralidade de interpretações pode gerar uma forte incerteza sobre o sentido e alcance dos acordos pré-contratuais, tornando-se fundamental que seja esclarecido, no próprio documento pré-contratual, a intenção das partes e o valor jurídico do documento.

Em alguns casos, a intenção pode estar incompleta ou ser insuficiente para estabelecer o fim do período pré-contratual e o início do período contratual. Isso se verifica, principalmente, nas hipóteses em que o contrato apresenta uma grande complexidade, por razões legais ou técnicas, tornando difícil a determinação de seus elementos essenciais e a avaliação de determinadas condições, como a causa ou a *consideration* da *common law*. Nesses casos, a formação do contrato não é mais baseada somente no encontro de vontades, mas também numa série de acordos parciais através dos quais as partes chegam ao consentimento final.

Alguns destes acordos preliminares incidem sobre pontos do contrato definitivo proposto, como os protocolos de acordo e os acordos parciais. Outros estipulam uma obrigação de iniciar ou prosseguir as tratativas, como os acordos de princípio, onde nem as cláusulas essenciais nem as disposições acessórias do contrato final ainda não estão especificadas.

Se esses acordos preliminares são de grande importância para o progresso das negociações e podem contribuir para a admissão da existência de culpa, eles são vinculativos e geram a responsabilidade contratual do responsável pelo seu fracasso. Enquanto isso, as cartas de intenção, que possuem um caráter contratual variável, podem estar sujeitas à responsabilidade pré-contratual. De fato, algumas cartas incluem apenas um compromisso unilateral de cunho moral de negociar de boa fé os termos de um contrato, podendo assim serem utilizadas como base para uma ação em responsabilidade pré-contratual.

Apesar da relativa incerteza sobre o conteúdo e o alcance desses instrumentos, a prática comercial recomenda, por precaução, a conclusão de acordos preliminares para marcar e proteger as partes em caso de fracasso das tratativas. Os contratantes devem, sempre que possível, primar pela clareza das disposições e da intenção manifestada nestes acordos. É sempre melhor expressar o mais claramente possível a que cada um se compromete e a que não se compromete.

Se uma das partes não quiser se vincular juridicamente, mas sentir a necessidade de estabelecer os pontos já negociados do contrato definitivo, é oportuno que ela recorra a uma fórmula como a cláusula inglesa do *subject to contract* ou preveja uma cláusula de exclusão de toda responsabilidade oriunda do período pré-contratual. É prudente assinar, já na abertura das tratativas, um contrato de precaução comportando uma cláusula de confidencialidade, uma cláusula de pagamento de estudos e pesquisas realizados, uma cláusula prevendo a mediação, confiando a terceiros a solução de pontos sobre os quais as partes não chegaram a um acordo, uma cláusula de exclusividade e uma cláusula prevendo um prazo para a celebração do contrato. A prática americana ensina ainda a importância da cláusula de *breakup* ou de ruptura, que prevê o montante da indenização e o responsável em caso de ruptura das tratativas. Esta cláusula de ruptura é frequentemente a contrapartida à concessão de uma cláusula de exclusividade na negociação.

Além destas disposições que regem diretamente a responsabilidade, algumas cláusulas mais originais são altamente recomendadas para aumentar a segurança jurídica na formação dos contratos internacionais. É o caso da cláusula de divisibilidade, importante para se proteger contra o risco de que o juiz considere todo o contrato ou o grupo de contratos como um todo indivisível e decida tudo anular. Outra disposição fundamental no comércio internacional é a cláusula de imutabilidade ou de constância, que protege os contratantes contra o risco de que uma atitude, comportamento ou correspondência, realizados durante as tratativas, sejam entendidos como uma modificação do contrato ou como uma renúncia a um direito. Deve-se também acrescentar uma cláusula que obrigue o credor a minimizar seus danos, tomando todas as medidas necessárias para tanto.

Igualmente importantes são as cláusulas de complementaridade e integralidade. Através da cláusula de complementaridade, as partes concordam que os contratos preliminares e a conduta das partes durante as tratativas são parte integrante do contrato final. Desse modo, o juiz poderá interpretar o contrato de acordo com dados oriundos da fase de tratativas. O juiz vai buscar a intenção comum das partes no dia em que o contrato foi celebrado, com base em todas as declarações e documentos trocados durante as tratativas. Por outro lado, a cláusula de integralidade determina que o contrato final inclua todas as condições que as partes queriam adotar, não podendo ser contrariado ou complementado por declarações ou documentos anteriores. Esses só podem ser usados para interpretar o contrato. Também é aconselhável incluir nessas cláusulas uma disposição que determine que na presença de uma discrepância entre qualquer disposição ou conduta durante as tratativas e uma disposição do contrato final,

prevaleça a anterior. Sendo estas duas cláusulas contraditórias, fica claro que apenas uma delas pode ser adotada.

Outra fonte de instabilidade é a escolha da língua do contrato. Note-se que, muitas vezes, o idioma do juiz do processo prevalece sobre o idioma do contrato. Uma regra de prudência nos contratos internacionais é a unidade entre a competência jurisdicional, a lei aplicável e a língua do contrato. Também convém incluir um léxico para uso interno, ou seja, uma série de definições dos termos mais importantes empregados no contrato, garantindo uma interpretação inequívoca.

Conhecer a cultura e o Direito do país da outra parte é fundamental para o sucesso das negociações internacionais. O negociador deve, antes de entrar em tratativas, identificar os riscos específicos do contrato proposto. Tais como os riscos financeiros de inexecução, de não-pagamento ou de falência, as condições das multas e das indenizações, especialmente nos sistemas de *common law*, e os riscos fiscais, de imprevisão, de instabilidade jurídica ou política, de litígios relacionados com a legislação aplicável e à execução ou reconhecimento de uma decisão estrangeira. O bom conhecimento da legislação estrangeira facilita a negociação dos termos de escolha do foro e da lei aplicável, e também evita a nulidade do contrato por contrariedade à ordem pública de um determinado país.

