

ACCADEMIA NAZIONALE VIRGILIANA  
ASSOCIAZIONE HENRI CAPITANT  
GRUPPO ITALIANO  
FONDAZIONE DELL'AVVOCATURA ITALIANA

# **IL CONTRATTO SULLA VIA DELLA CODIFICAZIONE EUROPEA**

**Giuristi italiani e francesi a confronto**  
*Seminario di studi*

## **LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE**

(Filippo Andrea CHIAVES)

### **1. LES PRINCIPES DU MODELE EUROPEEN : LA TRADITION ROMANISTE**

**1.1 Le droit romain**

**1.2 La tradition européenne suivante**

### **2. LES PRINCIPES DU MODELE EUROPEEN : LE DROIT MODERNE**

**2.1 France**

**2.2 Allemagne**

**2.3 Conclusion comparative avec le modèle anglo-américain**

### **3. LE MODELE ITALIEN**

**3.1 L'évolution historique**

**3.2 L'article 1337 du Code Civil**

**3.3 Tendances actuelles : doctrine et jurisprudence**

### **4. LES PRINCIPES ENCADRES DANS LES PECS (COMMISSION LANDO)**

### **5. LES PRINCIPES UNIDROIT**

# 1. LES PRINCIPES DU MODELE EUROPEEN : LA TRADITION ROMANISTE

## 1.1 Le droit romain

Les principes de la responsabilité precontractuelle sont basés sur la notion de bonne foi.

La notion de « **bonne foi** » ou *bona fides* a son origine en droit romain.

Dans les *iudicia stricti iuris* le défendeur pouvait demander d'utiliser une clause, insérée dans une formule procédurale, dénommée *exceptio doli*. La formule était la suivante : « *si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat* ». Par cette formule, on donnait au juge l'autorité de décider selon des critères de justice et équité au cas où la continuation de l'action en question aurait porté à des conséquences injustes. L'*exceptio* s'appliquait aux accords de *stipulatio*.

Dans les **contrats consensuels** il ne faudrait pas utiliser ce système, car le juge selon les *formulae* applicables avait l'autorité de condamner le défendeur à ce qui était nécessaire selon la bonne foi (« *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona* »).

*Bona fides* a été un des éléments propulseurs du développement du droit romain des contrats. Au même temps, le principe du *caveat emptor* fut progressivement abandonné. Par exemple, le vendeur pouvait demander l'intérêt positif en cas d'éviction ; en outre, sur la base de la bonne foi, le juge pouvait considérer *error* (erreur) et *metus* (violence) pour décider s'il fallait admettre une action sur le contrat (*actio empti*). D'autres catégories furent admises sur la base du principe de la bonne foi, telles que la responsabilité pour les vices cachés.

## 1.2 La tradition européenne suivante

Avec l'abolition des formules, le concept de *bona fides* fut inclu dans le concept plus éloigné de *aequitas*, une catégorie qui fut l'objet de nombreuses discussions dans le Moyen Age en contraposition avec le *ius strictum*, surtout dans la forme de l'*aequitas canonica*.

En considération de la caractéristique flexibilité et informalité des relations entre les commerçants, l'idée de *bona fides* a continué à dominer les discussions doctrinales dans ce domaine, devenant un élément basilaire de la *lex mercatoria* médiévale et prémoderne.

## 2. LES PRINCIPES DU MODELE EUROPEEN : LE DROIT MODERNE

### 2.1 France

→ Pas de règles sur la *culpa in contrahendo* dans le code Napoléon (pour ne pas influencer le principe de la liberté des contractants).

→ Les normes utilisées pour régler la période précontractuelle (phase des négociations) sont celles de la **responsabilité délictuelle** (Art. 1382 c.Nap.) et des **vices de la volonté** (Artt. 1110 et 1116 c.Nap.).

#### **Responsabilité délictuelle**

Tout comportement contraire durant la période précontractuelle est envisagé par le juriste français comme un fait illicite : le cas le plus exemplaire est celui de l'**interromption injustifiée des négociations par une partie contractante** : dans ces cas, la cour examinera

- le dommage (qui doit être cert),
- le comportement tenu, qui doit être correcte, c. à d. conforme au modèle du *bonus pater familias* (en France : l'homme normalement avisé), sans avoir égard à la gravité du comportement ou à l'intentionnalité du même ; la mauvaise foi ou l'infidélité sont des exemples typiques

p. ex. refuser d'accepter l'offre après avoir manifesté incertitude pour long temps, est considéré une forme de lésion de la confiance légitime de l'autre part à conclure le contrat (Cass. 19.1.1977) ;

p. ex. refuser de renouveler le contrat après avoir généré l'intention de le renouveler

- le lien de causalité (liaison directe entre le dommage et le comportement tenu)

p. ex. interruption des négociations en offrant des conditions différentes de celles qui précédaient – n'implique pas responsabilité (Cass. 9.2.1981)

**Jurisprudence** : très prudente, ne veut pas mettre en discussion le principe de la libre détermination du contrat des contractants (surtout dans les relations entre professionnels : il faut garantir le principe de la liberté individuelle et de la sûreté des commerces).

→ En général, on ne peut pas **calculer les dommages** sur la base des bénéfices qu'on aurait obtenu si le contrat avait été conclu.

→ On admet la responsabilité délictuelle du contractant qui **interrompt les négociations très avancées sans aucune raison légitime**, par ce que le degré de confiance de chaque partie croît de plus en plus quand les négociations s'approchent à la conclusion du contrat, et donc leur degré de responsabilité croît parallèlement.

→ Au contraire, on n'admet pas en général une responsabilité délictuelle au cas de **révocation de l'offre** : on analysera le degré de confiance créé et le type d'offre présentée.

#### **Vices de la volonté**

→ Ne pas informer l'autre contractant durant la phase des négociations à propos de certains éléments essentiels du contrat signifie que la libre volonté a été influencée par des éléments externes, tels que les manœuvres de l'autre contractant (**dol**) ou indépendamment du comportement du contractant en question (**erreur**).

→ En outre, la doctrine et la jurisprudence ont conçu un vice additionnel, celui de la **réticence dolosive** = quand il y avait un devoir d'informer l'autre partie et on ne l'a pas informée : ce devoir est codifié dans plusieurs lois spéciales dans le domaine de la protection des consommateurs (1978) et de la vente des immeubles (1982) : le professionnel doit donner à l'« homme normalement avisé » des informations, autrement le contrat sera annulé pour vices de la volonté du dernier (dol, erreur) : p. ex. entre assurance et client, entre médecin et patient (décisions de la Cour de Cassation)

→ Par conséquent, souvent les parties contractantes se protègent dudit régime à travers des **avant-contrats** (tels que la lettre de confort ou lettre de patronage) : il faut prouver l'existence d'un tel contrat, mais dans certains rapports de confiance les cours individuent l'existence d'un contrat tacite entre les cocontractants.

## 2.2 Allemagne

→ **Pandectistes** : en se référant au droit romain, on dit que chaque offre contractuelle implique des devoirs d'information, rectitude et protection vers l'autre contractant.

→ Sur la base des considérations de **Jhering**, on admet que si un contrat est nul à cause d'une partie, la dernière est responsable vers l'autre contractant pour tout dommage soutenu par cette dernière pour avoir confié en la validité du même contrat. Grâce à Jhering, les devoirs de bonne foi furent étendus à la phase des négociations.

→ Au début du **siècle XIX** : théories sur le fondement délictuel d'une telle responsabilité (doctrine) ou basée sur le contrat conclu entre les parties (Cour Suprême du *Reich*).

→ Après, la doctrine a théorisé qu'une telle responsabilité découle du « **rappport precontractuel** » (*Sonderverbindung*) entre les parties : cela implique des obligations dont la violation porte à responsabilité. Des fois, ce rapport a été classifié comme un vraisemblable 'contrat négociable' ; cela explique pourquoi cet argument est classifié dans le domaine de la responsabilité contractuelle, non pas de la responsabilité délictuelle.

La source de la responsabilité est la **confiance** (*reliance*) générée sur l'autre partie contractante.

→ Donc, l'on peut dire que comme la **France**, étant enchaînée au dogme de la libre volonté des parties contractantes, a cherché des solutions au problème de la responsabilité precontractuelle dans le domaine de la **responsabilité délictuelle**, au contraire l'**Allemagne**, étant enchaînée au dogme de la typicisation des droits protégés dont la violation importe un acte illicite (§823 BGB), a cherché des solutions au problème de la responsabilité precontractuelle dans le domaine de la **responsabilité contractuelle**.

Dispositions contenues dans le BGB

→ Il n'y a pas de disposition spécifique sur la responsabilité précontractuelle ou sur la responsabilité pour inexécution inexacte.

→ En outre, la protection offerte par la **responsabilité civile délictuelle** est limitée par rapport à la France, car il n'y a pas une clause générale telle que l'art. 1382 c. Nap., mais plutôt une protection offerte seulement dans certaines situations limitées (liste des droits et biens protégés prévue au § 823 BGB).

§122 toute déclaration d'une partie viciée par erreur ou caractérisée par l'absence d'une intention croyable de conclure le contrat, rend une partie responsable vers l'autre si l'autre a subi des dommages pour avoir confié sans faute en la validité de l'acte.

§ 123 impose un comportement correcte dans la formation du contrat.

§ 242 (**Bonne Foi**) On analyse le comportement des parties sur la base du principe de la bonne foi (*Treu und Glaubung*) prévu dans le § 242, qui a été étendu de plus en plus par l'œuvre de la jurisprudence allemande, qui a individué des obligations spécifiques de **renseignement**, d'**information**, de **protection**, d'**exécution exacte** de la prestation ; on a aussi créé la responsabilité pour **abus de droit** et **renonciation tacite** (*venire contra factum proprium*)

### 2.3 Conclusion comparative avec le modèle anglo-américain

La tradition de *common law* est généralement **contraire à limiter la liberté de négocier**. La négociation est caractérisée par être aléatoire, c. à d. que les contractants doivent accepter les risques relatifs jusqu'à la conclusion du contrat.