Apesar de todos esses mecanismos de proteção, constatamos que, na prática, a grande maioria dos negociantes não aplicam medidas para evitar os riscos inerentes aos contratos internacionais. As negociações internacionais ainda são pouco “contratualizadas” e muito marcadas por uma grande informalidade. Em virtude dessa realidade, é necessário analisar as consequências da responsabilidade pré-contratual no comércio internacional, seja na determinação da lei competente ou na divergência das disposições legais aplicáveis. Estas dificuldades revelam a importância da contribuição trazida pelo Regulamento europeu n° 864/2007 de 11 de julho de 2007, conhecido como “Roma II”, sobre a lei aplicável às obrigações não-contratuais, que engloba os litígios relativos à responsabilidade pré-contratual em nível internacional. Infelizmente, a harmonização assim estabelecida no Direito Internacional Privado Europeu não encontra qualquer equivalente no direito substantivo aplicável à matéria.

O MECANISMO DE DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL À RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Uma vez estabelecidos os contornos precisos do período pré-contratual, foram analisados os mecanismos de determinação do regime jurídico aplicável à responsabilidade pré-contratual no comércio internacional. Nesse sentido, seguimos o método de Direito Internacional Privado normalmente utilizado pelo juiz francês. Estudamos aqui apenas a competência da lei, sem retornar à questão da competência jurisdicional, que é hoje menos problemática, tanto em nível europeu, pelo advento do Regulamento europeu n.º 44/2001, como no Direito Comum Francês, pela aplicação das regras do Código de Processo Civil.

Visando à determinação da lei aplicável, o primeiro passo é a verificação da internacionalidade das negociações pela presença de pontos de conexão, próprios à responsabilidade pré-contratual, com mais de um sistema jurídico nacional. Dadas as características do período pré-contratual, vimos que, além dos elementos próprios à responsabilidade extracontratual, elementos emprestados da responsabilidade contratual podem ser determinantes para o estabelecimento da internacionalidade das negociações.

Após a constatação da existência e da internacionalidade das negociações, o juiz vai qualificar a responsabilidade pré-contratual em uma categoria jurídica, a fim de estabelecer o regime de responsabilidade civil mais adequado à matéria. Para tanto, devemos primeiro determinar em qual método de Direito Internacional Privado vai se realizar a qualificação. Mesmo reconhecendo o primado da qualificação *lex fori*, que parece se confirmar pela lógica do texto dos Regulamentos Roma I e II, observamos a importância que pode ter a qualificação *lege causae* na fase de análise de um instituto desconhecido do Direito do foro. A referência exclusiva às categorias do Direito do foro parece insuficiente, uma vez que a legislação nacional é desenvolvida para situações internas.

Somam-se às tradicionais qualificações *lege fori* e *lex causae*, novos elementos inseridos no direito privado internacional que vêm influenciar o processo de qualificação. Em particular, o advento da abordagem comparativa da qualificação e o desenvolvimento de uma qualificação comunitária autônoma, têm permitido ao Direito Internacional Privado gerir a interoperabilidade dos sistemas. Uma composição entre os diferentes métodos de qualificação parece ser a melhor solução para a qualificação da responsabilidade pré-contratual no comércio internacional.

Atualmente devemos dar especial atenção à qualificação comunitária autônoma adotada em relação à responsabilidade pré-contratual pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, na decisão *Tacconi*. Seguindo uma solução coerente com a do TJE, os autores do Regulamento Roma II incluíram a responsabilidade pré-contratual no âmbito da responsabilidade extracontratual. Soma-se a isso a exclusão explícita das obrigações decorrentes de uma relação pré-contratual do âmbito de aplicação do Regulamento europeu nº 593/2008 de 17 de junho de 2008, conhecido como “Roma I”, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Vimos, no entanto, que os Regulamentos Roma I e II não são claros sobre os seus alcances em relação aos contratos preliminares, uma reforma de seus textos é necessária para clarificar o âmbito de cada regulamento.

Sobre a determinação da lei aplicável, demonstramos que é impossível encontrar um texto de direito material uniforme aplicável à responsabilidade pré-contratual. No que diz respeito à Convenção de Viena, adotada na Conferência das Nações Unidas, vimos que ela silencia sobre a responsabilidade pré-contratual, tratando somente da conclusão do contrato e, especialmente, sobre a emissão da oferta. A principal razão para a exclusão da matéria do texto convencional parece terem sido as diferenças de opiniões entre os países de tradição civilista e os de *common law* que não aceitam nenhum princípio geral de boa-fé. Além disso, a utilização dos princípios gerais em que se baseia a Convenção também não oferece um resultado satisfatório. Desse modo, é necessário recorrer às regras de conflito de leis para determinar o direito nacional aplicável à responsabilidade pré-contratual no comércio internacional.

No domínio da responsabilidade pré-contratual, as regras de Direito Internacional Privado estão agora previstas nas disposições do Regulamento Roma II, que dotou os Estados-membros da Comunidade Europeia de um corpo de regras uniformes para resolver conflitos de leis relativos às obrigações não-contratuais.

Este Regulamento é totalmente coerente com a tendência para a especialização do Direito Internacional Privado que prevê elementos de conexão especiais para certos fatos geradores, como por exemplo, a *culpa in contrahendo* que está prevista no artigo 12. O Regulamento inclui as hipóteses de violação do dever de informação e de ruptura das tratativas contratuais. Lamentamos, no entanto, que nenhum dispositivo específico tenha sido previsto para cada uma dessas duas hipóteses de responsabilidade, dadas as diferenças de conexão dessas situações em certas hipóteses, especialmente nos casos em que a lei do contrato não pode ser identificada. Também lamentamos a utilização, na versão francesa do Regulamento,

do termo *culpa in contrahendo* em vez de responsabilidade pré-contratual, podendo criar uma confusão com a teoria alemã de mesmo nome, que é de natureza contratual e tem um domínio material mais restritivo do que o da responsabilidade pré-contratual.