#### **En Angleterre :**

→ Au niveau formel, en considérant la protection de la sûreté des transactions commerciales (*security of transactions*) comme un intérêt primaire, le droit anglais ne reconnaît pas une obligation de négocier ou d'exécuter les contrats en bonne foi.

Pour citer Lord Ackner (*Waldford v. Miles*, 2 AC (1992) 128 at 138) :

“The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations.

Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations.

A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating parties.”

→ Le même principe s'applique à l'**exécution du contrat**. En fait, le droit anglais n'exclut pas seulement l'idée de bonne foi, mais aussi la théorie de l'abus du droit, sur la base du fait que si on a un droit, on peut bien l'exercer même pour des raisons mauvaises :

« a person who has a right under a contract or other instrument is entitled to exercise it and can effectively exercise it for a good reason, or a bad reason, or no reason at all » (PEARSON, LJ).

Cela nous montre que l'approche traditionnelle anglaise sur le concept de 'droit' est très libérale et très éloignée.

→ En réalité, un concept général de bonne foi (*good faith*) 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 influencé les cours de *common law* et d'*equity*, en considération du fait que le droit commercial et maritime en Angleterre ne s'est pas développé comme un *corpus* totalement autonome comme en Europe continentale, mais était contrôlé par les mêmes cours de *common law* et d'*equity*. Tout cela porta Lord Mansfield à prononcer son célèbre *dictum* en 1766 :

“The governing principle is applicable to all contracts and dealings. Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary.”

→ Dans ce contexte, on arriva à considérer certains contrats (tels que celui d'assurance) comme caractérisés par la présence d'une 'très bonne foi' (*uberrimae fidei*) et donc impliquant plusieurs obligations de renseignement pour les parties.

→ Cela n'a pas arrivé à être inclus dans les œuvres rationalistes de Anson et Pollock. Toutefois, il est sûr qu'au début du **siècle XVIIIème** la mauvaise foi d'une partie pendant la période précontractuelle était une cause d'invalidité du contrat (Joseph Chitty On Commercial Contracts, 1824) : tout cas de '*fraud*' était sanctionné, y-inclus faire des déclarations fausses, ou cacher des informations.

→ A partir de la fin du siècle XIX les cours acceptent et accueillent les idées de **consensualisme contractuel** et de **liberté contractuelle** (en 1871, avec l'arrêt *Smith v. Hughes* concernant l'omission de donner des renseignements à l'autre contractant à niveau précontractuel). Au même temps, les cours se référaient aux doctrines de l'*equity* pour résoudre des cas d'injustice contractuelle (*undue influence, specific performance, injunction, promissory estoppel*).

- *Promissory estoppel* : instrument de dérivation de l'*equity* qu'empêche à une partie non digne de protection d'un *equitable interest* d'utiliser des moyens de preuve à son avantage. Ce système protège la *reliance* d'une partie à aboutir la conclusion du contrat (et toute dépense relative sera remboursée).

→ Le **droit anglais moderne** n'accueille pas un principe général de bonne foi. Toutefois, l'absence d'une obligation générale de se comporter de bonne foi ne veut pas dire que plusieurs cas de responsabilité précontractuelle puissent être traités sur la base d'autres catégories juridiques, telles que l'*unjust enrichment*, la *misrepresentation* ou la *specific promise*.

- *Unjust enrichment* : tout cas où une partie attribue à l'autre des bénéfices sans obtenir aucun avantage.

→ Dans le droit moderne, les tribunaux utilisent plusieurs moyens pour résoudre cas d'injustice contractuelle, notamment :

- à travers l'**interprétation de l'intention des parties contractantes** (Lord Stein : « *there is not a world of difference between the objective requirement of good faith and the reasonable expectations of the parties* »),

- à travers des **lois spécifiques** concernant les *special contracts* (contrats d'assurance, de constitution de société, de travail), contrats concernant *fiduciaries*, y-inclus *trustees*, professionnels, avocats, agents, intermédiaires de finance),

- à travers des **lois** telles que l'Unfair Contract Terms Act 1977 et la loi sur le licensiment des préposés,

- à travers le développement de **doctrines** comme la *doctrine of economic duress* (dont un élément est la pression impropre et illégitime).

Donc, la solution anglaise est celle de résoudre les différents cas sur la base de plusieurs moyens. De l'autre côté, certains auteurs critiquent l'approche traditionnelle des cours anglaises (CARTER-FURMSTON, 1994) en se référant explicitement aux règles UNIDROIT (voir dessous) ou en invoquant un principe général de bonne foi (BROWNSWORD).

## Aux Etats Unis :

→ Les Etats Unis ont accueilli le scepticisme anglais vers une notion générale de bonne foi. Toutefois, ce concept a été progressivement adopté dans plusieurs domaines, comme la *contract performance*, et dans des lois récentes.\_

→ Les instruments utilisés le plus souvent ont été créés par les tribunaux, notamment :

- ***preliminary negotiations*** : de plus en plus que la négociation procède, le plus difficile sera-t-il de l'interrompre sans aucune raison justifiée (*Holt v. Sweson*, 252 Minn. 510 90 N.W. 2d 724 (1958)) : en Angleterre, le contrat est considéré valide même s'il n'est pas complet (*Hilla & Co. v. Arcos Ltd.*, 147 LTR 503 at 514 (H.L. 1932))

Il faut examiner toute la période des négociations pour voir si la confiance d'une partie n'a pas été remplie : 222 N.Y. 88, 118 NE 214 (1917).

- ***implied warranties*** : introduction de garanties qui rendent automatique le *duty of disclosure* dans certaines situations contractuelles (cela porta la cour de New Jersey à dire que le principe de *caveat emptor* n'existait plus aux EEUU).

- ***tortious interference with prospective contractual relations*** (Restatement 2<sup>nd</sup> of Torts, 1979) : on ne peut pas s'insérer illicitement dans une négociation en cours entre deux autres parties.

- ***unjust enrichment*** : voir Angleterre

- ***promissory estoppel*** : voir Angleterre

- ***unilateral mistake*** : une partie profite de l'erreur de l'autre - ne pas valide : *U.S. v. Jones*, 176 F. 2d 278 (9th Cir. 1979)

- ***doctrine of unconscionability*** : négociations déloyales à cause d'asymétrie informative (contrats conclus avec formulaires)

- ***misrepresentation*** : représenter à l'autre contractant une réalité inexacte (implique *reliance damages*) – s'agissant d'un cas de *tort of negligence*, implique un *duty of care*.

Le système américain se révèle très élastique parce que le juge peut raisonner sur la base de toutes les moyens susmentionnés.

→ Une autre tendance moderne est la « contractualisation » de la responsabilité precontractuelle à travers la préparation de ***letters of intent, confort letters, contracts to contracts*** et ***contracts to negotiate***.

→ De l'autre côté, plusieurs auteurs récents ont adopté une vision critique des principes traditionnels de *common law* :

« The time is ripe for a thorough reexamination of the Common Law of the United States in the light of this doctrine [i.e. the civil law concept of culpa in contrahendo] and its acceptance as a principle of international commercial contracts" (PERILLO)

### **3. LE MODELE ITALIEN**

#### **2.1 L'évolution historique**

→ Selon le **Code Civil de 1865**, la doctrine et la jurisprudence italienne, influencées par le modèle français, prenaient en considération seulement certaines formes de responsabilité precontractuelle : rupture des négociations, révocation de l'offre de vente, vente de choses d'autrui.

→ On n'essayait jamais de définir un règle générale. Le **principe de la libre volonté des parties contractantes** était le principe fondamentale. Comme en France, les problèmes les plus récents étaient traités à travers la clause générale sur la **responsabilité délictuelle**, prévue à l'article 1151 c.c. 1865

→ Après, l'influence de **Jhering** et des théories allemandes a eu un rôle fondamentale dans la préparation du nouveau **Code Civil de 1942** et l'introduction des Articles 1337 et 1338.

#### **2.2 L'article 1337 Code Civil**

##### **ARTICLE 1337**

*(Négociations et responsabilité precontractuelle)*

Les parties contractantes, pendant les négociations et durant la formation du contrat, doivent se comporter conformément à la bonne foi.

##### **ARTICLE 1338**

*(Connaissance d'une raison d'invalidité)*

La partie que, en connaissant ou étant tenue à connaître une raison d'invalidité du contrat, n'en a pas informé l'autre part, est tenue responsable des dommages soutenus par cette dernière pour avoir confié sans faute en la validité du contrat.

→ Au début, la disposition de l'article 1337 fut **critiquée** par la doctrine italienne :

- selon certains auteurs, l'art. 1337 était une simple adjectivation de la norme principale contenue à l'art. 1338 (RUBINO, 1956)

- d'autres limitaient l'application de l'art. 1337 au cas d'interromption injustifiée des négociations (MENGONI, 1956)

- d'autres craignaient une extension excessive de la norme et la classaient comme une règle incompatible avec les exigences de la vie commerciale (même raisonnement des cours de *common law* à faveur du principe de *caveat emptor*) (VERGA)

- d'autres disaient que la norme est inutile et pléonastique, par ce qu'elle est déjà encadré dans le système juridique à travers la clause générale sur la responsabilité civile (principe du *neminem laedere*) prévue à l'art. 2043 c.c. (PEDRAZZI, 1955).

→ Surtout après la II<sup>ème</sup> Guerre Mondiale la doctrine a commencé à reconnaître l'utilité de l'art. 1337 :

- pour la première fois on dit expressément dans la loi qu'il y a une forme de responsabilité des parties pendant la période précontractuelle
- la responsabilité n'est pas limitée aux cas où le contrat conclu est invalide, mais aussi aux cas où on ne conclut aucun contrat (plus de protection sans devoir chercher une justification juridique à ces situations dans d'autres institutions)

## **2.3 Tendances actuelles : doctrine et jurisprudence**

### → Nature de la responsabilité précontractuelle

#### DOCTRINE

- selon certains auteurs, il s'agit d'une forme de **responsabilité délictuelle** (SACCO-DE NOVA, 1993 ; BIANCA ; CARRESI, 1987 ; LOI et TESSITORE, 1975 ; VIGOTTI, 1986 ; DELL'AQUILA, 1980) : les négociations sont seulement une occasion de contact entre les parties, il n'y a pas de liaison spécifique. L'intérêt ou le droit protégé par le régime de la responsabilité précontractuelle est celui de la **liberté contractuelle**.
- d'autres disent qu'elle est une forme de **responsabilité contractuelle** (influence du modèle allemand) pour des raisons systématiques (DE CUPIS, 1956 ; GRANATA, 1954 ; TURCO, 1990 ; SCOGNAMIGLIO, 1970 ; GRECO, 1952) et par ce qu'autrement il serait une répétition pléonastique du principe encadré à l'art. 2043 c.c.