O Regulamento priorizou claramente a previsibilidade das soluções na busca de regras de conflitos mais adequadas, promovendo assim a segurança jurídica e a harmonização das leis aplicáveis. Nesse sentido, ele não elevou ao nível de princípio a competência da lei do país com o qual a situação apresenta as conexões mais estreitas, como o fazia a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Os elementos de conexão clássicos e pré-determinados foram preferidos. Isso não impediu, no entanto, a manutenção de uma certa flexibilidade pela presença de uma cláusula de exceção aplicável em circunstâncias especiais.

Ênfase também é dada à vontade das partes que podem escolher a lei aplicável. Na ausência de escolha da lei, o artigo 12 § 1º dispõe que "A lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente de negociações realizadas antes da celebração de um contrato, independentemente de este ser efetivamente celebrado, é a lei aplicável ao contrato ou que lhe seria aplicável se tivesse sido celebrado". Sabiamente, a escolha dessa conexão impede a aplicação de duas leis diferentes, uma relativa à qualificação da ruptura e outra relativa à sanção desta ruptura. A lei do contrato é designada pelas regras do Regulamento Roma I, ou, em se tratando de uma venda, pelas disposições da Convenção de Haia do 15 de junho de 1955. Além disso, há uma lacuna sobre a admissão do *depeçage*, mas nada parece impedir que as partes façam uma escolha para o seu futuro contrato e outra escolha para a responsabilidade pré-contratual decorrente de suas negociações.

Quando a lei aplicável ao contrato não pode ser determinada, o Regulamento retoma os critérios estabelecidos pela regra geral. Em princípio, essas hipóteses serão subsidiárias, pois a lei do contrato é normalmente identificável, especialmente porque é a partir desta lei que a natureza pré-contratual da situação é afirmada. Contudo, essas raras hipóteses podem surgir nos casos em que as tratativas recém começaram e ainda é impossível identificar uma conexão significativa com o contrato proposto. Em tais hipóteses, será aplicada a lei do país em que ocorreu o dano.

Uma importante concessão é feita, porém, à conexão de cunho pessoal de ambas as partes. O Regulamento considera que a aplicação da lei do local da residência comum é mais coerente com as expectativas das partes e atende às necessidades de implementação da

indenização, se o requerente não residir no país onde ocorreu o dano. Esta conexão é ainda complementada por um mecanismo importante, mas pouco claro, que determina ter em conta as regras de segurança e de conduta. Esse dispositivo deverá ser aplicado quando a violação de qualquer destas regras é suscetível de qualificar um ato ou omissão como culposos, apesar da lei do lugar onde o dano ocorreu ignorar tal regra.

Finalmente, a existência de uma cláusula de exceção permite ao juiz levar em consideração as necessidades específicas da responsabilidade pré-contratual aperfeiçoando a determinação concreta da lei aplicável. Essa cláusula se destina a ser excepcional e se aplicará às hipóteses em que as obrigações extracontratuais decorrentes de negociações têm uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nas regras anteriores. A cláusula de exceção deve ser aplicável, por exemplo, quando o local de ocorrência do dano é fortuito, enquanto os outros elementos relevantes estão reunidos no local onde se realizou o fato gerador.

É raro que a regulamentação de uma matéria escape às críticas, o que é ainda mais verdadeiro quando se trata da escala de vários sistemas jurídicos diferentes. Mas os verdadeiros méritos do presente Regulamento, que realiza uma harmonização das regras de conflito em uma área tão sensível como a extracontratual, são muito mais importantes do que algumas falhas e ambiguidades que ele possa conter. Em qualquer caso, somente a aplicação prática do Regulamento Roma II fará um balanço das vantagens e desvantagens desse texto.

Demonstramos que no direito contemporâneo o período pré-contratual tornou-se absolutamente essencial para a vida do contrato, principalmente do contrato internacional que contém elementos de diferentes sistemas jurídicos nacionais e onde a desconfiança dos operadores é compreensível. Assim, apesar da harmonização das regras de conflito, a única maneira de promover a segurança jurídica quanto às regras substantivas aplicáveis às negociações internacionais é o desenvolvimento de um sistema harmonizado, que transcenda a diversidade jurídica própria ao comércio internacional, para garantir uma comunidade de princípios pré-contratuais fiáveis, o que ajudará a aliviar o clima de desconfiança entre as partes. É assim essencial criar ferramentas que permitam que as partes resolvam suas diferenças sem incorrer nos riscos inerentes à descontinuidade legal.

APLICAÇÃO DA LEI COMPETENTE PARA SOLUCIONAR OS LITÍGIOS RELATIVOS À RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Constatamos que as idéias que regem a organização econômica e social de cada sistema jurídico são muito importantes para determinar o regime e o alcance da responsabilidade pré-contratual. Nos países em que um valor importante é dado ao liberalismo econômico e ao individualismo, como os países da *common law*, a idéia da responsabilidade pré-contratual é mais dificilmente acolhida do que nos países de tradição do direito civil, pois ela é percebida como uma limitação à liberdade de iniciativa nas tratativas contratuais.