#### JURISPRUDENCE

La **jurisprudence** qualifie cette responsabilité comme délictuelle (Cass. 9157/95 ; Cass. 4051/90 ; Cass. de 1950 et 1956), en considérant l'art. 2043 c.c. comme un instrument suffisant pour protéger les droits en question.

### → Interromption injustifiée des négociations (=contrat non conclu)

#### JURISPRUDENCE

C'est la majorité des décisions des tribunaux. Ayant vérifié qu'une partie avait confié en la conclusion du contrat, il y a responsabilité précontractuelle mais il faut démontrer qu'il n'y avait aucune juste cause d'interromption

- |   |  |
|---|--|
| Cas de confiance générée par une partie : | <ul style="list-style-type: none"> <li>- rassurer en mauvaise foi qu'on conclura l'accord ;</li> <li>- imposer certaines conditions pour l'assignation d'un travail et ne pas les respecter en stipulant le contrat de travail</li> <li>- accepter des montants en anticipation de la vente future d'un bien</li> <li>- donner un chèque sur la base d'un accord oral pour la vente d'un immeuble</li> </ul> |
| Cas de juste cause :                      | <ul style="list-style-type: none"> <li>- une partie renonce à conclure un contrat différent du contrat en cours de négociation</li> <li>- il n'y a plus un accord sur des éléments essentiels du contrat</li> </ul>  |

Comportements contradictoires = violation de l'article 1337

p. ex l'administration de l'Etat ne peut pas demander certaines justifications pour l'émanation d'un acte administratif, et puis ne pas les prendre en considération au temps de l'émanation de l'acte (Cass. 2704/92)

Point de référence : le modèle français (les cours soulignent l'aspect délictueux du comportement de la partie ayant généré confiance ; on dit aussi que la responsabilité précontractuelle implique qu'il faut prouver la mauvaise foi du contractant (Cass. 1163/1995)

### → Responsabilité précontractuelle aux cas où le contrat fut conclu

#### JURISPRUDENCE

Selon la majorité de la jurisprudence (voir : Cass. 3621/94), si le contrat est conclu il n'y a pas de responsabilité précontractuelle : on ne considère pas les dommages causés par la conclusion d'un accord à conditions différentes de celles qu'on aurait eu si une partie avait tenu un comportement conforme à la bonne foi (Cass. 2335/92 ; Cass. 5492/82 ; Cass. 4473/80).

#### DOCTRINE

Selon la doctrine, il faudrait considérer comme source de responsabilité précontractuelle même tout cas où on conclut un contrat à des conditions qui diffèrent de celles qu'une partie aurait accepté si elle avait été mise en condition de se rendre compte clairement de la situation concrète. De cette façon, l'erreur et le dol seraient attirés vers le domaine de la responsabilité précontractuelle (SACCO).

#### → Offre révoquée avant de conclure le contrat

#### DOCTRINE

Selon la doctrine, on reconnaît que révoquer une offre avant de conclure le contrat implique une responsabilité précontractuelle de l'offérant (violation du principe de la bonne foi : si la confiance de l'autre contractant avait été violée et s'il n'y avait aucune cause de justification).

En cas de comportement diligent, selon l'art. 1338 c.c. l'offerant devra indemniser l'autre partie de tout coût soutenu s'il avait commencé à donner exécution au contrat avant d'avoir été informé de la révocation.

#### JURISPRUDENCE

Pas beaucoup de décisions. On rappelle le cas d'un producteur d'automobiles qu'avait révoqué une offre de évaluation très avantageuse des automobiles usés annoncé dans une publicité (Cour d'App. De Milan, 1985)

#### → « Bonne foi »

La bonne foi est un concept fondamentale dans tout le domaine de la responsabilité précontractuelle en Italie.

#### DOCTRINE

Distinction entre

- **bonne foi en sens subjectif** (l'état psychologique d'un sujet qui atteint à aboutir certaines effectes juridiques favorables)
- **bonne foi en sens objectif** (c'est une limite à l'autonomie contractuelle des parties : il faut se comporter correctement et professionnellement avec les autres parties)

Le concept de bonne foi prévu à l'art. 1337 est de bonne foi *objective*.

Bases du concept de bonne foi objective :

- selon certaines auteurs, le but est cel de protéger les individus
- selon d'autres auteurs, le concept devrait été basé sur le comportement d'un *reasonable man* (modèle anglo-américain)

#### JURISPRUDENCE

Selon la jurisprudence unanime de la Cassation, l'obligation de bonne foi et de tenir un comportement correcte durant les négociations est **objective**, donc pour avoir responsabilité il ne faut pas un comportement subectif de mauvaise foi, ou une intention de causer des préjudices à l'autre partie, étant-il suffisant d'avoir agi en faute.