De fato, as negociações internacionais são marcadas pela grande divergência entre a filosofia pré-contratual adotada pelos dois principais sistemas jurídicos, o romano-germânico e o anglo-saxão. Essa divergência se manifesta pelo fato de que a *common law* foi desenvolvida por mercadores e comerciantes, enquanto o Direito Civil Continental foi desenvolvido por sábios. Embora seja uma realidade simbólica, essa origem reflete a importância da influência da prática comercial na *Common Law*, ao contrário dos sistemas romano-germânicos, que foram desenvolvidos por acadêmicos e incorporaram as reflexões de conceitos filosóficos e morais da época. A natureza comercial dos anglo-saxões revelou-se pela visão pré-contratual individualista, considerando o período de negociação como uma zona de risco. Essa visão é concretizada pelo princípio da liberdade contratual absoluta que permite a ruptura das tratativas a qualquer momento e sem qualquer justificação.

Os países de tradição civilista instituíram limites ao princípio da liberdade contratual. Estes regimes tentaram estabelecer um certo equilíbrio na fase pré-contratual entre a liberdade de negociação e a necessidade de segurança jurídica, visando a proteger a parte que fez investimentos substanciais com base nas declarações da outra parte, o que incentiva os profissionais a tomar a iniciativa de negociar e investir sem medo da perda devido à natureza aleatória das negociações.

Esta divergência entre as soluções tradicionalmente adotadas por estas duas famílias jurídicas não resistiu aos efeitos da expansão do Direito do Comércio Internacional e da globalização, forçando-as a se alinharem às regras que oferecem soluções mais atraentes aos comerciantes internacionais.

É de sublinhar, nesse sentido, o movimento de expansão do campo da responsabilidade extracontratual na *common law*, em razão da submissão do contrato às

exigências de *privity* e, atualmente num menor grau, de *consideration*. Na ausência dessas condições, torna-se impossível a indenização segundo a responsabilidade contratual, como por exemplo, em caso de prejuízos patrimoniais sofridos por uma pessoa que recebeu gratuitamente uma informação equivocada por negligência. Mas se entre as partes há *proximity* suficiente, as jurisprudências inglesa e americana vão admitir a indenização desse dano segundo a responsabilidade extracontratual. Devemos lembrar que a *common law* adota tradicionalmente a teoria do *aleatory* ou do *venturesome*, segundo a qual as negociações são uma atividade de risco cujas consequências devem ser suportadas por ambas as partes. Neste sentido, a jurisprudência não reconhece nenhum princípio geral da boa-fé. Nos Estados Unidos, mesmo que o *Uniform Commercial Code* reconheça o princípio da boa-fé, ele o faz apenas em relação à execução do contrato. É fundamental perceber que a *common law* não rejeita a ética da boa-fé, ela prefere estabelecer soluções para os problemas contratuais num nível legal mais detalhado. Assim, a boa-fé na negociação é invocada por meios indiretos, tais como o *promissory estoppel*, o *unjust enrichment* ou a *misrepresentation*.

Um movimento no sentido oposto é verificado no direito alemão, onde certas limitações do direito da responsabilidade extracontratual levaram à necessidade de alargar o campo de regras objetivas e subjetivas da responsabilidade contratual. O principal motor dessa evolução é a cláusula geral de boa-fé, nos termos do §242 do Código Civil Alemão - BGB. Esse movimento vem sanar a dificuldade de se indenizar, com base no § 823 I do BGB, os danos puramente patrimoniais. Com efeito, o § 823 I do BGB se baseia exclusivamente na reparação dos danos nele previstos — contra a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de uma pessoa — e somente reparará o dano puramente patrimonial se ele for o resultado de danos físicos.

Um bom exemplo dessa tendência é a postura do Tribunal Federal Alemão que estabelece a responsabilidade pré-contratual relativa a danos causados por informações pré-contratuais sob o fundamento de um contrato implícito de informações ou conselhos — *Auskunfts Beratungsvertrag* — que é considerado celebrado quando o informante sabia que a informação era importante para o destinatário e que ele a usaria no campo comercial, econômico ou jurídico.

Em contrapartida, a responsabilidade extracontratual adotada pelo direito francês, que prevê uma cláusula geral de responsabilidade civil, favorece a reparação dos danos. Pois se a responsabilidade contratual permite somente a indenização dos danos previsíveis, a

responsabilidade extracontratual se aplica a todos os tipos de danos. Da conjunção destes fatores resulta que o sistema da cláusula geral representa uma evolução em relação ao sistema de *common law*, eliminando a casuística inerente ao sistema de tipicidade, mas ele cria igualmente um risco de aumento excessivo da responsabilidade extracontratual, pois ele atribui a todos os danos causados por negligência uma obrigação de indenizar.

PERSPECTIVAS DE HARMONIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL NO COMERCIO INTERNACIONAL

A análise dos direitos estrangeiros nos permitiu demonstrar que, apesar de algumas diferenças de método para proteger as partes envolvidas nas tratativas contratuais, há uma forte tendência à harmonização da matéria no direito comparado. Os fenômenos de globalização e de incremento do comércio internacional influenciam, fortemente, a responsabilidade pré-contratual, levando os diferentes sistemas jurídicos a uma aproximação espontânea na direção de regras mais flexíveis e seguras para esta responsabilidade. Essas regras provaram ser as regras do modelo romano-germânico e, especialmente as do francês.

Se os operadores internacionais preferem uma maior liberdade na criação de novas categorias e de cláusulas contratuais, eles não a incentivam durante a negociação. Essa tendência é demonstrada pelo fato de que os sistemas de *common law* adaptaram alguns de seus mecanismos tradicionais às exigências da fase pré-contratual conhecidas nos países de tradição civilista. Eles desenvolveram o chamado *picemeal solutions*, ou soluções caso a caso, visando a coibir os problemas de injustiça durante as negociações.

As condições necessárias para sancionar a ruptura das tratativas e os deveres pré-contratuais exigidos são bastante similares nos diferentes sistemas jurídicos estudados, superando as dificuldades ligadas à diversidade de culturas e mecanismos.