Il y a toutefois des décisions contraires qui se réfèrent aux éléments subjectifs aussi.

Dans certaines cas les cours imposent un **niveau plus élevé de bonne foi**, en considération du sujet en question (la banque, le patron, le professionnel, le médecin, l'administration publique) ou de l'instrument juridique utilisé pour négocier (lettre de confort, option, etc.)

#### → Evolutions récentes

Le concept de bonne foi n'est pas clairement un concept prédéterminé, par ce que les circonstances concrètes impliquent des comportements différentes selon le cas.

Les principes et les règles introduits par les récentes directives de la Communauté Européenne nous montrent qu'il y a certainement un incrément du degré de bonne foi et du niveau de comportement correcte requis dans les négociations, surtout par les opérateurs professionnels et les institutions (**contrats door to door**, Loi 298/89 ; **contrats d'intermédiation mobilière**, Loi 415/96 ; conclusion de **contrats avec des formulaires, clauses abusives** ; transparence des services bancaires et financiers, Loi 154/92 ; **certification correcte du bilan/budget** : Directives CE V et VI ; **publicité déloyale** : Décret 74/92 ) : assimilation des théories nord-américaines, but de la « transparence », protection de la *reasonable expectation*.

p.ex intermédiation mobilière : les prospectus informatives de la situation économique des sociétés de promotion de vente ou achat de titres doivent être correctes, par ce qu'ils créent une confiance dans les investisseurs qui doit être protégée.

#### → Dommages

##### DOCTRINE

La doctrine en analysant les arrêts rendus par les tribunaux ont étendu le cadre des dommages en incluant aussi l'**intérêt positif**.

##### JURISPRUDENCE

Dès le début du nouveau code, les seules dommages admis par les cours étaient l'**intérêt négatif**, c. à d. les coûts soutenus, les occasions perdues de conclure un autre contrat, la perte de temps (Cass. 9157/95). C'est l'influence du modèle allemand qui joue. Toutefois, de plus en plus les solutions les plus récentes apparaissent inspirées au principe de l'équité et de la bonne foi.

#### → Droit de renseignement

##### DOCTRINE

La doctrine en analysant les arrêts rendus par les tribunaux ont étendu le cadre des droits en considérant le droit d'information ou **droit de renseigner** (*duty of disclosure*), et donc s'approchent aux solutions américaines.

Le **droit d'être renseigné et informé** à niveau précontractuel n'a pas encore été analysé par la doctrine de manière systématique. En général, l'obligation d'informer est liée à la clause générale sur la bonne foi. L'obligation de se comporter de manière correcte dans la négociation (art. 1337 c.c.) impliquerait qu'il est interdit de cacher certaines informations.

D'autres auteurs parlent de **dol omissif** : si un contrat est invalide à cause de dol, et ce dol est un comportement omissif qui viole l'obligation générale de se comporter de manière correcte dans la négociation, en faites ce comportement a interféré avec la liberté contractuelle des contractants (cette forme d'interférence est un délit sanctionnable selon le régime de la responsabilité délictuelle prévu à l'art. 2043 c.c.). Plusieurs auteurs disent qu'il s'agit d'une situation très proche à la *tortious interference into contractual relation* (MONATERI).

L'**article 1892 c.c.** prévoit le devoir de l'assuré d'informer la compagnie d'assurance. Les **lois** qui prévoient une obligation de renseigner de la part de la banque, de l'opérateur touristique, de la société d'investissement mobilier, etc. n'expliquent pas quel type de responsabilité est envisagé dans ces cas : en tout cas, ces obligations de renseigner et d'information apparaissent de plus en plus dans les lois les plus récentes, surtout celles de dérivation communautaire.

Les **arrêts** des tribunaux sont peux (responsabilité precontractuelle du vendeur d'un immeuble qui avait caché l'existence d'une servitude) : on soutient encore qu'il n'existe pas un droit général de renseignement (Cass. 8295/94), sauf pour **l'administration publique** (Cass. 5328/78) qui doit se comporter selon bonne foi durant les négociations (Cass. 9892/93).

Toutefois, les Tribunaux ont affirmé que si une partie découvre que l'autre est en erreur elle doit l'avertir (mais pas chercher de l'aider : App. Milan 15.1.1952).

Cette obligation devra probablement être systématisée dans le futur le plus proche.

#### 4. LES PRINCIPES ENCADRES DANS LES PECS (COMMISSION LANDO)

→ Ce sont des principes conçus par la Commission pour le Droit Européen des Contrats (dénommée Commission Lando après le nombre de son Président, Ole Lando) – première partie délivrée en 1995.

→ Ces règles sont basés sur le modèle offert par l'article 2.13 des principes UNIDROIT sur les Contrats de Commerce Internationaux.

→ La section 3 du chapitre 2 (Responsabilité concernant les négociations, *Liability for Negotiations*) prévoit un seule article (2 :301) concernant les situations où aucun contrat s'est formé à cause du comportement finalisé à le mettre en discussion.

**Art. 2 :301 par. 1** Une partie n'est pas seulement libre de négocier mais aussi n'est pas responsable parce qu'un accord n'a pas été accompli (*for failure to reach a agreement*)

**Art. 2 :302 par. 2** Toutefois, une partie ayant négocié ou interrompu la négociation de manière contraire à la bonne foi est responsable pour tout dommage causé à l'autre partie.  
(*However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable fot the losses caused to the other party*)

La situation ou une partie ait négocié d'une manière contraire à la bonne foi est exemplifiée au paragraphe 3:

**Art. 2 :302 par. 3** En particulier, il est contraire à la bonne foi pour une partie d'engager une négociation ou la continuer sans aucune intention concrète d'arriver à un accord avec l'autre partie (*It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party*).

→ Exemples d'application dudit principe:

Premier exemple

A veut entrer dans le marché comme concurrent de B.

A engage une négociation avec B pour devenir son agent responsable des ventes. Il dit qu'il désire suivre un cours pour ce but.

B soutien les coûts pour le transfert et un programme de *training* de A.

A, ayant appris des méthodes de vente et de production de B qu'il peut utiliser comme futur concurrent de B, interrompe les négociations et commence sa propre activité.

A est responsable pour tout coût soutenu par B pour le transfert et le *training* de A.

Deuxième exemple

Même situation, mais quand A s'engaea dans les négociations avec B son intention n'était pas celle d'entrer en compétition avec B : il l'a décidé après le transfert mais avant de commencer le cours de *training*. Il s'est donc préparé à commencer sa propre activité, mais il a continué la négociation avec B pour apprendre en plus du commerce et de l'activité de B.

A est responsable pour tout coût soutenu par B après la décision de A.

→ **Dommages** additionnelles admis par la règle

Pas seulement les coûts soutenus par l'autre partie, mais aussi tout travail ou activité effectués par la même et la **perte de chance** de conclure un contrat similaire à cel que n'a pas été conclu.

Dans le commentaire de O. Lando et H. Beale à ce principe, l'on dit que cette règle est fondée dans plusieurs Etats membres sur les principes concernant la responsabilité civile non

délictuelle (par ex. en Hollande), mais « si la demande sort d'un contrat ces Principes devraient s'appliquer ». ( ??)

### Troisième exemple

*(rupture des négociations de manière contraire à la bonne foi)*

B offre de projeter un programme *software* pour la production de A. Pendant les négociations, B doit soutenir des coûts très élevés pour fournir à A des modèles, des calculs et d'autres documents concernant le projet. Avant la conclusion du contrat, A demande à un tiers, C, qui peut utiliser le programme conçu par B, de faire une offre pour ledit programme, et l'offre de C est meilleure de celle de A (plus basse). Donc, A conclut le contrat avec C en lieu de B. A est responsable pour tout coût soutenu par B pour préparer le projet.

Dans le commentaire de O. Lando et H. Beale à ce principe, l'on dit que cette règle ne permet pas à la partie victime de demander d'être placée dans la même position qu'elle aurait obtenu si le contrat avait été exécuté correctement.

## 5. LES PRINCIPES UNIDROIT

→ L'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (**UNIDROIT**) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome. L'Institut fut créé à l'origine en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations; après la dissolution de celle-ci, il fut reconstitué en 1940 en vertu d'un accord multilatéral: le Statut organique d'UNIDROIT.

Sa vocation est d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé d'Etats ou de groupes d'Etats et de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats de règles uniformes de droit privé.

→ Les **Principes relatifs aux Contrats de Commerce International** sont une initiative prise par UNIDROIT à partir de 1980 (projet conçu depuis 1971), qui ont été formellement imprimés et diffusés en 1994. Leur vaste diffusion a été fortement recommandée.

### ARTICLE 1.7

(*Bonne foi*)

- 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.
- 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée.

### COMMENTAIRE

→ La "bonne foi" comme idée fondamentale à la base des Principes

Il existe un certain nombre de dispositions dans les divers chapitres des Principes qui constituent une application directe ou indirecte du principe de bonne foi. Voir, par exemple les articles 2.4(2)(b) Révocation de l'offre, 2.15 (Mauvaise foi dans les négociations) (voir en bas), 2.16 (Devoir de confidentialité), 2.18, 2.20, 3.5, 3.8, 3.10, 4.1(2), 4.2(2), 4.6, 4.8, 5.2, 5.3, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2), 6.1.17(1), 6.2.3(3)(4), 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7, 7.2.2(b)(c), 7.4.8 et 7.4.13.

Ceci signifie que l'on peut considérer le principe de bonne foi comme étant l'une des idées fondamentales à la base des Principes. En indiquant que chaque partie est tenue de se conformer aux exigences de la bonne foi, le paragraphe 1 de l'article énonce clairement que même en l'absence de dispositions particulières dans les Principes, les parties doivent, pendant toute la durée du contrat, y compris pendant les négociations, agir de bonne foi.