Detectamos que todos os sistemas jurídicos apreciam a culpa segundo um padrão básico do homem médio, próximo ao de *bon père de famille* do Direito Francês. Mas esse modelo parece agora sofrer uma forte influência do comércio internacional, através da noção de "homem razoável", originária da *common law*, que é assimilada em termos de responsabilidade pré-contratual ao profissional normalmente competente, diligente e avisado.

Além desse padrão, muitas vezes as circunstâncias do litígio permitem que os juízes compreendam plenamente a situação. Alguns fatores objetivos podem caracterizar a violação

da confiança legítima, como por exemplo, a brutalidade da ruptura, a duração das tratativas, a falta de intenção de celebrar o contrato, a reivindicação súbita de um preço excessivo, a recusa ao cumprimento de certas formalidades legais e a falta de motivo legítimo para a ruptura.

Alguns deveres pré-contratuais também foram desenvolvidos pela jurisprudência, na falta de disposições legais, principalmente os deveres relativos à informação pré-contratual. É de sublinhar que, mesmo nos casos em que a culpa consistente em informações incorretas fornecidas durante a negociação, só é descoberta após a conclusão do contrato, pensamos que a responsabilidade deve ser unicamente de cunho pré-contratual. Tal equivale a dizer que uma parte não pode invocar a exceção de inexecução alegando que a outra violou um dever pré-contratual de informação.

Podemos identificar dois componentes principais do dever de informar. O primeiro é o dever de informar ativamente e de forma precisa e completa, os fatos que podem contribuir para a formação da vontade da outra parte. O segundo é o dever de verdade, que consiste num dever negativo de abster de comunicar informações incorretas sobre os fatos essenciais para o consentimento da outra parte.

São condições necessárias para a configuração deste dever o fato que uma das partes saiba ou deva saber as informações, em especial devido à sua capacidade profissional, e que ela saiba da importância desta informação para a outra parte. Além disso, é necessário que a outra parte seja incapaz de obter a informação por si próprio e que ela possa legitimamente confiar, em razão da natureza do contrato e da qualidade profissional da outra parte. As mesmas regras se aplicam aos outros deveres indiretamente relacionados com o fornecimento de informações, como os deveres de sinceridade, de clareza e de privacidade.

O dever de informação tem um objeto único de informar a outra parte sobre determinadas informações de modo puramente objetivo e preciso, para que essa possa se decidir com total conhecimento de causa, sem, no entanto, expressar uma opinião ou juízo de valor que possam influenciar a conclusão ou não do contrato. Mas o dever pré-contratual de informação pode, às vezes, se acentuar e chegar a um dever de conselho. Esse visa a esclarecer o consentimento da outra parte sobre as vantagens e desvantagens da operação ou prestar informações sobre como evitar situações de risco. Ele não tem o objetivo de apenas prestar uma informação no seu estado bruto, mas de mostrar a outra parte as consequências positivas e negativas do contrato proposto, no âmbito técnico ou financeiro, para melhor realçar a adequação da decisão de celebrar o contrato proposto.

Ao contrário do conselho, que tende a orientar os investidores para incentivá-los a fazer ou não fazer, o dever de alerta visa a chamar a atenção de seu parceiro sobre os riscos de uma operação. O alerta é um dever de conselho negativo, que pressupõe o estabelecimento de uma relação de confiança entre as partes contratantes.

Não existe nenhum dever geral de exclusividade nas tratativas contratuais, mas a prudência imposta pelo dever de lealdade exige daquele que entrar em discussões com vários parceiros que os informe. Se uma parte desejar garantir a fidelidade da outra parte e não apenas ser informada, é possível celebrar contratos de exclusividade. A exclusividade pode ser objeto de um contrato próprio ou de uma cláusula de sinceridade, forçando a outra parte a divulgar a existência de negociações paralelas. Esta cláusula deve, contudo, ser tratada com grande cautela, porque seus resultados podem violar os deveres de confidencialidade e serem considerados como antiéticos. Em regra geral, o dever de sigilo deve prevalecer sobre a exigência de sinceridade.

Devemos lembrar que a constatação de culpa pré-contratual deve permanecer excepcional, a liberdade de romper as tratativas e o segredo comercial sendo a regra geral. Desse modo, alguns limites à responsabilidade pré-contratual podem ser estabelecidos, sejam eles motivos legítimos de ruptura ou atenuações ao dever de informar.

Uma vez que eliminamos a necessidade de intenção de cometer um dano, que seria uma condição excessiva nesta matéria, o caráter culposo da ruptura será caracterizado pela violação do dever de boa-fé e pela ausência de motivos legítimos. Apesar da ausência de um dever geral de motivação da ruptura, o juiz deve verificar a existência de um motivo sério e legítimo que a justifique, segundo o padrão de comportamento coerente do homem médio para se sentir ou não no dever de continuar as tratativas.

Se este é um padrão já existente e conhecido das partes quando iniciam a negociação, será difícil de ser considerado justo. Podemos citar como causas do abandono legítimo das tratativas, a deterioração da situação financeira da outra parte, a incapacidade dessa para atender aos requisitos técnicos legítimos, o descumprimento de condições estabelecidas claramente no início da negociação, o fracasso no estabelecimento de financiamentos especiais e o parecer desfavorável de uma autoridade competente, as contra-propostas contrárias aos objetivos essenciais da parte que rompeu, as condições econômicas adversas, e a ruptura ou estabelecimento de vínculos com um grupo. Outro fator importante para justificar a ruptura é a incerteza do contrato proposto, comprovada por fatos que podem criar um risco significativo

sobre o contrato. A força maior também pode excluir a responsabilidade daquele que rompeu, como foi o caso de decisões proferidas pela justiça francesa no contexto da Guerra do Golfo.

No mesmo sentido, o dever de informação não é absoluto e alguns limites podem ser impostos. Esses limites são muitas vezes ligados à pessoa que deve fornecer as informações, porque ela pode ignorar a técnica mais moderna para certa atividade ou pode não ter sido informada das necessidades especiais exigidas pela outra parte.

Além disso, ao exigir excessivamente o dever de informar, a doutrina e a jurisprudência parecem ter ignorado o fundamento desse dever e o seu caráter excepcional em relação ao dever geral de informar-se. Em regra geral, o dever de informação será considerado cumprido quando, de uma forma ou de outra maneira, a outra parte tenha sido informada ou se comporte como se tivesse sido informada.

Quanto aos danos pré-contratuais, todos os sistemas jurídicos concordaram em excluir, como regra, a execução específica do contrato, em respeito ao princípio da liberdade contratual. Isso se reflete na limitação do dano ressarcível ao que Jhering chamou de interesse negativo. Na realidade, ao invés de tentar definir o interesse negativo, deve-se procurar quais são as consequências da violação de um determinado dever pré-contratual. Isso pode incluir, no caso de ruptura das tratativas, a determinação do ponto em que uma parte não tinha mais verdadeira intenção de chegar a um acordo. Se, por exemplo, ela nunca teve essa intenção, ela deve compensar a outra parte por quaisquer consequências, desde o início das tratativas.

Dadas a liberdade e a incerteza que regem as negociações internacionais, as perdas e as despesas ocorridas durante este período devem, em princípio, serem suportadas por cada uma das partes envolvidas. Um profissional conhece certamente os riscos de fracasso das negociações e os inclui em suas previsões financeiras, mas ele não aceitará as perdas resultantes da má-fé de seu parceiro. Essas despesas se dividem em duas categorias distintas: as despesas relativas à negociação propriamente dita e as despesas relativas à ruptura.

A primeira categoria inclui as despesas realizadas durante as tratativas para o contrato, ou seja, as despesas de viagem, o tempo utilizado para a preparação de um projeto de contrato, a aquisição de locais e de equipamentos, os custos de contratação de pessoal e de terceiros especialistas e etc. Essas despesas são normais em quaisquer tratativas mais avançadas e estão relacionadas com a preparação do terreno para facilitar a celebração do contrato. São despesas normalmente exigidas do responsável quando a outra parte acreditou na conclusão do contrato

e sua legítima confiança foi violada. Como mencionamos anteriormente, não há necessidade de má-fé, a negligência e a contradição em detrimento do outro são suficientes.

Além das despesas de negociação, há despesas ligadas à ruptura das tratativas. Essas incluem, por exemplo, as despesas realizadas com a contratação de financiamento necessário após o fracasso das tratativas, as despesas relacionadas com a necessidade de encontrar um novo emprego ou ainda as despesas relacionadas com a necessidade de recorrer emergencialmente a serviços mais caros de terceiros.

No que diz respeito aos danos morais, sua admissão é mais controversa na fase de negociação. Em geral, o dano moral é definido como o dano sofrido por uma pessoa em seus sentimentos, e para considerar a pessoa jurídica como suscetível de sofrer danos morais, a jurisprudência ampliou a noção de vítima e as hipóteses de indenização desses danos. Essas lesões morais sofridas por uma corporação podem ser de vários tipos, mas ocorrem principalmente nos casos de dano à atividade da empresa, à sua reputação, à sua imagem ou ao seu crédito no mercado.

Em resumo, todos os prejuízos sofridos em razão de um dano pré-contratual devem ser reparados, sejam despesas de tratativas, de ruptura, danos morais ou despesas visando a minimizar seu próprio dano. Já a perda de uma chance é mais controversa. A indenização de danos causados pela perda da chance de concluir o contrato proposto não é assegurada pela grande maioria dos sistemas jurídicos. A indenização dos lucros cessantes é considerada como algo hipotético e especulativo, além de sua estimativa ser complexa e incerta. Mas o principal obstáculo é a dificuldade de estabelecer o nexo de causalidade entre a ruptura das tratativas e os ganhos não atingidos. Por outro lado, a perda da chance de concluir um contrato com outra pessoa é normalmente indenizada.

Após a comparação do tratamento dispensado à responsabilidade pré-contratual nos diferentes sistemas jurídicos e a constatação das tendências por eles seguidos, não poderíamos deixar de analisar os recentes trabalhos internacionais e europeus de harmonização do direito dos contratos que propõem regras para a disciplina da responsabilidade pré-contratual no comércio internacional. Esses trabalhos propõem regras que correspondem amplamente às evoluções verificadas nos direitos nacionais mais modernos e sugerem ainda evoluções interessantes que podem servir de modelo para a desejada harmonização internacional da matéria. Atualmente, os trabalhos mais significativos revestem a forma de um quadro comum de referência em matéria contratual. Esses textos fornecem um pacote completo de proteção da

confiança legítima, nos casos de ruptura abusiva das tratativas e de violação dos principais deveres pré-contratuais. É louvável a importância concedida à proteção da confiança legítima e da coerência, como princípios orientadores do período pré-contratual. Estes dispositivos permitem alcançar os objetivos da responsabilidade pré-contratual tanto pelo intermédio dos instrumentos presentes nos direitos de tradição civilista quanto pelos previstos na *common law*.

A RENOVAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Nosso estudo revela que, se os tribunais concordam por unanimidade que o comportamento pré-contratual pode ser a causa de responsabilidade civil, o fundamento utilizado para aplicar essa responsabilidade ainda é bastante controverso e em constante evolução nos diferentes sistemas jurídicos. A responsabilidade pré-contratual é sempre colocada em uma área de tensão entre a segurança jurídica, a autonomia privada e a liberdade contratual.