Cette perspective est très proche à la vision typique des systèmes de *civil law*, n'étant pas également reconnue dans les systèmes de *common law*, qui, même s'ils reconnaissent la bonne foi comme principe de portée générale, ils limitent son opérativité à la seule phase d'exécution du contrat.

#### Illustrations

A accorde à B quarante-huit heures pour accepter son offre. Lorsque B, peu avant l'expiration du délai, décide d'accepter, il est dans l'impossibilité de le faire: c'est une fin de semaine, le télécopieur du bureau de A n'est pas branché et il n'y a pas de répondeur téléphonique pour recevoir un message. Lorsque le lundi suivant A refuse l'acceptation de B, A agit contrairement aux exigences de la bonne foi car, en fixant le délai pour l'acceptation, il appartenait à A de s'assurer qu'on pouvait lui laisser des messages à son bureau pendant les quarante-huit heures du délai.

→ La "Bonne foi dans le commerce international"

La référence à la "bonne foi dans le commerce international" précise d'abord que, dans le contexte des Principes, il ne faut pas appliquer le concept conformément aux critères habituellement adoptés dans les différents systèmes juridiques. En d'autres termes, ces critères nationaux ne peuvent être pris en considération que dans la mesure où ils se sont révélés généralement acceptés parmi les divers systèmes juridiques.

La formule utilisée implique également qu'il faut analyser la bonne foi à la lumière des conditions spéciales du commerce international. Les critères de pratique des affaires peuvent en effet différer beaucoup d'une branche à une autre et, même dans une seule branche, ils peuvent être plus ou moins stricts selon l'environnement socio-économique dans lequel les entreprises opèrent, leur taille, compétence technique, etc.

Il convient de noter que les dispositions des Principes et/ou les commentaires y relatifs ne font parfois référence, dans la version anglaise, qu'aux formules "*good faith*" ou "*good faith and fair dealing*". Il faut toujours entendre ces références comme visant la formule "*good faith and fair dealing in international trade*" comme le précise le présent article. (=critère objectif, agir d'une manière correcte dans le commerce, pas subjective (= agir honnêtement ou se référer à un état psychologique particulier).

Dans la version française/italienne/allemande, l'expression "bonne foi" est seule utilisée et elle doit être entendue comme la bonne foi dans le commerce international.

→ Nature impérative du principe de bonne foi

L'obligation des parties de se conformer aux exigences de la bonne foi est à ce point fondamentale que les parties ne peuvent l'exclure ou en limiter la portée par contrat (paragraphe 2). (Pour les applications spécifiques de l'interdiction générale d'exclure ou de limiter le principe de bonne foi entre les parties, voir les articles 3.19, 7.1.6 et 7.4.13).

D'autre part, rien n'empêche les parties de prévoir dans leur contrat l'obligation de respecter des critères de comportement plus stricts.

#### **ARTICLE 2.15**

*(Mauvaise foi dans les négociations)*

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

#### COMMENTAIRE

→ Liberté de négocier

En règle générale, les parties ne sont pas seulement libres de décider quand et avec qui négocier en vue de la conclusion d'un contrat, mais aussi s'il faut poursuivre leurs efforts pour parvenir à un

accord, comment et pendant combien de temps. Cette règle découle du principe fondamental de la liberté contractuelle énoncé à l'article 1.1, et elle est essentielle pour garantir une concurrence saine parmi les entreprises engagées dans le commerce international.

→ Responsabilité en cas de négociation de mauvaise foi

Le droit d'une partie de négocier librement et de décider des clauses à négocier n'est toutefois pas sans limite et ne doit pas entrer en conflit avec le principe de la bonne foi posé à l'article 1.7. Le paragraphe 3 du présent article indique expressément un exemple de négociation de mauvaise foi: il s'agit du cas où une partie entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord avec l'autre partie. Il peut aussi s'agir 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, soit en déformant les faits, soit en ne révélant pas des faits qui, en raison de la qualité des parties et/ou de la nature du contrat, auraient dû l'être. Pour le devoir de confidentialité, voir l'article 2.16.

La responsabilité d'une partie pour mauvaise foi dans la négociation est limitée aux préjudices causés à l'autre partie (paragraphe 2). En d'autres termes, le créancier peut recouvrer les dépenses encourues lors des négociations et peut aussi être indemnisé pour l'occasion manquée de conclure un autre contrat avec un tiers (ce qu'on appelle parfois "*reliance*" ou intérêt négatif), mais ne peut généralement pas recouvrer le profit qui aurait résulté si le contrat original avait été conclu (ce qu'on appelle parfois "*expectation*" ou intérêt positif).

→ Responsabilité en cas de rupture des négociations de mauvaise foi

Le *droit de rompre les négociations* est également soumis au principe de bonne foi.

Lorsqu'une offre est faite, elle ne peut être révoquée que dans les limites prévues à l'article 2.4. Mais avant ce stade, ou dans un processus de négociation sans séquence vérifiable d'offre et d'acceptation, une partie ne peut plus être libre de rompre les négociations brusquement et sans justification. On sait si un tel point de non-retour est atteint en fonction des circonstances de l'espèce, 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 et sur le nombre de questions relatives au futur contrat sur lesquelles les parties ont déjà trouvé un accord.