Em regra geral, ambas as partes têm o direito de encerrar as tratativas a qualquer momento, sem ter que justificar a sua decisão de realizar tratativas paralelas e escolher o contratante mais adequado para atender seus interesses. A liberdade se manifesta pela recusa da jurisprudência de impor a execução específica do contrato correspondente à obrigação de retomar ou de concluir a negociação do contrato. Além de considerações de ordem prática, a solução decorre do princípio da liberdade contratual e da exigência de consentimento livre como condição para a formação do contrato.

Com a explosão das teorias liberais do século XIX, a autonomia da vontade individual atingiu seu apogeu. Mas, gradualmente, com os acontecimentos do século XX, estas teorias têm sido alvo de críticas e sua aplicação tem sofrido limitações pela intervenção, cada vez mais ativa, do Estado no domínio contratual.

Fica claro que o modelo de cláusula geral que assume a responsabilidade pré-contratual na maioria dos sistemas jurídicos, tem deixado indefinidos os padrões normativos para a sua disciplina e as hipóteses de sua aplicação. A consequência dessa abordagem mais abrangente é a extensão das situações cobertas pela responsabilidade pré-contratual. Essa extensão torna ainda mais difícil a identificação dos elementos que compõem o seu regime jurídico e aumenta o risco de uma aplicação excessiva da equidade.

Vimos então que o princípio da liberdade individual, traduzido pelo princípio da autonomia da vontade e pelo princípio da liberdade de comércio e indústria, permite que as partes rompam as tratativas a qualquer momento, mas elas devem abster-se de fazê-lo de modo abusivo ou culposo. O período de gestação das vontades é caracterizado em direito positivo por um relativo declínio da liberdade contratual em favor da segurança jurídica e o respeito da confiança legítima. Por essa razão, a jurisprudência impõe o respeito de uma certa ética pré-contratual que se manifesta pela exigência de negociar com lealdade.

Esta exigência de lealdade vem seguida por dois deveres adicionais. Por um lado, a exigência de transparência exige que todos os negociadores informem seus parceiros dos elementos necessários para esclarecer a sua tomada de decisão de concluir o contrato. Por outro lado, uma exigência de coerência impõe o respeito da confiança legítima, pela aparência de vontade firme e definitiva de concluir o contrato, sancionando a ruptura brutal e súbita das tratativas contratuais. Em resumo, a jurisprudência impõe, em nome da boa-fé, que as partes se abstenham de agir com uma má-fé suscetível de causar danos.

Devemos notar que mesmo que a boa-fé tenha sido a idéia central que permitiu o desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual, ela é incapaz, por si só, de fundamentar a disciplina dessa responsabilidade. Trata-se de um conceito de conteúdo vago e de grande flexibilidade, cuja interpretação pode facilmente variar com o tempo e as circunstâncias da causa. A aplicação da boa-fé diverge bastante de acordo com o sistema jurídico nacional requerido. Com efeito, os países de direito civil divergem sobre a intensidade conferida ao princípio da boa-fé em matéria pré-contratual, enquanto os países de *common law* nem sequer reconhecem a boa-fé como princípio geral de direito. Por estas razões, ao invés de evocar a noção de boa-fé, muito propensa a controvérsias, propomos tentar identificar princípios comuns a partir da noção de segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. É certo que a confiança tem sua origem no princípio geral da boa-fé, mas não é menos certo que ela já encontrou a sua plena autonomia.

A confiança legítima é um princípio mais objetivo e adequado para o período pré-contratual que a boa-fé. Ela é capaz de eliminar as divergências geradas pela indefinição da boa fé. Ter em conta a confiança legítima permite sancionar qualquer comportamento ou declaração suscetível de influenciar o consentimento ou gerar a confiança na conclusão do contrato, mesmo que a conduta ou declaração que causou o dano tenha sido feita de boa-fé.

Não se trata de verificar se a parte lesada tinha subjetivamente confiança na conclusão do contrato, mas se ela tinha fortes razões objetivas para acreditar.

O princípio da confiança legítima está intimamente relacionado com o movimento de solidariedade contratual que passou a equilibrar o movimento liberal do século passado. Não há dúvida de que a única maneira de reduzir a incerteza e a desconfiança das partes em relação às negociações internacionais é exigir a tomada em conta dos interesses de seu parceiro e respeitar as expectativas legítimas, pela adoção de um comportamento coerente e pela credibilidade das informações fornecidas. Esse movimento espalhou os seus efeitos especialmente sobre o dever de informação, onde o princípio da cooperação substituiu a lealdade e a boa-fé, como princípio norteador. Desta forma, o dever de cooperação complementa a confiança legítima como fundamentos dos deveres ligados à informação.

Ao contrário da boa-fé, que foi criada para disciplinar a relação contratual, o dever de cooperação não pode ser satisfeito com uma simples abstenção de fornecer informações imprecisas, ele exige igualmente que as partes forneçam as informações necessárias para a tomada de decisão de celebrar o contrato. Cooperação e confiança são ainda mais importantes se levarmos em conta o caráter internacional destes contratos, que colocam em relação diferentes elementos estrangeiros, muitas vezes desconhecidos das partes. A cooperação é, por definição, um conceito mais fático e pragmático e menos suscetível às querelas conceituais do que a boa-fé, encontrando menos dificuldade em lidar com a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais.

Fica claro que mesmo em seu aspecto objetivo, a boa-fé é caracterizada pela análise do comportamento e da intenção do autor do dano, segundo um modelo de comportamento médio do *bonus vir*. A prática dos negociadores de comércio internacional reclama uma mais ampla segurança jurídica que não parece ser assegurada apenas tendo em conta a boa-fé da parte que comete o dano. Por isso, é necessário tornar a responsabilidade pré-contratual mais objetiva, levando em consideração as legítimas expectativas criadas na pessoa do requerente. O princípio da confiança legítima tem a vantagem de deslocar o centro da discussão da responsabilidade pré-contratual da pessoa do responsável pelos danos à pessoa da vítima.

Nós demonstramos que os conceitos de *venire contra factum proprium* e de confiança legítima não são estranhos a nenhum dos sistemas jurídicos estudados. Eles são ferramentas para a moderna compreensão do comportamento, capazes de conciliar as normas dos diferentes

sistemas jurídicos. A confiança legítima parece ser um critério universal para avaliar o comportamento das partes.

Através de fórmulas menos precisas que o *estoppel de common law*, a maioria dos países de tradição civilista parecem sancionar a violação da confiança legítima durante as relações pré-contratuais. Em outros sistemas jurídicos, como o italiano, o suíço e o alemão, há mesmo um tipo específico de responsabilidade baseada na confiança legítima.

Neste sentido, a confiança é o traço de união entre as diversas concepções de direito sobre a responsabilidade pré-contratual, mesmo que as razões que impulsionam cada sistema para reforçar a proteção da confiança legítima possam variar de um país a outro. A harmonização da matéria é, portanto, não só desejável como também viável, desde que se afastem certos conceitos diferentemente apreciados em cada sistema jurídico, como a boa-fé e o abuso de direito. Destaca-se ainda que a análise aprofundada de todos os trabalhos de harmonização doutrinária do direito privado nos permitiu verificar que eles também protegem a confiança legítima enquanto fundamento principal da responsabilidade pré-contratual.

Este reconhecimento contrasta com o fato de que a confiança legítima ainda é pouco codificada. No entanto, deve notar-se que a ausência de codificação de um princípio por uma determinada ordem jurídica não significa que ele seja contrário ou incompatível com ela. Sabemos que a boa-fé é reconhecida pela jurisprudência da maioria dos sistemas, apesar da falta de previsão em alguns códigos nacionais.

A codificação do princípio da confiança legítima por um texto de alcance internacional é fundamental para o desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual no comércio internacional, transcendendo as diferenças tradicionais entre direito civil e *common law*, principalmente aquelas relacionadas com a boa-fé. No entanto, essa consolidação deve ser feita com cautela para não colidir com outros conceitos, tais como a boa-fé, a lealdade e a aparência que podem ser anexados à confiança legítima. Uma vez codificada, a noção de confiança legítima continuará a evoluir, pois se trata de um conceito inerente à interpretação judicial e que se destina à aplicação casuística com base no tipo de contrato e nas relações anteriores entre as partes.

Sobre as condições de aplicação da responsabilidade pré-contratual baseada na confiança, a doutrina se divide sobre a questão de saber se um dano é necessário para indenizar a violação da confiança legítima ou se uma mudança nas circunstâncias é suficiente. Na

common law, o dano não deve ser necessário, posto que o *estoppel* não é um mecanismo que visa a reparar a quebra da confiança, mas a tornar a promessa executória. Por outro lado, o prejuízo deve ser exigido em países de tradição civilista onde a proteção da confiança legítima se faz pela aplicação das regras da responsabilidade extracontratual que exige tradicionalmente a presença de um dano. Esse dano resulta da violação da confiança legítima consiste e consiste no prejuízo causado por uma declaração ou um comportamento incoerente.

Finalmente, observamos que a análise econômica do Direito que considera o contrato como um meio de circulação de riqueza e desenvolvimento econômico do comércio internacional, pode contribuir para o desenvolvimento de normas internacionais aplicáveis à responsabilidade pré-contratual. Ela fornece uma nova abordagem, mostrando que a culpa pré-contratual gera um desequilíbrio econômico nas relações comerciais, devendo ser sancionada para se retornar ao equilíbrio anterior ao dano.

A análise econômica pode ter uma forte influência sobre as regras de apreciação do montante da indenização e de atribuição de danos punitivos. A responsabilidade pré-contratual é justificada indiretamente pela confiança, já que seu principal objetivo é minimizar o custo das transações econômicas e evitar a difusão de falsas informações que são muito prejudiciais à distribuição da riqueza e ao bem-estar social.

Numa perspectiva econômica, o titular de uma informação pode mantê-la em sigilo porque sua obtenção tem um custo. Assim, não seria razoável exigir que alguém a transmita gratuitamente a outra parte. Isto poderia desencorajar as partes a intervir no mercado, com prejuízos consideráveis para a sociedade. A análise econômica pode assim ajudar a estabelecer as regras de repartição do ônus sobre os diferentes custos que podem resultar de uma negociação, incentivando os negociadores a adotarem comportamentos que levarão a uma aplicação mais eficaz dos recursos.

No entanto, a eficiência econômica não é o único objetivo da responsabilidade pré-contratual. A prevenção e a sanção dos danos pré-contratuais podem decorrer de um imperativo moral e não apenas da utilidade econômica. Isso não impede, porém, que se possa extrair da análise econômica conceitos úteis para o desenvolvimento de regras modernas e eficazes para esse tipo de responsabilidade. O prisma econômico pode compensar os valores e princípios morais adotados pelos países de tradição civilista. Ele pode colaborar principalmente com a limitação dos montantes das indenizações dentro de patamares razoáveis, com a distribuição

dos custos de negociação e para promover a segurança jurídica das negociações de contratos internacionais.

Em conclusão, esta tese não deve ser considerada como um produto acabado, pois ela tem como objetivo apresentar os contornos do âmbito material da responsabilidade pré-contratual e propor um mecanismo uniforme para a determinação da lei aplicável. Além disso, ela visa a provocar o questionamento das fontes e fundamentos dessa responsabilidade, buscando contribuir para a harmonização do direito substantivo aplicável à responsabilidade pré-contratual no comércio internacional.